PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

10 ANOS DE ATUAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR:

Homenagem ao Ministro General de Exército Luis Carlos Gomes Mattos

Coordenadores:
MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra do Superior Tribunal Militar

FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Organizadora:
REGINALDA DOS SANTOS DE MELO DA CRUZ

Brasília-DF
2022

GEN MATTOS

10 ANOS DE ATUAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR:

Homenagem ao Ministro
General de Exército
Luis Carlos Gomes Mattos

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (2022)

Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos (Presidente)

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Vice-Presidente / Corregedor da JMU)

Secretaria do STM

José Carlos Nader Motta (Diretor-Geral)

Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)

Maria Juvani Lima Borges (Diretora)

Coordenadoria de Gestão do Conhecimento (Coges)

Luciana Lopes Humig (Coordenadora)

Coordenadoria de Preservação e Difusão da Memória Institucional (Codim)

Airton Guimarães Xavier (Coordenador)

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

10 ANOS DE ATUAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR:

Homenagem ao Ministro General de Exército Luis Carlos Gomes Mattos

Coordenadores:
MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra do Superior Tribunal Militar

FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

Organizadora:
REGINALDA DOS SANTOS DE MELO DA CRUZ

Brasília-DF
2022

Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons – Atribuição – Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento

Supervisão de editoração e de revisão
Mosair Gomes Lima de Freitas

Planejamento gráfico, diagramação e capa
Filipi Oliveira Machado

Ficha catalográfica
Luciana Humig

Ficha catalográfica

10 anos de atuação na Justiça Militar: Homenagem ao Ministro General de Exército Luis Carlos Gomes Mattos / Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Flávio Henrique Albuquerque de Freitas (Coordenadores), Reginalda dos Santos de Melo da Cruz (Organizadora) – Brasília : Superior Tribunal Militar, Gabinete da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2022.

455p. : il.

ISBN: 978-85-7256-007-8

1. Direito penal militar. 2. Crime militar. 3. Execução penal. 4. Direito ao esquecimento. 5. Justiça militar, Brasil. 6. Direito constitucional. I. Rocha, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. II. Freitas, Flávio Henrique Albuquerque de. III. Cruz, Reginalda dos Santos de Melo da.

CDU 344

Catalogação na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil
Elaboração, distribuição e informações
Superior Tribunal Militar (STM)
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)
Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar
CEP: 70098-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 3313-9183/3313-9316/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

PREFÁCIO

No dia 27 de julho de 2022, o General de Exército e Presidente do Superior Tribunal Militar Luis Carlos Gomes Mattos despediu-se da Magna Corte Castrense, onde tomou posse no dia 19 de outubro de 2011. Sua carreira na Magistratura durou exatos 10 anos, 9 meses e 8 dias. Já no Exército Brasileiro ingressou como aluno na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPECEx), em 14 de abril de 1964 e graduou-se como Aspirante a Oficial, na Academia Militar das Agulhas Negras, em 20 de dezembro de 1969.

Foram, portanto, mais de 52 anos de vida pública dedicados à Pátria. Como General, exerceu os mais relevantes postos de Comando a exemplo da 6ª Brigada de Infantaria Blindada, da Brigada de Infantaria Paraquedista, da 3ª Subchefia do Estado-Maior do Exército, da Vice Chefia do Estado-Maior do Exército, do Departamento de Ciência e Tecnologia e, por último, do Comando Militar da Amazônia.

Mas ele foi além. Ao lado de um brilhante currículo operacional, digno das mais altas distinções de seu posto e patente, o General Luis Carlos Gomes Mattos cultivou a vida acadêmica, sendo titulado Mestre pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficial (1978) e Doutor pelo Comando e Estado Maior do Exército (1984).

Por essa razão floresceu entre os amigos e admiradores a ideia de homenageá-lo com um livro; uma forma de enaltecê-lo pela trajetória brilhante e as distinções pessoais e profissionais obtidas. Um livro, como constatará o leitor, permeado por excelentes textos científicos e de opinião, sabido que as Ciências Jurídicas passaram a fazer parte indissociável da vida deste ilustre magistrado.

E tamanho foi o respeito pessoal e intelectual que angariou na judicatura, que inúmeras personalidades do Direito no Brasil e exterior contribuíram como autores de profícuos artigos, alfabeticamente dispostos. Dentre eles estão magistrados, juristas, professores, advogados; uma lista destacada de doutrinadores e operadores jurídicos que vieram à público externar dileção e apreço ao digno juiz.

Os temas não poderiam ser mais atuais por manejarem com as grandes pautas doutrinárias e judiciais dos Tribunais pátrios e estrangeiros e, não apenas, da Justiça Militar. Análises que articulam com conteúdos vinculados às Forças Armadas, às prerrogativas e obrigações da magistratura, com os Direitos Humanos, a aferição da constitucionalidade, dentre outros tantos que, certamente, motivarão a leitura.

Ressalte-se, outrossim, principiar a obra com os registros das Atas das Sessões de posse do homenageado como Ministro do Superior Tribunal Militar e Presidente da Corte. E para personalizá-la com um toque especial, a contracapa do livro reproduz a pintura do General Gomes Mattos, retratado em obra do artista plástico Manu Militão.

Alfim, afastando-me das questões dogmáticas-formais que um prefácio exige, peço licença para dirigir-me diretamente ao querido colega de Tribunal, com quem tive o privilégio de conviver quase que diariamente por mais de uma década. Meu estimado amigo e parceiro do bom combate, marido de Maria Rosa tão amada, pai de Ana Paula, Luis Fernando e dos Coronéis Eduardo e Rodrigo que seguiram seus passos, sua aposentadoria deixará uma lacuna imensa no STM e no coração dos companheiros de Plenário.

Seu conhecimento jurídico e da caserna, sua empatia, alegria e confraternidade, seu respeito pelas mulheres, inspiram a todos e servem de exemplo. Receba, pois, esta homenagem como um gesto de genuíno reconhecimento e singela aclamação de todos aqueles que cativou com generosidade e altruísmo, marcas indeléveis que ornam sua personalidade.

Esteja certo meu grande amigo que sua jurisprudência perpetuará nos foros da Justiça Castrense e que, Vossa Excelência, será sempre lembrado como um magistrado militar que dignificou a toga, honrou a farda e brilhou como a quinta estrela do uniforme que com trajou com hombridade, iluminando a Justiça!

Brasília/2022.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do Superior Tribunal Militar

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
ATA DA 1ª SESSÃO SOLENE,
POR VIDEOCONFERÊNCIA,
EM 17 DE MARÇO DE 2021 - QUARTA-FEIRA

PRESIDÊNCIA DOS MINISTROS
Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS e
Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS

Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira.

Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Antônio Pereira Duarte. Presente a Secretária do Tribunal Pleno, Sonja Christian Wriedt.

Às 15h15, o Exmo. Sr. Ministro Presidente, Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, na forma do art. 87, inciso I, do RISTM, declarou aberta a Sessão Solene de posse destinada a investir nos cargos de Presidente e Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar, respectivamente, os Excelentíssimos Senhores Ministros Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS e Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.

Compuseram a mesa de honra o Excelentíssimo Senhor General de Exército Antônio Hamilton Martins Mourão, Vice-Presidente da República Federativa do Brasil; o Excelentíssimo Senhor Senador da República Veneziano Vital do Rêgo, 1º Vice-Presidente do Senado Federal, neste ato representando o Presidente do Congresso Nacional; a Excelentíssima Senhora Ministra Doutora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho; e o Excelentíssimo Senhor Doutor Antônio Pereira Duarte, Procurador-Geral da Justiça Militar.

Presentes à cerimônia, além das autoridades já mencionadas, o Exmo. Sr. Gen Ex Walter Souza Braga Netto, Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; o Exmo. Sr. Gen Ex César Augusto Nardi de Souza, neste ato representando o Ministro de Estado da Defesa; o Exmo. Sr. Gen Ex Augusto Heleno Ribeiro Pereira, Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; o Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público Federal, neste ato representando o Defensor Público-Geral Federal; a Exma. Sra. Desembargadora Dra. Sandra de Satis Mendes de Farias Mello, 2ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, neste ato representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; Ministros do Superior Tribunal de Justiça; Ministros do Superior Tribunal Militar, de ontem, de hoje e de sempre; Ministros do Tribunal Superior Eleitoral; Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e Ministros do Tribunal de Contas da União; o Exmo. Sr. Ten Brig Ar Antonio Carlos Moretti Bermudez, Comandante da Aeronáutica; Dom Giambattista Diquattro, Núncio Apostólico no Brasil; a Exma. Sra. Dra. Safira Maria de Figueredo, Juíza-Corregedora Auxiliar da Justiça Militar da União; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Victor

Luiz dos Santos Laus, Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Humberto Adjunto Ulhôa, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Brasilino Santos Ramos, Presidente do TRT da 10ª Região; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Getúlio Corrêa, neste ato representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Fernando José Armando Ribeiro, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais; o Exmo. Sr. Desembargador Militar Dr. Fábio Duarte Fernandes, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul; o Exmo. Sr. Juiz Dr. Clovis Santinon, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo; a Exma. Sra. Dra. Rita de Cássia Santana Cortez, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros; a Exma. Sra. Juíza Dra. Renata Gil de Alcantara Videira, Presidente da Associação de Magistrados Brasileiros; a Exma. Sra. Juíza Dra. Noemia Aparecida Garcia Porto, Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho; o Exmo. Sr. Juiz Dr. Carlos Augusto Cardoso de Moraes Rego, Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça Militar da União; o Exmo. Sr. Juiz Dr. Eduardo André Brandão de Brito Fernandes, Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Fábio Dutra, Presidente do Instituto dos Magistrados do Brasil; o Exmo. Sr. Juiz Dr. Paulo Adib Casseb, Presidente da Associação Internacional das Justiças Militares, o Exmo. Sr. Dr. José Carlos Couto de Carvalho, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Militar; o Exmo. Sr. Dr. Pedro Paulo Coelho, Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos; o Exmo. Sr. Gen Ex Floriano Peixoto Vieira Neto, Presidente dos Correios; o Exmo. Sr. Dr. Juiz Edmundo Franco de Oliveira, Diretor de Integração Judiciária do Instituto dos Magistrados Brasileiros; o Exmo. Sr. Desembargador Dr. Sebastião Coelho da Silva, Presidente da Associação dos Magistrados do Distrito Federal; o Exmo. Sr. Dr. Délio Lins e Silva Júnior, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - seccional DF; Presidentes de todas as Associações e Instituições; o Excelentíssimo Reverendíssimo Senhor Dom Fernando José Monteiro Guimarães, Arcebispo Ordinário Militar do Brasil; Juízes Federais da Justiça Militar, magistrados, demais autoridades civis, militares, eclesiásticas e participantes que nos assistem pelas plataformas digitais; familiares dos Ministros empossandos; servidores deste e de outros Tribunais e senhoras e senhores.

Em seguida, o Ministro Presidente, Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, proferiu seu discurso de despedida, manifestando-se nos seguintes termos:

Exmo. Sr. Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, Gen Ex Antonio Hamilton Martins Mourão, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades anteriormente nominadas;

Exmos. Ministros de ontem, de hoje e de sempre dessa bicentenária Corte;

Exmos. Srs. Juízes Federais da Justiça Militar da União;

Familiares, servidores da Justiça Militar da União;

Senhoras e senhores.

Mais uma vez, o meu navio aproxima-se do cais, desta vez, para encerrar a minha derradeira comissão. Com solene honra, depois de 58 anos e 9 dias de serviço, envergo pela última vez este uniforme branco que o tempo já transformou na minha própria pele.

Encerro também, com muito orgulho e satisfação do dever cumprido, esta última comissão no Superior Tribunal Militar. Aqui, foram 10 anos, 3 meses e 8 dias, de um eterno aprendizado e de muitas realizações. Foram anos de muitas amizades, em especial, com os magistrados de ontem e de hoje, a quem carinhosamente tratamos como de sempre. Foram anos de estudar, ouvir e buscar sempre os caminhos da melhor justiça.

Foram anos de compreender a grandeza dessa Justiça especializada e do seu papel na manutenção da hierarquia e disciplina nas Forças Armadas, contribuindo para a ação de comando das três Forças singulares.

Encerro também os vinte e quatro meses em que tive o prazer de exercer a Presidência desta Corte Bicentenária. Como disse no meu discurso de posse, exercer a 62ª Presidência de um Tribunal que abrigou durante a sua existência vultos ilustres como o Patrono da Marinha Almirante Joaquim Marques Lisboa, o Marquês de Tamandaré, o Patrono do Exército Marechal de Exército Luís Alves de Lima e Silva, o Duque de Caxias e, os Marechais de Exército Floriano Vieira Peixoto e Hermes Rodrigues da Fonseca, foi um orgulho pessoal e uma magnífica experiência profissional para encerrar a minha carreira.

Desses vinte e quatro meses, exatamente doze foram vividos de uma forma inédita, laboriosa e, ao mesmo tempo, gratificante.

Refiro-me aos doze meses em que vivemos sob a imposição da epidemia mundial da COVID-19 que se tornou um flagelo e que nos obrigou a adoção de novas posturas e procedimentos. Foi, sem dúvida, um ano desafiador e que nos impôs grandes alterações no modo de viver e trabalhar. Foi um ano, que nos forçou, aqui na Justiça Militar da União, a inovar e a buscar novas soluções. Mas, foi também um ano que nos deu muitas alegrias pelas conquistas que o nosso pessoal, magistrados, juízes federais e servidores apresentaram e pelos inúmeros obstáculos que foram superados.

Ao contrário do esperado, o nosso STM aumentou a sua produtividade, protegeu a saúde do seu pessoal, cumpriu todas as metas do Conselho Nacional de Justiça, reduziu em 19% o seu estoque de processos e executou todas as atividades administrativas anuais previstas. E isto só foi possível devido à competência e a dedicação do nosso pessoal que compreendeu à excepcionalidade dos tempos vividos e soube compensá-la com esforço e criatividade.

Assim, em nome de todos eles, que deram o melhor de suas capacidades, entendo de justiça enumerar algumas conquistas obtidas neste período.

Inicio com a grande vitória de todos nós da JMU – magistrados, juízes e servidores

- sobre os problemas trazidos pela COVID-19. A forma com que o nosso pessoal enfrentou o novo cenário e as inovações tecnológicas implementadas em todos os níveis merecem, sem dúvida, o meu registro e reconhecimento.

Prossigo com a nossa nova Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União – ENAJUM que só foi possível ser inaugurada graças ao esforço e dedicação dos seus dois diretores Ministro Almirante de Esquadra Carlos Augusto de Sousa e Ministro Tenente Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Parente Camelo, dos seus esforçados servidores e da atuação firme e constante da Diretoria- Geral, da Diretoria de Administração e da Coordenadoria de Projetos, Engenharia, Arquitetura e Manutenção.

Registro também outras conquistas significativas da nossa justiça, a saber:

- O êxito do serviço de digitalização do nosso acervo histórico que, mesmo com a pandemia, conseguiu digitalizar, somente em 2020, 3.483.702 (três milhões, quatrocentos e oitenta e três mil, setecentos e duas) imagens. Tal desempenho foi o fator que outorgou ao STM a primeira colocação entre os órgãos do Poder Judiciário na ação coordenada de Auditoria do Conselho Nacional de Justiça;

- O sucesso na evolução e incorporação de novos sistemas digitais eletrônicos. Entre eles destaco: a implantação, em 13 de abril de 2020, do Sistema de Julgamento Virtual, permitindo a manutenção dos trabalhos e garantindo às partes o devido acesso à Justiça; a disponibilização de um Sistema, em 30 de junho de 2020, que possibilitou a realização das Sessões de Julgamento do STM de forma presencial utilizando a Videoconferência; a operacionalização, a partir de 02 de outubro de 2020, do sistema "Sei - Julgar", que possibilitou a realização das Sessões Administrativas de forma virtual; e a disponibilização, a partir de 24 de junho de 2019, pela nossa ouvidoria, do aplicativo "Ouvidoria Mobile", que criou um canal extremamente eficiente para o usuário com acesso à informação de forma muito mais prática, ágil e fidedigna.

- A obtenção, pela primeira vez, do "Prêmio CNJ de Qualidade – Categoria Prata", em face do desempenho do STM no esforço em melhorar cada vez mais a promoção da transparência, da qualidade da informação e da celeridade processual, destacando, dentre outros, o encaminhamento e retificações de dados estatísticos no prazo estabelecido pelo CNJ, a realização de reuniões de análise da estratégia e a realização de consulta pública aberta à sociedade sobre as metas nacionais do Poder Judiciário.

- A implantação de três novos sistemas: o Sistema de "Peticionamento Eletrônico", facilitando o protocolo de documentos e seu acompanhamento; o Sistema de "Certidão Negativa em Lote", facilitando a obtenção de nada consta de grande número de pessoas e o Sistema de "Consulta Processual Unificada", facilitando a pesquisa de forma centralizada de processos judiciais e jurisprudência.

- A execução de diversas obras no prédio do STM, onde destaco a instalação de cinco novos elevadores, a impermeabilização das lajes externas do prédio, a reforma do nosso restaurante, entre outras obras que melhoraram ou estão melhorando as nossas condições de habitabilidade, e finalmente;

- A incorporação, junto à Secretaria do Patrimônio da União - SPU, de um valioso terreno, junto à ENAJUM, que permitirá facilmente expansões futuras.

Foram todas essas, vitórias obtidas pelos nossos servidores e, relacionando-as e citando-as, presto a todos os meus cumprimentos e o meu reconhecimento pelo excelente serviço que apresentaram nesses dois anos.

Mas se é hora de partir é hora também de agradecer.

E eu inicio agradecendo aos magistrados desta Egrégia Corte pela maneira cordial e fidalga com que sempre me apoiaram e distinguiram ao longo desses dois anos. Um agradecimento especial ao meu Vice-Presidente Ministro Dr. JOSÉ BARROSO FILHO pela ajuda prestada

nas minhas decisões e pela disposição permanente para discutir e encontrar as melhores soluções. Estejam certos que foi um real privilégio ter convivido com todos.

Aos Juízes Federais da Justiça Militar da União o meu reconhecimento pelo diálogo constante e construtivo na busca pelos melhores caminhos para esta bicentenária Justiça.

Aos Presidentes das nossas Cortes Superiores: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal de Contas da União, apresento o meu agradecimento perene pelo convívio cordial e amigo. A troca de ideias e experiências foi a marca do nosso convívio nesses dois anos.

Agradeço também ao Ministro da Defesa, aos Comandantes da Marinha do Brasil, do Exército Brasileiro e da Força Aérea Brasileira e ao Advogado-Geral da União que nos apoiaram sempre e de maneira inconteste quando a eles tivemos que recorrer.

Ao Ministério Público Militar e à Defensoria Pública da União registro o reconhecimento pelo profícuo trabalho e pelo diálogo constante que desenvolvemos ao longo do período. Muito obrigado pelas valiosas colaborações institucionais.

Aqui, no nosso Tribunal, gostaria de registrar o meu reconhecimento e a minha gratidão aos meus assessores mais próximos, Diretor-Geral Contra-Almirante (RM1-IM) Silvio Artur Meira Starling, na pessoa de quem agradeço a todos os diretores e coordenadores, Assessor Especial Contra-Almirante (RM1) Renato Batista de Melo, Chefe de Gabinete Dra. Marília Ramos Chaves, Assessora Jurídica Dra. Francisca Olga de Flores Junior, Assessor Jurídico-Administrativo Dr. Rafael Seixas Santos, Secretária do Tribunal Pleno Dra. Sonja Christian Wriedt, Secretária Judiciária Dra. Giovanna de Campos Belo, e ao Secretário de Controle Interno Dr. Valdemir Régis Ferreira de Oliveira, pela lealdade, competência, dedicação e amizade que me ofereceram ao longo desta inesquecível jornada. Através de suas pessoas estendo este agradecimento a todas assessorias e coordenadorias pelos excelentes trabalhos realizados, pela lealdade e pela permanente disposição de buscar as melhores soluções.

Também aos integrantes do meu gabinete, que me acompanham há bastante tempo, em especial o meu assistente, Capitão de Corveta (T) Alexandre Ribeiro Generoso, o meu muito obrigado por toda a lealdade e o maravilhoso serviço que me permitiram levar a bom termo todas as exigências das minhas atividades, seja como Ministro, seja como Presidente desta Corte Superior.

Aos meus saudosos pais Kleber e Anete espero ter conseguido, nesses 58 anos de serviço, retribuir todo o carinho e ensinamentos recebidos. Se algum sucesso consegui, ele pertence, mais do que nunca, a vocês.

E agora é chegada a hora do meu agradecimento maior e mais carinhoso à minha família que durante todo esse longo caminho esteve ao meu lado. Aos meus filhos e netos o meu muito obrigado por entenderem as características e necessidades da vida militar e as muitas ausências que tiveram que suportar. À minha querida Tania, o meu agradecimento eterno pelo amor, pela compreensão e pelo incentivo de sempre. Você teve um papel decisivo em tudo que fui e alcancei e espero recompensá-la agora, na aposentadoria e nos anos carinhosos que viveremos até o final das nossas vidas. Muito, muito, obrigado.

Finalmente, ao meu sucessor na Presidência, Ministro General de Exército LUIS CARLOS GOMES MATTOS e ao seu vice-presidente Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, externo os meus sinceros votos de muito sucesso e muitas felicidades nos cargos que ora assumem. As qualidades pessoais de ambos aliadas aos seus conhecimentos profissionais são a certeza de que a nossa justiça militar da união está, a partir de hoje, em excelentes mãos.

Senhoras e senhores, presentes ou que nos acompanham pelo **YouTube**:

Do passadiço olho para o cais após encerrar a manobra de atracação da minha derradeira comissão. Observo que a amarração foi dobrada e a prancha passada para terra. É hora de passar para a manobra, receber o último cerimonial no portaló e, uniformizado, saudar a bandeira nacional pela derradeira vez e dirigir-me ao aconchego do lar, para nos anos que restam, continuar amando e torcendo pela inesquecível Marinha do Brasil e pela nossa Justiça Militar da União.

Mais uma vez peço ao bom Deus que nos ilumine e que Nossa Senhora de Nazaré nos abençoe. Muito, muito obrigado a todos.

O Ministro Presidente concedeu a palavra ao Diretor-Geral da Secretaria do Superior Tribunal Militar, Contra-Almirante Silvio Artur Meira Starling, que procedeu à leitura do Termo de Posse do Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS.

Após a assinatura do Termo de Posse pelo Presidente, o Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS foi declarado empossado no cargo de Presidente do Superior Tribunal Militar pelo Exmo. Sr. Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, que o convidou a ocupar seu lugar à Mesa da Presidência, passando a presidir os trabalhos.

Em seguida o Ministro Presidente concedeu a palavra ao Diretor-Geral do Superior Tribunal Militar, que procedeu à leitura do Termo de Posse do Exmo. Sr. Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.

Após a assinatura do Termo de Posse pelo Ministro Presidente e pelo Exmo. Sr. Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, foi declarado empossado no cargo de Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS.

Dando seguimento à solenidade, o Exmo. Sr. Ministro Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, para falar em nome do Superior Tribunal Militar, que proferiu o seguinte discurso:

Exmo. Sr. Presidente do Superior Tribunal Militar, Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS.

Em nome do Exmo. Sr. Gen Ex Hamilton Mourão, Vice-Presidente da República, cumprimento as demais autoridades já nominadas.

Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Antônio Pereira Duarte; Exmos. Srs. Ministros do STM, de hoje e de sempre;

Demais autoridades presentes;

Senhoras e senhores que nos assistem de forma presencial ou virtual.

Em cerimônia solene que se repete há mais de 200 anos, em intervalos médios de 2 anos, o Superior Tribunal Militar se reúne hoje para dar posse a um novo Presidente o Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS e a um novo Vice-Presidente o Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.

Sinto-me extremamente honrado por ter sido escolhido e convidado para saudar os Ministros empossados, em nome da Sra. Ministra e dos Srs. Ministros desta Egrégia Corte castrense.

Antes mesmo de iniciar essa saudação cumpre realçar o trabalho desenvolvido pelos Ministros Almirante de Esquadra MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, como Presidente e Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, como Vice-Presidente.

Enfrentando as dificuldades colocadas pela incrível pandemia que assolou o Brasil e o mundo, emergiu o espírito do experiente marinheiro que cresce e se fortalece em "mares revoltos". O Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS introduziu os modernos processos de sessões virtuais e sessões por videoconferência utilizando a tecnologia da informação e de forma eficiente, preservou e na maioria dos casos até ampliou a prestação jurisdicional na Justiça Militar da União.

Ao Ministro MARCUS VINICIUS e Sra. Tânia, desejamos que nos novos mares da vida, uma singradura mais serena lhes aguarde, com bons ventos e mares tranquilos.

Bravo zulu! Caro amigo Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS!

Missão cumprida, caro amigo Ministro Dr. JOSÉ BARROSO e sua esposa Sra. Marta! Parabéns!

O Ministro Gen Ex MATTOS incorporou ao Exército Brasileiro nos anos 60, na Escola Preparatória de Campinas e foi declarado Aspirante em dezembro de 1969 na AMAN, dando início então a sua brilhante carreira como Oficial da Arma de Infantaria.

Atraído pelas atividades e missões do paraquedismo militar realizou a maioria dos cursos e estágios do centro de instrução paraquedista Gen Penha Brasil, dentre os quais se destacam o curso básico de paraquedista; o curso de comandos; o curso de forças especiais e o curso de precursor paraquedista.

Como Coronel comandou o 20º Batalhão de Infantaria Blindado, em Curitiba e assumiu o honroso cargo de Adido Militar do Exército, junto a Embaixada do Brasil no Chile, onde se despiu do camuflado, do coturno marrom e da boina vermelha, para representar o nosso Exército no País amigo, exercendo atividades da chamada "diplomacia militar".

Em maio de 2001 assumiu o Comando da Brigada de Infantaria Paraquedista, tropa de elite do Exército Brasileiro que liderou com equilíbrio e coragem até julho de 2004 (por cerca de 3 anos).

Ao ser nomeado Ministro desta Corte, em outubro de 2011, o Gen MATTOS exercia, com profissionalismo e muita firmeza um outro grande comando complexo, estratégico e de grande extensão territorial: o Comando Militar da Amazônia.

Hoje após cerca de 10 anos no exercício da magistratura, trabalhando intensamente na aplicação da justiça, com imparcialidade, bom senso e imprimindo celeridade aos processos sob sua responsabilidade, ao tempo em que valoriza e procura dar relevância aos trabalhos do escabinato, assume a presidência deste Superior Tribunal Militar, com a integral confiança e a unanimidade de votos dos Ministros.

Temos todos a convicção de que saberá conduzir com brilhantismo, eficácia e correção os rumos do Tribunal e da Justiça Militar da União, no cumprimento da sua missão constitucional.

O curitibano mais flamenguista que conhecemos, o Min. MATTOS é casado com a Sra. Maria Rosa Santos Mattos, a quem carinhosamente chama de "polaca" e possui quatro filhos: Luis Fernando, Eduardo, Rodrigo e Ana Paula; e seis netos: Danilo, Marcela, Luiza, Júlia, Natália e Maria Eduarda.

Nossos cumprimentos também ao Ministro Dr. PÉRICLES e a sua esposa Dra. Marisa tem uma enorme contribuição a dar como Vice-Presidente, mercê de sua longa e consistente experiência jurídica de mais de 45 anos, nas relevantes funções e cargos que ocupou ao longo da sua carreira no Ministério Público Militar e nesta Egrégia Corte.

Por fim, representando a Exma. Sra. Ministra Dra. MARIA ELIZABETH e os Exmos. Srs. Ministros, queremos saudar o novo Presidente Ministro Gen Ex MATTOS e o novo Vice-Presidente Ministro Dr. PÉRICLES, desejando muito sucesso na missão e engajando o nosso comprometimento em participar dessa empreitada.

A todos os senhores e senhoras o nosso muito obrigado pela atenção!

Na sequência, o Exmo. Sr. Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar, Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, agradeceu as palavras de homenagem e proferiu o seguinte discurso:

Exmo. Sr. Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, Gen Ex Antonio Hamilton Martins Mourão, na pessoa de quem cumprimento e saúdo a todos aqueles já registrados na nominata.

Boa tarde.

Inicio minhas palavras agradecendo a Deus por ter chegado até aqui com saúde, disposição e deixando um pensamento que tem norteado minha vida profissional, permitindo superar muitos obstáculos.

"Não adormeças pensando que uma coisa é impossível. Talvez corras o risco de acordar com o barulho que outra pessoa faria, executando teu impossível. "

Assim, gostaria de agradecer, sensibilizado, a todos que acompanham esta singela, mas significativa cerimônia:

- Minha querida Maria Rosa, aqui presente, e todos aqueles que se valem das novas tecnologias como o **YouTube** e **Zoom**;

- Meu irmão Waldir Roberto, em Curitiba, onde conheço muitos Waldir, mais ainda Roberto, mas os dois nomes juntos, só inspiração de Dona Sílvia.

Por isso todos o conhecem como Pingo, Cel R/1 de Infantaria que acaba de ser condecorado com a Medalha do Pacificador com Palma, pelo Exército, por ação meritória durante um serviço de escala, em Natal, quando era capitão.

- Meus filhos Luis Fernando, na Comissão Europeia, em Bruxelas, Eduardo, Adido Militar na Guiana, Rodrigo, Comandante do Parque 12, em Manaus e Ana Paula, minha farmacêutica preferida, no Rio de Janeiro;

- Altas autoridades do Brasil, as quais tive a oportunidade de entregar o convite pessoalmente, ressaltando que a cerimônia seria reservada, motivado pela pandemia;

Presidente Jair Bolsonaro; Vice-Presidente Mourão;

Ministros Fernando, Heleno, Ramos e Braga Neto; Almirante Ilques, Comandante da Marinha do Brasil; General Leal Pujol, Comandante do Exército; Brigadeiro Bermudez, Comandante da Aeronáutica;

Brigadeiro Botelho, Chefe do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas; Ministro Barroso, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral;

Senadores Rodrigo Pacheco, Presidente do Senado Federal, Eduardo Braga pela nossa salutar convivência em Manaus, quando comandei o CMA e Álvaro Dias, do meu estado natal. Eduardo e Álvaro acompanharam ainda minha sabatina na CCJ, transmitindo confiança e apoio, naquela oportunidade. Sou muito grato.

- Integrantes da minha turma de AMAN, 1969, Turma Jubileu de Prata e todos os meus familiares e amigos que manifestaram o desejo de estar presente na minha posse como Presidente do Superior Tribunal Militar.

Em abril de 1959, pelas mãos de meu querido pai, já falecido, e sob as orações de minha saudosa mãe, fui levado ao Colégio Militar de Curitiba que iniciava, naquele ano, o seu funcionamento na capital paranaense. Sou, portanto, integrante da primeira turma daquela modelar instituição de ensino que despertou em mim, a vocação para ser Soldado e, com muita honra, o primeiro oficial general a alcançar o último posto da carreira militar e o cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, egresso daquele colégio.

Sem dúvida o "Velho Hermes", advogado por formação e pai coruja ao extremo ficaria muito orgulhoso de ver seu filho chegar tão longe e no dia de hoje ser empossado como Presidente da mais alta Corte de Justiça Militar do Brasil.

Na AMAN, faço parte da Turma Jubileu de Prata e, com muito orgulho, represento meus irmãos de arma na Justiça Militar. Chegamos em 1966, como a menor turma da época, certamente pela rejeição dos jovens com a carreira militar e saímos em 1969 maior que a tur-

ma anterior de 1968, “que por gostar tanto da Academia acabaram passando para a nossa turma”. Hoje somos todos jubilandos.

Minha última comissão no Exército, foi no Comando Militar da Amazônia (CMA), região que compreende 42% do território nacional, possui 11.000 Km de fronteira com sete países da América do Sul e enquadra sete estados da Federação, hoje dividido com o Comando Militar do Norte (CMN) pela importância estratégica e abundância de riquezas em todos os aspectos. Por isso tudo, é considerada área operacional prioritária das Forças Armadas Brasileiras.

Durante dois anos e quatro meses naquele Comando vivi ricas e gratificantes experiências profissionais, estando sempre presente nas suas 123 organizações militares que compunham o CMA, na época, e dedicando-me a melhor entender aquela gente, sua cultura e, principalmente suas necessidades.

O rio Amazonas, num único dia despeja no Oceano Atlântico mais água do que toda a vazão do Rio Tâmisa, em Londres durante um ano inteiro. Só a Bacia do Rio Negro, um de seus maiores afluentes, tem mais água doce de que toda a Europa.

O Brasil possui os dois maiores aquíferos subterrâneos do mundo, o Guarani localizado no sul e compartilhado com o Uruguai, Paraguai e Argentina e outro localizado em Alter do Chão, o “Caribe Brasileiro”, próximo a cidade de Santarém, no Estado do Pará.

As reservas de Nióbio de cerca de 2.9 bilhões de toneladas, raro e estratégico minério utilizado na industrialização de produtos que suportam altas e baixas temperaturas, como aviões e foguetes, estão localizadas em Araxá, MG e na Região da “Cabeça do Cachorro”, no município de São Gabriel da Cachoeira (AM), sendo o Brasil detentor de mais de 90% desse importante minério consumido no mundo. Essas potencialidades pouquíssimas conhecidas e quase nada divulgadas, justificam e valorizam ainda mais a nossa preocupação com a soberania nacional, responsabilidade de todos os brasileiros, mas, particularmente das forças armadas que são suas guardiãs.

A Justiça Militar da União, a mais antiga de nosso país, desembarcou com o Príncipe D. João, em final de março de 1808 e até hoje preserva os pilares daquelas instituições, a hierarquia e a disciplina, tornando-as fortes e ordeiras no cumprimento de suas missões.

Nesse ano e no ano que passou, mais uma vez, a Justiça Militar encontra-se diante de uma provação, dessa vez com consequências mundiais. A pandemia ceifou vidas de milhares de brasileiros, impactou nosso país de forma brutal, mas também nos fez adotar novos parâmetros para seguir julgando de forma proba e eficiente, com isso garantindo que a nação passasse por esse momento, sem perder a confiança em suas Forças Armadas, disciplinadas e bem orientadas.

Ciente de minhas responsabilidades desejo tornar ainda mais visível essa que chamo de “nobre justiça desconhecida” que se reinventou e demonstrou profissionalismo, competência e grande habilidade de adaptação, mesmo frente a um cenário desconhecido e de tantas incertezas.

Ressalto aqui a importância e dedicação, não apenas de meus pares, mas de nossos juízes federais, secretários, servidores e todos os seus integrantes que se empenham em fazer da Justiça Militar um exemplo de superação, sempre resguardando sua tradição democrática.

Diante de tudo isso, só posso me sentir profundamente honrado, motivado e gratificado para enfrentar os desafios que virão.

Ao meu antecessor, Ministro Almirante de Esquadra Marcus Vinícius, agradeço a forma altamente cortês e profissional como realizou a transmissão da função, permitindo que eu fosse tomando ciência da condução desse Tribunal e mostrando-me as melhores linhas de ação para cada problema visualizado, fruto de sua experiência como Presidente. Obrigado amigo e Deus permita que eu possa seguir seus passos em cumprimento de tão nobre missão.

Desfrute do merecido descanso na sua aposentadoria com a certeza de que cumpriu tão bem sua missão na Justiça Militar, como o fez durante mais de 48 anos de serviço em nossa Marinha do Brasil.

Felicidades, junto a Tânia, sua querida esposa e seus familiares.

Muito obrigado.

O Ministro Presidente agradeceu, mais uma vez a todos que acompanharam esta Sessão Solene, o Vice-Presidente da República Federativa do Brasil, Gen Ex Antônio Hamilton Martins Mourão, os Ministros do Superior Tribunal Militar de ontem, de hoje e de sempre, autoridades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os Ministros dos Tribunais Superiores, os magistrados, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Singulares, os integrantes do Ministério Público, Defensores Públicos, Oficiais-Generais, Autoridades Eclesiásticas, Juízes Federais da Justiça Militar da União, militares, advogados, comunidade jurídica, convidados, familiares, amigos, queridos servidores da Justiça Militar da União e demais convidados, dando por encerrada a Sessão, às 16h15.

SONJA CHRISTIAN WRIEDT
Secretária do Tribunal Pleno

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
ATA DA 3ª SESSÃO SOLENE,
EM 19 DE OUTUBRO DE 2011 - QUARTA-FEIRA

PRESIDÊNCIA DO MINISTRO
Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO

Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Francisco José da Silva Fernandes, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Cleonilson Nicácio Silva.

Presente a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz. Presente a Secretária do Tribunal Pleno, Sonja Christian Wriedt.

Às 16h, havendo número legal, o Exmo. Sr. Ministro Presidente Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO declarou aberta a Sessão Solene de posse do Exmo. Sr. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, no cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar, nos termos do artigo 8º do RISTM, para o qual foi nomeado por Decreto de 11/10/2011, publicado no Diário Oficial da União nº 197, de 13/10/2011, em decorrência de vaga aberta por força da aposentadoria do Ministro Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI.

Tiveram assento à mesa da Presidência o Exmo. Sr. Dr. MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, representando o Presidente do STJ, o Exmo. Sr. Gen Ex ENZO MARTINS PERI, Comandante do Exército e Ministro de Estado da Defesa, interino e a Procuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. CLÁUDIA MÁRCIA RAMALHO MOREIRA LUZ.

Presentes à cerimônia o Exmo. Sr. Gen Ex JOSÉ ELITO CARVALHO SIQUEIRA, Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; o Exmo. Sr. Alte Esq LUIZ UMBERTO DE MENDONÇA, Chefe do Estado-Maior da Armada, no exercício do cargo de Comandante da Marinha; o Exmo. Sr. Ten Brig Ar JUNITI SAITO, Comandante da Aeronáutica; o Exmo. Sr. Ten Brig Ar JORGE GODINHO BARRETO NERY, Chefe do Estado-Maior da Aeronáutica; o Exmo. Sr. Dr. ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA, representando o Defensor Público-Geral Federal, em exercício; os Exmos. Srs. Ministros aposentados Ten Brig Ar CHERUBIM ROSA FILHO, Dr. ALDO DA SILVA FAGUNDES, Gen Ex MAX HOERTEL, Ten Brig Ar HENRIQUE MARINI E SOUZA, ex-Presidentes do Superior Tribunal Militar; o Exmo. Juiz JOSÉ LUCIO MUNHOZ, Conselheiro do Conselho Nacional da Justiça; os Exmos. Srs. Ministros aposentados do Superior Tribunal Militar Alte Esq DOMINGOS ALFREDO SILVA e Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI; a Exma. Sra. Subprocuradora-Geral da República EDYLCÉA TAVARES DE PAULA; os Exmos. Srs. Drs. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES e ROBERTO COUTINHO, Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar; o Exmo. Sr. Dr. MARCOS FERNANDO TEODORO PINHEIRO, representando o Presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo; o Exmo. Sr. Dr. NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA, representando a Procuradoria- Geral da União; o Exmo. Sr. Dr. EDMUNDO FRANCA DE OLIVEIRA, Juiz-Auditor aposentado da Justiça Militar da União, representando o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros; o Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, representando a Associação dos Magistrados da Justiça Militar da União; o Exmo.

Sr. Dr. LINCONL DE OLIVEIRA, representando o Presidente da OAB/DF; os Exmos. Srs. Drs. ZILAH MARIA CALLADO FADUL PETERSEN, VERA LÚCIA DA SILVA CONCEIÇÃO e ELI RIBEIRO DE BRITTO, Juízes-Auditores da Justiça Militar da União; elevado número de Oficiais Superiores, Advogados, familiares e convidados do empossando.

Dando início à solenidade, o Presidente convidou os Exmos. Srs. Ministros Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS a conduzirem o Exmo. Sr. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS até o Plenário.

Tendo ingressado no Plenário, o Presidente convidou-o a prestar o compromisso de Ministro do Superior Tribunal Militar, na forma do § 2º do artigo 8º do RISTM.

O Exmo. Sr. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS leu o termo de compromisso.

O Diretor-Geral da Secretaria procedeu à leitura do Termo de Posse, que foi assinado pelo Presidente, pelo empossando, pelos demais Ministros e pelo Diretor-Geral.

O Presidente, em seguida, declarou o Exmo. Sr. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS empossado no cargo de Ministro do Superior Tribunal Militar.

Tendo prestado o compromisso legal e sido empossado no cargo de Ministro desta Corte, o Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS foi admitido no Quadro Ordinário, da Ordem do Mérito Judiciário Militar no grau de Grã-Cruz, na forma do artigo 22, letra d do respectivo Regulamento, tendo sido agraciado pelo Presidente do Conselho e Chanceler da Ordem e incluído, como membro nato, no Conselho da Ordem do Mérito Judiciário Militar.

Dando sequência à cerimônia, o Presidente convidou o Ministro empossado a ocupar seu lugar no Plenário, na conformidade do artigo 63, inciso II, do RISTM.

Prosseguindo, o Exmo. Sr. Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Sr. Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO para saudar, em nome do Tribunal, o Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS:

Exmos. Srs. Alte. Esq Alvaro Luiz Pinto Presidente do Superior Tribunal Militar,

Dr. Mauro Luiz Campbell Marques Ministro do Superior Tribunal de Justiça, nesse ato representando o Presidente do STJ;

Gen Ex Enzo Martins Peri, Comandante do Exército e Ministro de Estado da Defesa interino;

Gen Ex Luiz Carlos Gomes Mattos Ministro dessa Corte empossado nesta data;

Dra. Claudia Márcia Ramalho Moreira Luz, Procuradora-Geral da Justiça Militar;

Demais autoridades presentes e já nominadas, minhas senhoras e meus senhores.

Mais uma vez o vetusto Plenário do Superior Tribunal Militar testemunha o cerimonial que há 203 anos assinala o princípio inelutável de sua renovação.

Sinto-me extremamente honrado com a incumbência de saudar o General-de-Exército Luiz Carlos Gomes Mattos, que a partir de hoje passa a ocupar cadeira deixada pelo eminente Ministro Renaldo Quintas Magioli.

E este sentimento se justifica por estar representando os ilustres Ministros e Ministra desta Corte, na gratificante tarefa de apresentar os votos de boas-vindas ao General Mattos, amigo de longa data e destacado Chefe Militar do Exército Brasileiro.

Voltando os olhos para o ano de 1808, quando da criação deste Tribunal, constatamos com orgulho, a sua marcante participação nos momentos cruciais da história pátria, sendo reconhecido no ambiente jurídico nacional, por sua independência na defesa da Justiça e da liberdade, e pela firme atuação na tutela dos pilares fundamentais da Instituição Castrense, a hierarquia e a disciplina, consubstanciando, de maneira inequívoca, a imprescindibilidade da Justiça Militar da União.

E nesse mister, sobreleva-se o Superior Tribunal Militar, como colegiado de composição mista, que alia a experiência de chefes militares que atingiram o ápice da carreira, com o notório saber jurídico dos ministros togados.

Escabinato que há mais de dois séculos vem assegurando a este Tribunal, decano do Poder Judiciário do Brasil, as condições para julgar com celeridade, espírito de justiça, imparcialidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

E é neste cenário do primado do Direito e da valorização da profissão das armas que o General Mattos ingressa no Poder Judiciário na condição de Ministro, emprestando as credenciais de seu passado exemplar no Exército para engrandecer esta Corte.

Mas quem é e como chegou até aqui o nosso homenageado?

O passo inicial de sua trajetória castrense foi dado em 1959 quando ingressou no Colégio Militar de Curitiba.

E como um dos pioneiros daquele educandário, foi o primeiro ex-aluno a atingir o posto de General-de-Exército.

Em 1964, matricula-se na Escola Preparatória de Cadetes de Campinas, prosseguindo na Academia Militar das Agulhas Negras, onde, em dezembro de 1969, é declarado aspirante-a-oficial da nobre Infantaria, a Rainha das Armas.

Sua primeira unidade foi o tradicional Regimento Escola de Infantaria, onde ratificou plenamente as excelsas qualidades que, já então, ornavam o seu perfil de militar de escol.

Mas o jovem tenente queria ser um guerreiro alado. E, assim, transferiu-se para a Brigada de Infantaria Paraquedista, onde especializou-se como mestre de salto, comandos, forças especiais e precursor paraquedista, além de realizar os cursos básico e avançado

de salto livre, cumprindo ressaltar a sua participação no salto livre operacional a 10.000 metros de altitude, com máscara de oxigênio e temperatura de 40º abaixo de zero, sendo, até então, o salto de maior altitude já realizado na América Latina.

Por vários anos, e em diferentes ocasiões, prestou excelentes serviços àquela grande unidade operacional do Exército Brasileiro. Profissionalismo, firmeza de atitudes, determinação e entusiasmo, estas as características que emolduraram o seu desempenho em todas as missões cumpridas naquele período.

Prosseguindo na carreira, suas raízes do Paraná, lá de União da Vitória onde nasceu, foram estendidas a outras terras na vivência nacional. Além das diversas funções exercidas na Bda Pqdt, foi aluno e instrutor da EsAO e da ECEME, chefe de seção da 10ª Bda Inf Mtz, oficial do Gabinete do Ministro do Exército, Cmt do 20º Btl Inf Bld, Chefe do Estado-Maior da 5ª RM/DE e adido militar junto à embaixada do Brasil no Chile.

Como General-de-Brigada foi Cmt da 6ª Bda Inf Bld e da Bda Inf Pqdt.

Como General-de-Divisão desempenhou os cargos de 3º SCh e de VCh do Estado-Maior do Exército.

Finalmente, como General-de-Exército foi Chefe do Departamento de Ciência e Tecnologia e Comandante Militar da Amazônia.

Neste último cargo desenvolveu uma incansável e eficaz ação de comando, fazendo-se presente em todas as 123 organizações militares daquele Comando de Área.

Liderando sempre pelo exemplo, motivou, orientou e acompanhou as manobras e atividades de suas Brigadas e Unidades de Selva, cuidando com diuturna atenção do adestramento da tropa, ao tempo em que atribuiu elevada e permanente prioridade ao bem-estar e às necessidades da família militar.

Rigorosamente comprometido com as causas da Instituição, interagiu intensa e harmoniosamente com os Comandos das Forças coirmãs, com as autoridades civis e com os segmentos representativos da sociedade, consolidando um clima de confiança e de respeito mútuo, que muito facilitou a implementação de importantes projetos atinentes à segurança da Amazônia.

E no colegiado Alto-Comando do Exército, sua presença ativa e respeitada foi sempre valorizada por intervenções arrazoadas e oportunas.

Dignas autoridades aqui presentes, minhas senhoras e meus senhores.

Em resumida síntese, este o destacado perfil do magistrado que hoje, solenemente, toma posse nesta Egrégia Corte.

Estimado amigo General Mattos.

A partir de agora V. Exa. assume a singular responsabilidade de julgar os seus semelhantes, segundo os dispositivos da Lei Penal Castrense e os ditames de sua própria consciência.

A ação de julgar é considerada um dos mais sensíveis encargos a ser exercido pelo homem, mas esteja certo de que a sua vasta experiência na caserna, aliada ao seu criterioso tirocínio e acentuado espírito de justiça o credenciam ao exercício da atividade judicante com dignidade e pleno sucesso.

Saiba que as suas reconhecidas virtudes de soldado e cidadão, evidenciadas ao longo de mais de 47 anos servindo ao Exército e à Pátria, se constituem na melhor garantia da valiosa contribuição que V. Exa. prestará ao bicentenário escabinato deste Tribunal, onde a experiência da farda se integra à sabedoria jurídica da toga .

Meu caro Ministro General-de-Exército Luis Carlos Gomes Mattos,

Receba os efusivos votos de boas-vindas dos integrantes desta Corte, extensivos à sua querida esposa Maria Rosa, filhos e netas.

Seja feliz e que Deus o ilumine no desempenho da nobre missão que ora inicia.

Dando sequência à cerimônia, o Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, que assim se manifestou:

Excelentíssimos Senhores Almirante-de-Esquadra Alvaro Luiz Pinto, Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar;

Doutor Mauro Luiz Campbell Marques, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, neste ato representando o Presidente e amigo, que eu conheci com prazer na Amazônia;

General-de-Exército Enzo Martins Peri, Comandante do Exército e Ministro de Estado da Defesa interino;

General-de-Exército José Elito Carvalho Siqueira, Ministro da Segurança Institucional, meu grade amigo e meu irmão;

Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, Procuradora-Geral da Justiça Militar;

Brigadeiro Saito, tivemos longa convivência nas nossas missões conjuntas;

Almirante Mendonça, representando aqui o Comandante da Marinha e demais membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Senhoras e Senhores.

Faço parte da vida daqueles que acreditam que ontem é passado, amanhã é futuro e hoje é uma dádiva, por isso chamada presente.

Assim evoco inicialmente o passado recordando um pensamento de Francisco de Almeida Rosa:

´Quem passou pela vida em brancas nuvens e em plácido repouso adormeceu; quem não sentiu o frio da desgraça, quem passou pela vida e não sofreu, foi espectro do homem, não foi homem, só passou pela vida, não viveu´.

Com muito orgulho asseguro que vivi intensamente meus quarenta e sete anos de serviço, cinquenta e dois usando farda, contando os cinco anos do Colégio Militar de Curitiba.

Por opção servi muito tempo no campo operacional carregando mochila e muitas vezes saltando ou flutuando com ela nos rios amazônicos.

Igualmente transitei na área do ensino passando a outros as experiências recebidas nos cursos de especialização, aperfeiçoamento ou altos estudos militares.

No exterior, fui Adido militar no Chile, país amigo que conheci do Norte ao Sul, inclusive sua parte Antártica e suas ilhas no oceano Pacífico, como a Ilha de Páscoa. Aprendi a admirar o seu povo, seu modo de vida e suas tradições.

Como Oficial General comandei a 6ª Brigada de Infantaria Blindada, no Sul e a Brigada de Infantaria Paraquedista, no Rio de Janeiro. No Estado- Maior do Exército tive a oportunidade de conhecer a Força como um todo, sendo 3º Sub-Chefe e Vice-Chefe daquele Órgão de Direção Geral.

Promovido ao último posto fui designado para chefiar o Departamento de Ciência e Tecnologia. Aprendi muito com aquelas ´cabeças privilegiadas´ de nosso Exército, mas também lhes orientei a usar seus conhecimentos em proveito dos projetos da força. Foi uma gratificante troca de experiências.

O Rio Amazonas despeja no Oceano Atlântico, num único dia, mais água do que toda a vazão do Rio Tamisa, em Londres, durante um ano inteiro. Só a bacia do Rio Negro, um de seus afluentes, tem mais água doce do que toda a Europa.

Durante o ciclo da borracha, a Amazônia foi responsável por quase 40% das exportações brasileiras. Manaus era a capital mundial na venda de diamantes, e o seu teatro com 681 lugares, foi construído no velho continente e trazido de navio para ser montado no Brasil.

Como escreveu Euclides da Cunha:

o homem aqui é ainda um intruso impertinente. Chegou sem ser esperado, nem querido, quando a natureza ainda estava arrumando o seu mais vasto e luxuoso salão.

Esta vastidão exuberante e extremamente rica, que sem dúvida é motivo da cobiça internacional é a área estratégica, prioridade número um do Exército, que tive o privilégio de comandar por dois anos e cinco meses, encerrando minha carreira militar.

O amanhã é o futuro e este a Deus pertence. Entretanto sinto-me profundamente honrado por ter sido nomeado Ministro desta Corte de Justiça, bicentenária e a mais antiga do país.

Da mesma forma, sua composição mista, o escabinato, com Ministros civis, de notório saber jurídico, e Ministros militares no último posto da hierarquia e extensa experiência na caserna tem permitido, por consequência, julgamentos mais justos. A Justiça Militar

vai muito além da simples aplicação dos regulamentos, envolve sim, aspectos subjetivos que são incorporados somente no convívio com a tropa.

Entendendo as peculiaridades desta Egrégia Corte, vislumbro um futuro em que estarei cumprindo uma das tarefas mais difíceis a nós atribuída julgar mas convicto de que o Exército, mais uma vez, me capacitou para tal.

Hoje é o presente. Dádiva que nos fez chegar, percorrendo os caminhos da vida, onde jamais imaginamos.

Obrigado meu Deus por ter me trazido até este momento permitindo-me vivenciar uma alegria profissional muito intensa.

Obrigado por ter caminhado ao meu lado e sempre me sustentado.

Sou grato a Exma. Sra. Presidenta da República Dilma Rousseff, por acolher a proposição de meu nome encaminhando-o ao Senado Federal e, após aprovado, ter me nomeado Ministro desta Corte Superior.

Agradeço ao Exmo. Sr. Ministro da Defesa Embaixador Celso Amorim, pela confiança ao encaminhar o meu nome à Exma. Sra. Presidenta da República.

Obrigado Gen Enzo, Comandante do Exército Brasileiro, por todo apoio que sempre recebi e pela irrestrita confiança que depositou na minha pessoa.

Aos Excelentíssimos Srs. Senadores da República, em particular os Senadores José Pimentel, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e Eduardo Braga, do Amazonas, pelo incondicional apoio e consideração à minha pessoa. Aos Exmos. Srs. Senadores Álvaro Dias do meu estado natal, Eduardo Suplicy de São Paulo, Aníbal Diniz do Acre, pelas demonstrações de consideração, apreço e conhecimento dos atributos necessários para um Ministro militar neste Tribunal, apresentados no Plenário do Senado, que permitiu a escolha de meu nome por ampla maioria. O meu reconhecimento e apreço a todos.

Aos Excelentíssimos Srs. Ministros desta Corte, especialmente ao Sr. Presidente Almirante-de-Esquadra Alvaro Luiz Pinto, pela cordial acolhida e amizade com que me receberam.

Ao Exmo. Sr. Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, amigo e companheiro na 3ª Divisão de Exército, em Santa Maria - RS, no Comando Militar do Leste, no Rio de Janeiro - RJ e no Alto Comando do Exército, em Brasília DF, agradeço as palavras de estímulo e apreço em sua saudação.

Aos meus entes queridos, filhos, irmão, netas e amigos que em mais esta oportunidade demonstram seu carinho com sua presença, a minha eterna gratidão.

Aos meus pais, onde estiverem, a sua benção.

A você, Maria Rosa, que me acompanhará em mais esta caminhada, o meu amor.

Que Deus continue a me iluminar e me dê inspiração para julgar com justiça em mais esta importante missão de minha vida.

Muito obrigado.

Por fim, o Presidente agradeceu a todos os que prestigiaram, com suas presenças, a cerimônia e deu por encerrada a Sessão às 16h45.

SONJA CHRISTIAN WRIEDT
Secretária do Tribunal Pleno

SUMÁRIO

O DIREITO À PROVA NO CONTEXTO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITO PENAL ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
Alexandre Coutinho Pagliarini e Ana Paula Kosak 31

O CONSENTIMENTO COMO FUNDAMENTO DE LICITUDE PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA
Anabela Susana de Sousa Gonçalves 51

ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR À LUZ DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA NORMA
Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira e Janaína Paes Landim Ramos 60

A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NA MARINHA DO BRASIL
Ministro Alte Esq Celso Luiz Nazareth 74

A MORTE FICTA DO OFICIAL: A Pena de Perda do Posto e da Patente.
Ministro Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira, Marcelo Henrique Pinheiro das Neves Henrique e 1º Sgt Aer Rogério Fernandes Soares 85

A PRISÃO DO DESERTOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira 101

LA FINANCIACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS, 2006-2019 (ALCANCES Y LÍMITES)
Carlos de Jesús Becerril Hernández 107

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 13.491/2017 E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO
Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino 117

LA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PERÚ
Cecilia Milagros Díaz Huanca 130

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS PENAIS MAIS RECORRENTES E JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR ENTRE 2018 E 2020.
Ministro Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros 145

ADMINISTRAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL, PAPEL DO ESTADO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS
Débora Cristina Veneral 160

DIREITO AO ESQUECIMENTO
Denise Caldas Figueira 177

A APLICABILIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL
Denise de Melo Moreira 213

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA REPÚBLICA
Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo 230

OS DILEMAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA
Fernanda de Carvalho Lage 242

O COMPROMISSO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO COM A VALORIZAÇÃO DA MAGISTRATURA MILITAR FEDERAL
Fernando Pessôa da Silveira Mello 253

PRINCÍPIOS DE BANGALORE DE CONDUTA JUDICIAL / ONU – PRECEDENTES HISTÓRICOS À REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ÉTICA DO MAGISTRADO BRASILEIRO / CNJ
Flávio Henrique Albuquerque de Freitas 258

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL JUEZ CONVENCIONAL- CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PATRIO
Helder Domínguez Haro 271

DE LA DISCRECIONALIDAD, LA ESTABILIDAD JURÍDICA Y LA EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSO HUMANOS
Javier G Rincón Salcedo 279

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MINORANTE INOMINADA
Ministro Dr. José Barroso Filho 295

EL INFLUJO DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III EN EL PERÚ
José F. Palomino Manchego 303

CONSCIENTIZAÇÃO JURÍDICA NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS: EDUCAÇÃO PARA A JUSTIÇA
Ministro Alte Esq Leonardo Puntel 335

POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ESPECIALIDADE DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR
Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes 345

A PENA DE MULTA NA JUSTIÇA MILITAR
Luiz Octavio Rabelo Neto *356*

A JMU COMO PROTAGONISTA NA SUSTENTAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL
Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias 374

AS RELAÇÕES DIALÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS COMO ENUNCIADO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA INTERAÇÃO CONSTITUCIONAL
Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha 382

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER MILITAR
Mariana Aquino *402*

CONTRIBUTOS PARA UMA JUSTIÇA PENAL MAIS JUSTA
Mário Ferreira Monte 412

ADVOCACIA CONSULTIVA E CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES PELO PODER PÚBLICO
Patrícia Rosset e Leonardo Carvalho Rangel 423

A CORREIÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO
Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz 434

A TEORIA DOS JOGOS E O MERCOSUL
Romeu Costa Ribeiro Bastos 444

O DIREITO À PROVA NO CONTEXTO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITO PENAL ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Alexandre Coutinho Pagliarini[1]
Ana Paula Kosak[2]

RESUMO

Texto científico em homenagem ao General Luis Carlos Gomes Mattos, digníssimo Presidente do Superior Tribunal Militar (STM). O objetivo deste artigo é analisar se as disposições do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos (MLAT) estão de acordo com o direito à prova, decorrente do direito à ampla defesa. Além disso, por meio de pesquisa jurisprudencial, buscar-se-á identificar de que forma os tribunais brasileiros vêm se posicionando a respeito de tais garantias na aplicação do MLAT. O estudo parte da concepção de que o processo penal é orientado por uma perspectiva constitucional, no sentido de que por meio dele as garantias constitucionais devem ser asseguradas. Verifica-se que internacionalização dos crimes é decorrente do fenômeno da globalização e o MLAT deriva da necessidade de ampliar os meios de obtenção de provas e informações para além das fronteiras nacionais. As previsões do MLAT são voltadas à repressão de crimes e direcionadas à acusação, não sendo possível a utilização em benefício da defesa. Constatou-se que essa previsão é corroborada, em parte, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mas com pouca discussão sobre a violação do direito à prova. Por ter implicações no direito interno, é possível afirmar que as disposições do MLAT necessitam ser com compatibilizadas com a Constituição e com as normas de Direitos Humanos a que o Brasil se submete, o que pode ser feito a partir de novas orientações jurisprudenciais que afirmem o direito interno.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação Jurídica Internacional; MLAT; Direito à prova; Processo penal.

ABSTRACT

Scientific text in honor of General Luis Carlos Gomes Mattos, honorable President of the Superior Military Court (STM). The purpose of this article is to analyze whether the

[1] Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Efetivo do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR, Brasil). Tradutor. Advogado. *E-mail*: alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/1618544193350080.

[2] Mestre em Direito Processual pela UNINTER. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER). Graduada em Direito pela UNINTER. Advogada. *E-mail*: apkosak@gmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/8813485522120511.

provisions of the Legal Assistance Agreement in Criminal Matters between Brazil and the United States (MLAT) are in accordance with the right to evidence, arising from the right to ample defense. In addition, through jurisprudential research, we will seek to identify how Brazilian courts have been positioning themselves regarding such guarantees in the application of MLAT. The study starts from the conception that the criminal process is guided by a constitutional perspective, in the sense that through it the constitutional guarantees must be ensured. It appears that the internationalization of crimes is a result of the phenomenon of globalization and MLAT derives from the need to expand the means of obtaining evidence and information beyond national borders. The MLAT forecasts are aimed at the repression of crimes and aimed at the prosecution, and it is not possible to use them for the benefit of the defense. It was found that this prediction is supported, in part, by the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, but with little discussion about the violation of the right to proof. As it has implications for domestic law, it is possible to affirm that the provisions of the MLAT need to be made compatible with the Constitution and with the Human Rights norms to which Brazil submits, which can be done from new jurisprudential guidelines that affirm the internal law.

KEYWORDS: International Legal Cooperation; MLAT; Right to proof; Criminal proceedings.

SUMÁRIO

Introdução; 1 Ampla defesa e direito à prova no processo penal; 2 O conteúdo do Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) quanto à produção de provas; 3 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a produção probatória pela defesa no MLAT; 4 O MLAT e a efetivação da ampla defesa no processo penal brasileiro. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A globalização pode ser identificada em vários aspectos da vida na sociedade e especialmente no campo do direito não há dúvidas de que há uma repercussão que impacta no modo de aplicação e nas relações entre Estados soberanos.

No campo do direito penal e processual penal essa repercussão é facilmente constatada, quando verificadas práticas criminais que ultrapassam fronteiras, dando origem à internacionalização dos crimes e que, por conta disso, demandam dos países a cooperação a fim de que as investigações e o processamento das causas sejam melhor realizadas.[3]

O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos (representado no presente trabalho pela sigla em inglês *MLAT* em referência à expressão

[3]Afirma-se que o direito penal foi um dos que mais sofreu o processo de internacionalização: VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. – Brasília: UniCEUB, 2013, p. 61. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949> Acesso em 18 jul. 2020.

Mutual Legal Assistance Treaty) representa essa preocupação com a investigação e processamento dos casos criminais, já que permite o compartilhamento de informações e a produção de provas para instruir a persecução criminal.

Entretanto, em sendo o acordo voltado para a repressão de crimes, é possível que suas disposições não deem respaldo para a concretização das garantias constitucionais orientadoras do processo penal brasileiro, motivo pelo qual torna-se necessário analisar suas disposições a respeito da produção probatória pelas partes, bem como o posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da questão.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é analisar se as disposições do *MLAT* estão de acordo com o direito à prova, decorrente do direito à ampla defesa, bem como identificar de que forma os tribunais brasileiros vêm se posicionando a respeito de tais garantias na aplicação do *MLAT*.

Para tanto, o trabalho se utilizará de revisão bibliográfica a respeito das garantias constitucionais no processo penal e a respeito da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Além disso, será realizada pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de identificar o posicionamento das referidas Cortes a respeito do tema após a promulgação do acordo entre Brasil e Estados Unidos.

A escolha do STF se justifica por ser a mais alta Corte do Brasil, responsável pela guarda da Constituição; e a escolha do STJ se deu pelo fato de ser o Tribunal responsável por dar concreção a algumas das modalidades de cooperação jurídica internacional adotadas pelo Brasil, na forma do artigo 105, I, *i* da CR/88 (homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias).

1. AMPLA DEFESA E DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

O exercício da ampla defesa em processos criminais é amparado pelo art. 5º, inciso LV da Constituição da República de 1988, ao prever que são assegurados no processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa.

Em processos criminais, a ampla defesa é exercida por meio de defesa técnica e da autodefesa,[4] e para que ocorra de forma plena e efetiva, ao acusado deve ser assegurado, primeiramente, que tome ciência do que é produzido contra si, bem como que seja oportunizada a refutação de tais provas.[5]

Por essa colocação não se quer dizer que ao acusado é incumbida a prova de sua inocência, pois "*o princípio do* in dubio pro reo *impede que se imponha ao acusado qualquer*

[4] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 257.

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 68.

ônus probatório na ação penal condenatória,[6] cabendo ao acusador provar as imputações feitas em desfavor do réu. Entretanto, ao acusado deve ser dada a oportunidade de produzir contraprovas, sob pena de mitigar o devido processo e esvaziar o direito constitucionalmente assegurado.

O direito à prova encontra respaldo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), especialmente em seu artigo 8, 2, "*f*", o qual prevê o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam discorrer sobre os fatos. Há a mesma previsão na Convenção Europeia de Direitos Humanos (Estatuto de Roma, 1950), no artigo 6º, 3, "*d*" e também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Assembleia Geral da ONU, 1966), em seu artigo 14, 3, "*e*". No Brasil, o direito foi consagrado à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos.[7]

Nesse contexto, a possibilidade de produção de provas pelo acusado visa dar concretude ao próprio princípio da paridade de armas entre acusação e defesa, no sentido de que tenham igualdade de tratamento no processo. Entretanto, a igualdade aqui invocada tem como pano de fundo a compensação de eventuais desigualdades existentes. Conforme ressaltado por Scarance Fernandes,[8] especialmente no âmbito do processo penal, essa disparidade é facilmente verificada quando consideramos que pela acusação temos, em regra, um órgão oficial com aparelhamento estatal a ampará-lo (Ministério Público) e, do outro lado, há apenas o acusado e seu advogado.

Os poderes de persecução penal do órgão do Ministério Público muitas vezes contam com a ajuda da polícia, que é outro órgão com estrutura especializada na investigação e na obtenção de provas. Já o acusado, ao ser indiciado ou denunciado, se depara com um complexo de informações a que deve ter acesso para que tenha a possibilidade de refutá-las, o que só ocorrerá na medida em que for garantida, pelo juiz e pelo sistema normativo processual penal, a produção probatória.

Como dito, o direito à prova encontra amparo na Constituição da República, além de estar previsto em diversos pactos internacionais de que o Brasil faz parte. Assim, muito embora o Código de Processo Penal seja datado de 1941 e possua raízes autoritárias,[9] é a partir da Constituição que o processo penal deve ser orientado. Os princípios nela previstos é que devem nortear a resolução dos casos penais pelo Judiciário, por terem uma dimensão normativa.[10]

Isso significa dizer que o processo penal passa a ser orientado pela concepção constitucional, no sentido de que, além de ser um instrumento pelo qual se vale o Estado para aplicar uma sanção penal, é por meio dele que também devem ser efetivadas as ga-

---

[6] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 233.

[7] MÜLLER, Ilana. *Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. 2013, 210 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 90.

[8] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

[9] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In*: *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103- 115, jul./set. 2009, p. 109-110.

[10] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 10-11.

rantias constitucionais como forma de limitação do poder Estatal. Trata-se da chamada instrumentalidade constitucional do processo penal.[11]

Ocorre que mesmo com a vinda da Constituição de 1988, apenas reformas parciais foram feitas no CPP e que não foram suficientes para adequar suas disposições ao novo texto constitucional.[12] Há inclusive uma resistência, verificada na prática, para a concretização das determinações constitucionais.[13]

Deste modo, resta aos operadores do direito que deem concretude ao processo penal sob o prisma constitucional, com a observância das garantias fundamentais. Apenas com a efetivação das garantias constitucionais é possível afirmar a legitimidade do processo penal, já que está diretamente relacionada ao quanto as garantias do sujeito são observadas;[14] caso contrário, não será legítimo.

Tem-se, portanto, que não é possível conceber um processo legítimo sem que as garantias processuais sejam respeitadas. O próprio Estado Democrático de Direito subsiste apenas quando elas são concretizadas.[15]

A ampla defesa e o direito à prova são garantias processuais, dentre outras, que necessitam ser observadas, sob pena do processo penal não ter seu resultado final considerado legítimo, por conta da ausência de observância das previsões constitucionais.

Tendo isso em consideração, vale fazer referência às garantias decorrentes do direito à prova, que podem ser exercidas pelo acusado no processo.

Primeiramente, o direito à prova, como já mencionado, contempla o conhecimento da acusação, no sentido de que o acusado deve saber de tudo o que recai contra si, bem como deve ter acesso a tudo o que embasa a acusação. Além disso, deve ter a oportunidade de se manifestar sobre esses elementos.

O conhecimento integral dos elementos colhidos pela acusação e a possibilidade de refutação não são apenas para possibilitar que a defesa produza contraprova, mas também permitem que seja feito o controle da legalidade das provas colhidas.[16] Apenas assim é possível que a defesa avalie se a acusação é infundada ou se foi realizada com excessos.

---

[11] LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: Introdução crítica. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64-65.

[12] BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, n. 21, mai.-ago. 2018 p. 12-13.

[13] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, pp. 421 - 442, jul./dez. 2017, p. 425.

[14] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 69-70.

[15] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 104.

[16] PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

A produção da contraprova pode se dar por todas as formas em direito admitidas. Ou seja, com a oitiva de testemunhas, realização de perícias, apresentação de documentos, justificativas, e quaisquer outros meios que possam demonstrar os fatos.

Nesse ponto, vale mencionar o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência de que mesmo provas ilícitas podem ser utilizadas para beneficiar o réu,[17] inclusive para sua absolvição ou mesmo para conceder a sua liberdade. O mesmo não vale para a acusação, já que a proibição das provas ilícitas é um direito do réu e a legalidade não pode se sobrepor ao direito à ampla defesa.

Há ainda a garantia da autodefesa e da defesa técnica, em que o acusado pode, em seu interrogatório, apresentar a sua versão dos fatos, contando com o acompanhamento, a todo tempo, de um defensor, seja constituído ou nomeado pelo juízo – caso não possua condições de constituir defensor.

Como se vê, são várias as formas de se concretizar o direito à prova e à ampla defesa no processo penal.

Com o fenômeno da globalização, foi possível o nascimento de um novo paradigma de política criminal, decorrente da internacionalização dos crimes e, com isso, a internacionalização do combate ao crime.[18] Os sistemas penais contam com sistemas similares e muitas vezes idênticos.[19] Deste modo é que surge a necessidade de cooperação entre os países, inclusive na obtenção de provas e na execução dos atos jurídicos necessários para o desenvolvimento dos processos criminais.

Nesse contexto é que se fala em cooperação jurídica internacional em matéria penal, enquanto um instrumento complexo utilizado ao longo da história pelos Estados, com a finalidade de prestarem auxílio mútuo para combater a criminalidade e evitar a impunidade.[20]

Trata-se de um instrumento complexo, pois conta com várias formas de cooperação, dentre elas a assistência mútua - objeto do presente estudo.

Muito embora seja um instrumento voltado ao combate à criminalidade, sua aplicação não pode consistir em violação de direitos fundamentais, especialmente aqueles garantidos dentro do processo penal, dentre eles o direito à ampla defesa e à produção probatória.

---

[17] Nesse sentido: LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 357. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 85/2010, p. 393 – 410, Jul - Ago / 2010, p. 409-410.

[18] MÜLLER, Ilana. *Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. 2013, 210 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 13.

[19] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 198.

[20] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 199.

Ao revés, para o exercício legítimo da cooperação jurídica internacional, devem ser respeitados os direitos fundamentais da pessoa atingida.[21]

A partir disso é que se faz necessário analisar a forma com que os direitos fundamentais são garantidos dentro das normas de cooperação internacional. Para atingir o objeto do presente estudo, na sequência serão analisadas as disposições do acordo de assistência mútua celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos, especialmente no que dizem respeito às formas de utilização do instrumento pela defesa.

2. O CONTEÚDO DO *MUTUAL LEGAL ASSISTANCE TREATY* (MLAT) QUANTO À PRODUÇÃO DE PROVAS

A cooperação jurídica internacional pode ocorrer de diversas formas,[22] sendo que o ordenamento jurídico brasileiro atualmente conta com várias dessas modalidades, incluindo a assistência mútua, que é objeto do presente trabalho.

Apenas para melhor situar o leitor, serão brevemente apresentadas algumas das formas de efetivação da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

A extradição é uma forma de cooperação jurídica. Por ela, um indivíduo é entregue de um Estado para outro, a partir de pedido deste, a fim de que seja processado ou cumpra pena.[23] Consiste na modalidade mais antiga de cooperação jurídica internacional,[24] sendo que o Brasil possui vários tratados bilaterais e multilaterais celebrados sobre extradição.

A carta rogatória em matéria penal também é outra forma de cooperação. Por ela, um Estado solicita a outro que realize um ato processual seu (como citações, notificações e intimações). O Superior Tribunal de Justiça é que avalia a solicitação de carta rogatória, concedendo o chamado *exequatur* para que um juiz federal brasileiro cumpra o ato.

A homologação de sentença penal estrangeira é também uma forma de cooperação entre Estados soberanos. É utilizado para que se dê eficácia jurídica e força executiva a uma sentença estrangeira.[25] É restrita à execução de efeitos patrimoniais e à aplicação de medida de segurança, não sendo possível o cumprimento de pena. Muito embora não seja possível a execução de penas, a sentença estrangeira homologada pode surtir efeitos

---

[21] PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzeli. A proteção dos direitos fundamentais no cenário da cooperação judicial penal internacional. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 252.

[22] BASSIOUNI, M. Cherif. The "Indirect Enforcement System": Modalities of International Cooperation in Penal Matters. *In*: *International Criminal Law: Quo Vadis?* Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC, n. 19, 2004, p. 425- 426.

[23] REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. – 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

[24] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 200.

[25] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 205.

penais, como para fins de reconhecimento de reincidência, da extraterritorialidade da lei penal brasileira, e da detração penal.[26]

Outra forma de cooperação ocorre com a transferência de presos condenados, consistente no ato pelo qual uma pessoa condenada é transferida para outro Estado para cumprimento da pena imposta, sendo normalmente o Estado de sua nacionalidade.[27] Não se confunde com a extradição, pois é restrito ao cumprimento de pena ou medida de segurança.

Há também a transferência de processos criminais entre Estados. Para isso, considera- se que o Estado destinatário possui maior contato com as partes do processo, o que se mostraria mais conveniente para o processamento do acusado. Muito embora seja uma alteração de jurisdição, o Estado que recebe o processo deve ter jurisdição sobre ele.[28]

O auxílio direto também é colocado como um instrumento de cooperação jurídica internacional[29] e também é classificado como uma forma de assistência mútua, ao lado da cooperação judicial.[30] Trata-se do instrumento por meio do qual um Estado solicita a assistência do outro para a prática de um ato necessário e regular para o deslinde do processo.

Como defendido por Souza,[31] é efetivado a partir de tratados internacionais, celebrados com o objetivo de tornar mais célere e efetiva a cooperação jurídica internacional, esta considerada um importante instrumento na prevenção e no combate à criminalidade transnacional.

O auxílio direito é muito similar à carta rogatória, mas se diferencia desta, pois não se destina à comunicação entre autoridades judiciárias, podendo ser cumprida por outra

---

[26] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 84

[27] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 78.

[28] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 76.

[29] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 90.

[30] A classificação feita sobre as formas de cooperação jurídica internacional não é estanque. Variando de um autor para o outro. Na classificação feita por Japiassú, o auxílio direto e a cooperação judicial são espécies do gênero "assistência mútua". Todas são formas de cooperação jurídica internacional. O auxílio direito se diferencia da cooperação judicial; no primeiro, em algum momento há a participação ou o envolvimento de uma autoridade judicial; e no segundo, na cooperação há a necessidade do *exequatur* para a execução do pedido. Ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 214.

[31] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 90.

autoridade competente;[32] além disso, o conteúdo da carta rogatória é mais restrito do que o do auxílio direito, já que precisa passar pelo juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça; por fim, a carta rogatória possui tramitação diplomática, enquanto o auxílio direito ocorre de forma direta entre autoridades centrais;[33] portanto, é mais célere.

A assistência mútua (ou auxílio direto) atualmente encontra previsão em vários tratados bilaterais e multilaterais que o Brasil faz parte,[34] dentre eles se encontra o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997 e promulgado por meio do Decreto n.º 3.810, de 2 de maio de 2001.

Trata-se do principal tratado de cooperação jurídica internacional celebrado entre Brasil e Estados Unidos[35] e, enquanto tratado, consiste em um acordo formal concluído entre as pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.[36]

Já no preâmbulo do Acordo, há a previsão de que é celebrado por conta dos desejos de "facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime por meio de cooperação e assistência judiciária mútua em matéria penal".

Conforme disposição do artigo I (que dispõe sobre o alcance da assistência), a assistência mútua entre os países pode ocorrer em investigações, inquéritos, ações penais, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal. A efetivação da assistência pode ocorrer com: a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas; b) fornecimento de documentos, registros e bens; c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; d) entrega de documentos; e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; f) execução de pedidos de busca e apreensão; g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.

---

[32] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 91.

[33] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, p. 197-223, 2014, p. 213-214.

[34] Como, por exemplo, os acordos bilaterais de assistência mútua em matéria penal celebrados com os seguintes países: Canadá (Decreto n.º 6.747/2009); China (Decreto n.º 6.282/2007); Bélgica (Decreto 9.130/2017); Colômbia (Decreto 3.895/2001); Coréia (Decreto n.° 5.721/2006); Cuba (Decreto n.º 6.462/2008); Espanha (Decreto n.° 6.681/2008); Estados Unidos (Decreto n.º 3.810/2001); França (Decreto n.º 3.324/1999); Honduras (Decreto n.º 8.046/2013); Itália (Decreto n.º 862/1993); Jordânia (Decreto n.º 9.729/2019); México (Decreto n.º 7.595/2011); Nigéria (Decreto n.° 7.582/2011); Panamá (Decreto n.º 7.596/2011); Peru (Decreto n.º 3.988/2001); Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto n.º 8.047/2013); Suíça (Decreto n.º 6.974/2009); Suriname (Decreto n.º 6.832/2009); Turquia (Decreto n.º 9.065/2017); Ucrânia (Decreto n.º 5.984/2006).

[35] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 163.

[36] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. – 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

Ainda no artigo I reforça-se que as partes pactuantes reconhecem a importância do combate às atividades criminosas, em especial a lavagem de dinheiro, o tráfico ilícito de armas de fogo, munições e explosivos, motivo pelo qual a assistência deve se dar a respeito dessas atividades.

Além disso, o item 5 do artigo I delimita os sujeitos que podem solicitar a assistência judiciária, afirmando que o acordo se destina apenas à assistência mútua entre as partes, sendo que nenhum indivíduo pode obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida.

O envio e o recebimento das solicitações ocorrem por meio da Autoridade Central de cada país; no Brasil, representada pelo Ministério da Justiça, e nos Estados Unidos, representada pelo Procurador-Geral ou pessoa por ele designada (artigo II).

Com exceção de algumas hipóteses, os custos do atendimento da solicitação são arcados pelo Estado Requerido (artigo VI).

Também é possível que a Autoridade Central de um Estado restrinja a utilização da informação ou da prova obtida ao processo, inquérito ou investigação a que foi solicitado (artigo VII).

No que se refere à busca, apreensão e entrega de qualquer bem ao Estado Requerente, o Estado requerido executará o pedido, desde que a solicitação contenha informações que justifiquem o ato, segundo as leis do Estado Requerido (artigo XIV, 1).

Como se vê, o item 5 do artigo I prevê que apenas as autoridades governamentais podem solicitar a assistência. Como ressaltado por Souza (2015:178), a melhor forma de interpretar o Acordo é analisando os debates prévios, os quais podem ser encontrados no documento denominado *"Senate Executive Report 105-22"*.

Nele é possível verificar o sentido do referido item 5. Em realidade, particulares não são sujeitos que podem solicitar a assistência a partir do MLAT.[37] Ao revés, permanece a possibilidade de que o particular faça sua solicitação por meio de carta rogatória, que permanece irretocável.

O preâmbulo também conduz a essa conclusão. No sentido de que apenas os órgãos estatais é que podem solicitar medidas de cooperação. Portanto, apenas a acusação é que teria esse suporte.

---

[37] *"Paragraph 5 is a standard provision in United States mutual legal assistance treaties \8\ which states that the Treaty is intended solely for government to government mutual legal assistance. The Treaty is not intended to provide to private persons a means of evidence gathering, or to extend to civil matters. Private litigants in the United States may continue to obtain evidence from Brazil by letters rogatory, an avenue of international assistance which this treaty leaves undisturbed. Similarly, the paragraph provides that the Treaty is not intended to create any right in a private person to suppress or exclude evidence thereunder"*. Tradução livre: *"O parágrafo 5 é uma disposição padrão nos tratados de assistência jurídica nos Estados Unidos \ 8 \ que declara que o Tratado destina-se unicamente ao governo para a assistência mútua governamental. O Tratado não se destina a fornecer a pessoas particulares um meio de coleta de evidências ou para estender a assuntos civis. Litigantes particulares nos Estados Unidos podem continuar a obter evidências do Brasil por cartas rogatórias, uma via de assistência internacional que este tratado deixa inalterada. Do mesmo modo, o parágrafo prevê que o Tratado não é destinado a criar qualquer direito em uma pessoa privada de suprimir ou excluir evidências"*.

Essa limitação da utilização do tratado pela defesa decorre da aplicação padrão dos pedidos nos Estados Unidos, já que o Departamento de Justiça daquele Estado argumenta que o MLAT não seria necessário aos réus, pois supostamente teriam mais acesso às provas no exterior do que o governo, e também que os réus poderiam obter esse auxílio por meio de cartas rogatórias; além disso, argumenta-se que outros países não assinariam acordos como o MLAT se este previsse a possibilidade de que informações fossem disponibilizadas a "criminosos".[38]

Essa previsão configura manifesta restrição ao indivíduo para utilizar o MLAT como instrumento de obtenção de provas. Há evidente desproporcionalidade na previsão legal, tendo em vista que permite que a acusação possa buscar uma prova por via mais célere; enquanto que o réu ficaria submetido ao regime das cartas rogatórias, que consiste em um procedimento muito mais lento.[39]

A disparidade da previsão configura evidente violação da ampla defesa, do direito à prova e à paridade de armas, esvaziando o devido processo e mitigando as garantias previstas em normas, inclusive, internacionais.

Por conta disso, afirma-se que o único modo de compatibilizar essa previsão seria uma interpretação em conformidade com normas constitucionais e internacionais sobre Direitos Humanos, relacionadas às garantias processuais penais.[40]

Com isso, faz-se necessário analisar o modo como os tribunais brasileiros vêm aplicando o MLAT e se sua interpretação vem sendo em conformidade com as garantias constitucionais.

3. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A PRODUÇÃO PROBATÓRIA PELA DEFESA NO MLAT

A pesquisa jurisprudencial realizada no presente estudo partiu da análise de acórdãos proferidos no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a respeito da utilização do MLAT pela defesa. Os sítios eletrônicos foram a fonte de pesquisa,[41] nos quais é possível fazer a busca de jurisprudência a partir de expressões, podendo também fazer a limitação temporal.

As expressões utilizadas para a busca dos acórdãos foram, primeiramente "MLAT" e, em um segundo momento, a expressão "Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal". Dos resultados, foram filtrados os acórdãos que tratassem de pedidos da defesa para

---

[38] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 191.

[39] ZAGARIS, Bruce. U.S.-Brazil and international evidence gathering**:** the need for better procedural due process. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 99/2012, p. 241-273, Nov - Dez / 2012, p. 06.

[40] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 194.

[41] A pesquisa de Jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal pode ser acessada em "http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>; e a pesquisa do Superior Tribunal de Justiça pode ser acessada em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

a utilização do MLAT. Portanto, para limitar a pesquisa, foram desconsideradas as decisões monocráticas e foi realizada a leitura dos acórdãos a fim de selecionar os casos que se adequassem aos critérios.

Quanto à limitação temporal, foram buscados os acórdãos com data de julgamento a partir de 1º de janeiro de 2001 até 30 de junho de 2020, tendo em vista que o MLAT foi promulgado no Brasil no ano de 2001.

Quanto aos acórdãos encontrados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,[42] verifica- se inicialmente o Habeas Corpus n.° 147.375/RJ,[43] em que o paciente era réu na ação penal originária. Um dos fundamentos apresentados pelo impetrante é no sentido de que o Acordo de Mútua Assistência celebrado entre Brasil e Estados Unidos seria imprestável, por conta da violação ao princípio da igualdade, já que apenas o órgão de acusação poderia solicitar a assistência na obtenção de provas nos Estados Unidos.

Afirmou-se pelo impetrante, ainda, que o MLAT viola os artigos 368 e 783 do Código de Processo Penal, já que a carta rogatória constituiria o meio adequado para a obtenção de documentos e informações no exterior, pois possibilitaria a resposta a pedidos de ambas as partes e, com ela, não seria violado o princípio da isonomia.

A decisão no habeas corpus foi no sentido de negar a ordem. Especialmente quanto à imprestabilidade do MLAT, afirmou-se que muito embora o Ministério da Justiça tenha informado aos impetrantes, via e-mail, que segundo a Autoridade Central estadunidense os pedidos de cooperação requeridos pela defesa não estão abrangidas pelo MLAT, nada impediria que o acusado pleiteie ao juízo a produção de determinada prova, e que este a solicite ao Estado requerido.

Aqui vemos que foi reconhecido que a defesa pode, sim, se utilizar do MLAT para produzir provas em seu favor. Mas isso desde que o pedido seja feito pelo juiz da causa. Ou seja, o juiz deve ser o solicitante das providências desejadas pelo acusado.

Quanto à alegação do impetrante de que a carta rogatória seria o meio adequado de obtenção de provas, a decisão foi de que a carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências, existindo no direito processual e internacional outras formas de auxílio, como é o caso das convenções e acordos internacionais. Além disso, afirmou-se que o entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, como o MLAT, são preferíveis às cartas rogatórias, já que possibilitam o auxílio direto e a agilidade das medidas pleiteadas.

Trata-se de uma interpretação em conformidade com as normas constitucionais brasileiras a respeito da utilização, pela defesa, da assistência mútua prevista pelo MLAT, ainda que a lógica dos Estados Unidos seja no sentido de que o Acordo não pode ser utilizado a requerimento da defesa.

---

[42] Foram localizados 27 acórdãos com o termo "MLAT", dos quais apenas 5 importavam para a pesquisa; ou seja, eram relacionados à possibilidade ou não da produção de provas pela defesa, pela via do MLAT. Já com a expressão "Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal", foram localizados 15 acórdãos, dos quais 4 importavam para a pesquisa; porém consistiam nos mesmos já localizados com o termo "MLAT".

[43] STJ - HC 147.375/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 19/12/2011.

Outro acórdão encontrado foi no Habeas Corpus n.º 208.663/SP.[44] O paciente era réu no processo criminal originário e alegava a existência de constrangimento ilegal pelo cerceamento de defesa, diante do fato de que foi indeferida a oitiva de testemunha arrolada pela defesa, residente no exterior. O fundamento para a negativa pautou-se em informação do Ministério da Justiça, afirmando que os Estados Unidos não possuem acordo de cooperação com o Brasil que permitisse a oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, e que por isso não seria possível a obtenção da prova requerida.

Os impetrantes, portanto, sustentaram que os termos do MLAT ferem o princípio da paridade de armas, já que inviabiliza o acesso da defesa às provas que pretende produzir para sustentar sua tese.

No julgamento do HC, o relator afirmou que o MLAT realmente não prevê a possibilidade da defesa solicitar a assistência para a produção de provas no exterior. Mas isso não impede que a defesa se utilize da via diplomática (carta rogatória) para a produção das provas que entende pertinentes. Assim, foi concedida a ordem para cassar a decisão que indeferiu a oitiva de testemunhas residentes nos Estados Unidos, e determinado que o magistrado *a quo* avaliasse se o pedido atenderia aos requisitos dos artigos 222-A e 783 do CPP, que tratam da expedição de carta rogatória.

O que se percebe dessa decisão é que, muito embora tenha concedido a ordem, o STJ entendeu que o MLAT não pode ser utilizado a requerimento da defesa e que, por isso, a defesa poderia se utilizar do meio mais moroso (carta rogatória) para a produção de provas.

Outro acórdão do STJ foi no Recurso Especial n.º 1.520.203/SP.[45] O recorrente, réu do processo crime originário, dentre outras questões, suscitou a violação aos artigos 401, § 1º, e 402, do Código de Processo Penal, ao argumento de cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da solicitação de cooperação jurídica internacional para a oitiva de testemunha residente no exterior. Na oportunidade do julgamento pela corte recorrida, afirmou-se que o pedido de oitiva de testemunha teria caráter manifestamente protelatório.

A decisão no acórdão foi no sentido de que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem guarda sintonia com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, de que o deferimento de diligências é ato discricionário do juiz natural do processo, podendo indeferi-las motivadamente, quando entender que são protelatórias ou desnecessárias.

Vê-se nessa decisão que não houve manifestação sobre a possibilidade da defesa se utilizar do MLAT, mas tão somente foi afirmada a possibilidade de indeferimento da produção de provas quando o juiz entender que possui natureza protelatória ou impertinente para o processo.

Há também o Agravo Regimental no Recurso Especial de n.º 1.486.971/RJ.[46] A alegação do agravante - réu no processo criminal originário - é sobre a ocorrência de cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da oitiva de testemunha localizada

[44] STJ - HC 208.663/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 10/10/2014.
[45] STJ - REsp 1520203/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/10/2015.
[46] STJ - AgRg no REsp 1486971/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 23/05/2018.

no estrangeiro. A decisão recorrida negou a possibilidade de oitiva, por dois fundamentos: (i) a impossibilidade de oitiva de testemunha arrolada pela defesa, nos termos do MLAT; e (ii) a faculdade do magistrado indeferir, de forma fundamentada, a produção de provas que julgar irrelevantes, protelatórias ou impertinentes.

No voto do relator, este afirma que a defesa se limitou a questionar no Recurso Especial apenas o segundo fundamento, mas que o impedimento previsto no acordo entre Brasil e Estados Unidos seria "por si só, suficiente para manter o acórdão recorrido quanto ao ponto".

Não há um desenvolvimento mais detalhado do argumento, mas verifica-se que, ao que tudo indica, o entendimento na oportunidade foi o de que a previsão no MLAT de que a defesa não pode ser solicitante da assistência seria suficiente para afastar qualquer questionamento acerca do indeferimento de oitiva de testemunhas pela defesa.

No âmbito do Recurso em Habeas Corpus n.º 88.142/DF,[47] os dois recorrentes eram réus em ação penal, e buscam o reconhecimento da coação ilegal, tendo em vista que o TRF-1 (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) teria autorizado a expedição de ofícios ao *WhatsApp* dos Estado Unidos da América, pela via da Cooperação Jurídica Internacional e Ministério da Justiça. Assim, os recorrentes buscam o provimento do recurso, para que seja determinado ao Magistrado de primeiro grau a expedição de requisição de dados ao *WhatsApp* dos Estados Unidos, por meio da Cooperação Jurídica Internacional (MLAT), estando a defesa disposta a arcar com os custos da diligência.

No voto do Min. Relator foi reconhecido o constrangimento ilegal ao não ter sido remetido o ofício à empresa pela via do MLAT. Isso porque, uma vez que o TRF1 havia concedido ordem de habeas corpus para determinar ao juízo de primeiro grau que expedisse ofícios às empresas, inclusive pela via do MLAT, foi assegurado à defesa que fossem requisitados os dados ao *WhatsApp* dos EUA por meio da Cooperação Jurídica Internacional, o que deveria ser cumprido.

O que se extrai desse julgado é que não se discutiu, ao menos pelo que consta do acórdão, sobre a possibilidade ou não da defesa requerer a produção de provas pela via do MLAT. O que foi discutido diz respeito à imprescindibilidade de se recorrer à Cooperação Internacional para requisitar os dados solicitados pela defesa. Ao que parece, foi reconhecida essa possibilidade, mas valendo destacar que os custos seriam arcados pela defesa. Trata-se do primeiro acórdão da pesquisa, em que se vê uma autorização mais clara, pelo STJ, do uso do MLAT para a produção de provas à requerimento da defesa.

Em relação aos acórdãos sobre o assunto no âmbito do Supremos Tribunal Federal, foram encontradas poucas decisões com as expressões utilizadas.[48]

No Habeas Corpus n.º 85.653/SP,[49] em que o paciente também era réu no processo originário, alegou-se que existiria constrangimento ilegal pela exigência de pagamento de custas pela defesa para que fosse expedida carta rogatória para a oitiva de testemunhas nos Estados Unidos.

---

[47] STJ – RHC 88.142/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 22/10/2019.

[48] Com o termo "MLAT", foi localizado apenas um acórdão, o qual não tinha relação com a pesquisa. Com a expressão "Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal", foram localizados 6 acórdãos, dos quais apenas uma possuía certa relação com a pesquisa.

[49] STF - HC 85653, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Britto, julgado em 05/08/2008.

Muito embora na impetração do HC não se tenha levantado a questão sobre a utilização do MLAT pela defesa, especialmente no voto vencido do ministro relator é possível ver a referência à questão, afirmando que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal tem por escopo apenas facilitar a execução de atos de cooperação que importem na coleta de provas requeridas pela acusação, mas não aquelas suscitadas pela defesa, conforme previsão no art. I, 5 do MLAT.

Em síntese da pesquisa jurisprudencial realizada, vê-se que não há nenhuma discussão mais aprofundada sobre a violação do direito da defesa à prodeução probatória e as previões do MLAT. O que se verifica é que poucos acórdãos, no STJ, tendem a afirmar a possibilidade de utilização do MLAT pela defesa. Entretanto, os demais negam essa possiblidade, assim como no acórdão encontrado no STF, ainda que o faça de forma mais tímida.

O que se percebe é que no STJ as decisões mais remotas são no sentido de uma interpretação que se aproxima em reconhecer a violação do direito à prova pela defesa em um processo criminal. Entretanto, nas decisões posteriores ela passou a ser mais restritiva, no sentido de que o MLAT não pode ser utilizado pela defesa, tendo em visa o posicionamento dos Estados Unidos sobre a questão. Entretanto, no ano de 2019 foi proferido acórdão em que se reconhece o contrangimento ilegal por não ter sido efetivada a digilência, à pedido da defesa, de produção de prova pela via do MLAT.

No STF há manifestação no sentido de que o MLAT não pode ser utilizado para que a defesa produza provas no território norte-americano, mas não há uma discussão aprofundada sobre a questão da violação da paridade de armas e do direito à prova.

O que se percebe é que a jurisprudência dos tribunais pesquisados não é unívoca, e ao menos em parte tende a reproduzir a previsão contida de forma expressa no acordo de assistência mútua entre Brasil e Estados Unidos e, com isso, tende a restringir a utilização do MLAT apenas para a acusação. Não há uma discussão ampla acerca da violação do direito à prova pelo acusado, já que a carta rogatória pode ser o instrumento utilizado pela defesa.

Entretanto, pelos poucos precedentes encontrados a respeito da expedição de cartas rogatórias para a produção de provas pela defesa, muitos são no sentido de negar a diligência, diante da discricionariedade do julgador ao decidir pelo seu indeferimento, já que a prova poderia consistir em protelações indevidas.

Diante desse quadro, é possível fazer algumas considerações a respeito da efetivação do direito à prova e à ampla defesa no processo penal brasileiro, a partir do que vem sendo decidido no STF e no STJ, o que será feito na sequência.

4. O MLAT E A EFETIVAÇÃO DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A efetivação da cooperação jurídica internacional demanda que sejam enfrentadas várias questões, a fim de que seja realmente eficaz e atenda aos interesses dos Estados que celebram o acordo.

As dificuldades existentes podem ser observadas desde a definição do procedimento a ser adotado para a colheita da prova; passa pela dificuldade em dar cumprimento ao acordo e, ainda, levanta a discussão sobre a soberania dos países.[50]

O cumprimento do Acordo e Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos esbarra nessas questões, principalmente em relação à efetivação do direito à prova pelo acusado, tendo em vista que o processo penal brasileiro é orientado por normas constitucionais que colocam o processo penal não apenas como o mecanismo utilizado para a aplicação de sanções penais, mas é instrumento de efetivação das garantias individuais. Até porque, a ampla defesa acaba sendo a garantia de todas as garantias.[51]

O que se percebe pelos julgados analisados é que não há o enfrentamento da questão que o MLAT suscita, a respeito da violação da paridade de armas no processo penal. Aparentemente, há uma submissão ao entendimento unificado nos Estados Unidos de que a assistência não pode ser requerida pela defesa – ainda que um dos acórdãos tenha reconhecido o constrangimento ilegal ao não ser atendido o pedido da defesa, deferido no Tribunal Regional respectivo. Entretanto, ao ser negada a possibilidade de utilização do MLAT pela defesa, a paridade de armas e o direito à prova estão sendo violados, tendo em vista que as condições dadas à acusação e à defesa são diversas.

A simples submissão ao entendimento firmado por outro Estado é que aparenta ser uma violação de soberania, posto que não é possível justificar a manutenção da violação de garantias processuais sob o fundamento de que se está respeitando a soberania estadunidense.[52]

Em realidade, a igualdade da soberania dos Estados é que orienta o princípio da reciprocidade no direito internacional.[53] Com isso, a interpretação e aplicação do MLAT deve ser adequada ao direito interno.

Não se ignora a importância da cooperação jurídica internacional em uma sociedade globalizada e que passou a ter crimes praticados para além das fronteiras. Ocorre que para que essa cooperação em matéria penal seja legítima, há que ser respeitada a própria legislação interna, constitucional e aquelas assumidas no âmbito internacional.

A celebração de acordos como o MLAT se mostra necessária, principalmente com a revolução tecnológica; mas além da sua previsão, devem ser refinados os métodos de

---

[50] BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano. Cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao crime organizado transnacional: a experiência europeia e as perspectivas mercosulinas. *Ius Gentium.* Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 166-204, jul./dez. 2017, p. 169.

[51] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*. vol. 4, Jun/ 2012, p. 05. Disponível em: <https://bit.ly/2kOTvV4> Acesso em 10 set. 2019.

[52] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 193.

[53] GUIDI, Guilherme Berti de Campos; REZEK, Francisco. Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, no 1, 2018, p. 280.

aplicação e os procedimentos realizados.[54] Até porque, quando são incorporados tratados incompatíveis com a ordem constitucional interna e as normas de Direitos Humanos que o Brasil tenha aderido, é possível que esse tratado não produza efeitos no âmbito interno.[55]

A decisão do STJ no Habeas Corpus n.° 147.375/RJ se aproximou de uma interpretação que abarca a garantia da ampla defesa e da paridade de armas ao estabelecer que a defesa poderia se valer da assistência do MLAT, desde que a solicitação seja feita pelo juiz da causa, para que este solicite a diligência por meio do MLAT. Entretanto, é possível que na prática essa determinação não tenha grande impacto, já que o magistrado pode indeferir de forma livre, porém fundamentada, que o pedido é protelatório ou não possui relevância para o processo.

E quanto ao acórdão no RHC 88.142/DF, também no STJ, verifica-se que foi efetivada a ampla defesa, ao se reconhecer a necessidade de dar cumprimento à autorização para que a defesa se utilizasse do MLAT para produção de provas; ainda que o acórdão não tenha tecido maiores comentários sobre a possibilidade da defesa ser usuária do Acordo.

Portanto, é evidente a necessidade da adequação das disposições do Acordo e Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos ao direito interno, a fim de proceder com uma interpretação conforme pelos tribunais ou mesmo com a reedição de normas que equilibrem a balança da produção probatória no processo penal.

CONCLUSÕES

O processo penal brasileiro é orientado pela perspectiva constitucional enquanto fundamento de legitimidade para a aplicação de uma sanção penal. Isso significa dizer que o processo é também o instrumento pelo qual são efetivadas as garantias processuais penais amparadas na Constituição e em normas de Direitos Humanos a que o Brasil esteja submetido.

O direito à prova possui relação direta com a ampla defesa, ambos consistentes em direitos fundamentais a serem observados no processo penal.

Com o fenômeno da globalização, os crimes passaram para esferas transnacionais, exigindo um processo penal à altura, a fim de que a investigação e o processamento dos casos criminais sejam efetivos.

A partir disso, surge a necessidade da cooperação jurídica internacional e principalmente a celebração de acordos para permitir que sejam produzidas provas em âmbito internacional.

---

[54] GUIDI, Guilherme Berti de Campos; REZEK, Francisco. Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, no 1, 2018, p. 287.

[55] SOUZA, Carolina Yumi de. *Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo*. 279 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 193-194.

O Acordo e Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos é um exemplo de cooperação jurídica internacional, mas suas disposições limitam a utilização apenas pela acusação. Com isso, o direito à prova se mostra enfraquecido para o acusado no processo criminal, já que não terá as mesmas chances que a acusação.

Analisando o posicionamento dos tribunais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem acórdãos proferidos após a promulgação do Decreto 3.810/2001, em sua maioria confirmando a impossibilidade de que a defesa se utilize do MLAT para a produção probatória. Um dos precedentes favoráveis à utilização pela defesa não é completo e pode ser ineficaz na prática. E o segundo precedente favorável localizado não enfrenta a questão sobre a destinação do MLAT para a defesa, mesmo tendo reconhecido o contrangimento ilegal no não cumprimento de decisão judicial anterior que autorizava a defesa para que produzisse prova por meio do MLAT.

Com isso, vê-se que essa questão demanda uma adequação do Acordo às normas constitucionais e de Direitos Humanos vigentes no âmbito interno, sob pena de se permitir a violação de garantias constitucionais de modo desenfreado.

Portanto, a adequação pode se dar a partir da própria jurisprudência, afirmando a soberania estatal no que se refere à aplicação do direito interno, mas sem deixar de observar os acordos celebrados em âmbito internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano. Cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao crime organizado transnacional: a experiência europeia e as perspectivas mercosulinas. **Ius Gentium**. Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 166-204, jul./dez. 2017.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 10, n. 21, maio/ago. 2018.

BASSIOUNI, M. Cherif. The "Indirect Enforcement System": Modalities of International Cooperation in Penal Matters. **In: International Criminal Law: Quo Vadis?** Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November–3 December 2002, 30th Anniversary of ISISC, n. 19, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; FERREIRA, Alex Daniel Barreto. Um café entre Moro e Ferrajoli: a operação lava-jato vista sob a perspectiva do sistema de garantias. **In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** (UFMG), Belo Horizonte, n. 71, pp. 421 - 442, jul./dez. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **In: Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Ampla defesa e direito à contraprova: parecer. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. vol. 4, Jun/2012. Disponível em: https://bit.ly/2kOTvV4. Acesso em: 5 out. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Congresso. Senate Executive Report n.º 105-22. 105th Congress, 2nd Session. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-105erpt22/html/CRPT- 105erpt22.htm. Acesso em: 5 out. 2021.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 85/2010, p. 393-410, Jul.-Ago./2010.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PUGLIESE, Yuri Sahione. A cooperação jurídica internacional em matéria penal no direito brasileiro. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, p. 197- 223, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MÜLLER, Ilana. **Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro**. 2013, 210 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzeli. A proteção dos direitos fundamentais no cenário da cooperação judicial penal internacional. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REZEK, Francisco; GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 8, no 1, 2018.

SOUZA, Carolina Yumi de. **Cooperação bilateral Brasil-EUA em matéria penal: alcançando o devido processo**, 279, f. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. – Brasília: UniCeuB, 2013, p. 61. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acesso em: 5 out. 2021.

ZAGARIS, Bruce. U.S.-Brazil and international evidence gathering: the need for better procedural due process. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 99/2012, p. 241-273, nov.-dez./2012.

O CONSENTIMENTO COMO FUNDAMENTO DE LICITUDE PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Anabela Susana de Sousa Gonçalves
Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

RESUMO

A proteção de dados pessoais na União Europeia encontra o seu regime jurídico no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Entre outros princípios a que o tratamento de dados pessoais tem de obedecer, o Regulamento impõe o princípio da licitude no art. 5º, al. a), fixando o art. 6.º quais os fundamentos para a existência de um tratamento lícito. O consentimento do titular dos dados pessoais no tratamento dos seus dados é um dos fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais mais utilizado, o que justifica a atenção mais cuidada que lhe dedicamos neste breve estudo.

PALAVRAS-CHAVE: dados pessoais; consentimento lícito; Regulamento Geral de Proteção de dados

SUMÁRIO

1. A regulamentação da proteção de dados na União Europeia; 2. O Regulamento Geral de Proteção de Dados; 3. O consentimento como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais; 4. Conclusão

1. O direito à autodeterminação informacional

Subjacente a toda a proteção de dados está, por um lado, a proteção do direito à autodeterminação informativa e, por outro, a proteção da privacidade.

Se o primeiro visa assegurar um direito a um controlo sobre os seus dados, impondo limitações quanto ao seu tratamento, acesso e divulgação (apenas sendo possível com o consentimento do titular dos dados ou após uma lei de autorização, assim cumprindo a exigência constitucional consagrada no preceito referido), em segundo visa proteger a privacidade, não deixando de salientar que o direito à autodeterminação informacional "flanqueia e alarga a tutela dos direitos fundamentais da liberdade de comportamento e da privacidade".

O direito à autodeterminação informativa, previsto no art. 35.º, da CRP, este protege uma amplitude de direitos fundamentais para lá do direito à privacidade. O direito à autodeterminação informacional dá "a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em «simples objeto de informação»" (Gomes Canotilho/Vital Moreira). O consentimento do titular dos dados é um dos fundamentos mais importantes para o tratamento de dados pessoais no RGPD e um dos que melhor concretiza o o direito à autodeterminação informativa.

2. A regulamentação da proteção de dados na União Europeia

A regulamentação da proteção de dados pessoais está prevista no direito da União Europeia em vários níveis. Desde logo, no âmbito do direito originário da União, onde encontramos a previsão da proteção dos dados pessoais como um direito fundamental, no art. 8º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O n.º 2 da mesma norma fixa as exigências de concretização deste direito fundamental, estabelecendo-se que os dados pessoais devem ter um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento do titular dos dados pessoais ou tendo por base um fundamento legítimo previsto na lei. Além disso, a norma estabelece ainda um direito de acesso das pessoas aos seus dados pessoais e um direito de retificação dos mesmos. Ainda no âmbito do direito originário da União, o direito à proteção de dados pessoais é ainda garantido pelo art. 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A primeira regulamentação da proteção de dados na União Europeia foi através da *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Diretiva sobre Proteção de Dados)*. Com a Diretiva sobre Proteção de Dados, a União tentou harmonizar o tratamento de dados pessoais no seu território, garantindo a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, mas também tendo o objetivo de promover a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros e o desenvolvimento do mercado interno (considerando 9). A ideia foi estabelecer um nível mínimo de proteção de dados na União, de forma a que a livre circulação desses dados se tornasse mais simples (considerando 10). Para esse efeito, a referida Diretiva harmonizou o tratamento de dados pessoais na União com base nos princípios da transparência, das finalidades legítimas e da proporcionalidade.[56]

Todavia, como a Diretiva sobre Proteção de Dados não regulava de maneira abrangente a proteção de dados pessoais e algumas questões eram deixadas para a legislação nacional dos Estados-Membros, a uniformidade desejada ficou aquém do esperado, também em consequência das diferentes transposições da Diretiva pelos Estados-Membros.[57] Para garantir uma proteção homogénea dos dados pessoais no território da União e a existência de um sistema eficaz de proteção dos direitos das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados foi elaborado o *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD).*[58] Sendo um regulamento da União Europeia, nos termos do art. 288º do TFUE, tem aplicação direta e imediata em todo o território da União, não sendo a transposição para legislação nacional por parte dos Estados-Membros, como ocorre nas diretivas.

3. O Regulamento Geral de Proteção de Dados

O RGPD está em aplicação na União Europeia desde 25 de maio de 2018, de acordo com o art. 99º, n.º 2.

---

[56] Sobre o regime jurídico da Diretiva, v. C. S. Castro, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 65-275.

[57] Sobre as consequências da falta de uniformidade referida, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «The extraterritorial application of the EU Directive on data protection», *The Spanish Yearbook of International Law*, 19, 2015, pp. 195-209.

[58] *JO L* 119, 4.5.2018, pp. 1-88.

O RGPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais, total ou parcialmente por meios automatizados, e ao tratamento desses mesmos dados por meios não automatizados, que façam parte de um sistema de arquivamento (ficheiros) ou se destinam a fazer parte de um sistema de arquivamento (art. 2º, n.º 1). Dados pessoais são definidos no art. 4º, n.º 1, como informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável, como o nome, o número de identificação, fatores físicos, psicológicos, económicos, genéticos, culturais ou sociais relacionados a essa pessoa natural. O RGPD protege as pessoas singulares e exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais identificados no n.º 2 da referida norma.[59]

O RGPD protege as pessoas singulares e exclui do seu âmbito de aplicação o tratamento de dados pessoais identificados no n.º 2 da referida norma. Assim, por exemplo, o RGPD não é aplicável, entre outros: aos dados de pessoas coletivas (art. 1º, n.º 1, a contrario e considerando 14); às atividades relacionadas com a segurança nacional e a política externa e segurança comum da União (art. 2º, n.º 1, al. d), e considerando 16); às atividades exclusivamente pessoais ou domésticas e sem ligação a atividades profissionais ou comerciais (art. 2, n.º 1, al. a) e considerando 18]; ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, deteção, e repressão de infrações penais e de sanções penais (art. 2, n.º 1, al. d) e considerando 19); aos dados de pessoas falecidas (considerando 27). Note-se que quanto aos dados pessoais de pessoas falecidas, de acordo com o considerando 27, os Estados-Membros podem estabelecer regras para o tratamento dos mesmos. Assim fez o Estado português no art. 17º da Lei de execução do RGPD.

Um dos dados mais identificáveis de uma pessoa natural é o nome, mas outros exemplos podem ser enumerados, como: o número de identificação civil; o número do contribuinte; o número do sistema nacional de saúde, o número da previdência social, o número do passaporte; o número de telefone; o número do cartão de crédito; o número de matrícula; os dados da conta; o número da carta de condução; o endereço de e-mail; o endereço; os dados biométricos que permitem que as pessoas sejam identificadas e autenticadas, como impressões digitais; a imagem biométrica da cara e outras características anatómicas; a assinatura; o registo médico; o currículo; a fotografia... Dados pessoais são, então, todos os elementos que permitem a identificação de uma pessoa, incluindo dados genéticos associados a alguém e que permitem a individualização da pessoa singular. O conceito de dados pessoais deve ser interpretado da maneira mais ampla possível: deve abranger todas as possibilidades de identificação e, de acordo com o RGPD, deve incluir identificadores online usados para criação de perfil e identificação. O considerando 30 lista alguns identificadores por via eletrónica que podem ser associados a pessoas singulares, como os fornecidos por dispositivos eletrónicos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como de resultantes de endereços de protocolos da Internet, identificadores de cookies e outros identificadores como etiquetas de identificação por radiofrequência. Esses identificadores por via eletrónica podem ser considerados dados pessoais se levarem à identificação da pessoa singular. De acordo com o Grupo de Trabalho para a Proteção de Dados do Artigo 29º, como os ficheiros informatizados que registam dados pessoais geralmente atribuem um identificador único às pessoas nele registadas, para distinguir as pessoas que estão no ficheiro, também na Internet, as ferramentas de vigilância de tráfego online permitem a identificação do comportamento de uma máquina e, por trás da máquina, o comportamento do seu usuário. Desta forma, certas decisões são atribuídas a um usuário, são cria-

[59] Sobre a noção de dados pessoais no RGPD, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados», *Scientia Ivridica*, n.º 350, Maio/Agosto 2019, pp. 165-180.

dos padrões de comportamento e perfis que identificam o indivíduo. Esta interpretação ampla do conceito de dados pessoais também foi uma opção do TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia) no caso Lindqvist, onde considerou como dados pessoais o tratamento de informações sobre condições de trabalho e hobbies dos trabalhadores .

Da definição de dados pessoais que consta do art. 4º, n.º 1 também fica claro que o RGPD se aplica apenas a dados de pessoas singulares identificadas ou identificáveis, excluindo dados anónimos que não permitem identificar o titular dos dados. Isso significa que o tratamento de dados anónimos que não permita identificar o titular dos dados, para fins estatísticos ou de pesquisa, está fora do âmbito de aplicação do RGPD. A anonimização refere-se a situações em que todos as ligações entre a pessoa e os dados são quebradas, portanto, não é possível associar certos dados pessoais a uma pessoa específica.

Uma vez que o RGPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais, é relevante determinar a noção de tratamento de dados pessoais, estabelecida no art. 4º, n.º 2. O tratamento de dados pessoais é definido como qualquer operação ou conjunto de operações realizadas sobre dados pessoais, por meios automatizados ou não, como, por exemplo, a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a utilização, a divulgação por transmissão, a disseminação ou disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição de dados. Por exemplo, o caso Lindqvist apresenta uma situação de tratamento de dados pessoais, em que o TJUE conclui que a operação de carregamento de dados pessoais numa página da Internet deve ser considerada como tratamento de dados pessoais para efeitos do art. 2º, al. b), da anterior Diretiva sobre Proteção de Dados. Da mesma forma, no caso do Google Spain, foi considerado tratamento de dados quando «(…) ao explorar a Internet de forma automatizada, constante e sistemática, na busca das informações nela publicadas, o operador de um motor de busca «recolhe» esses dados, que «recupera», «registra» e «organiza» posteriormente no âmbito dos seus programas de indexação, «conserva» nos seus servidores e, se for caso disso, «comunica» e «coloca à disposição» dos seus utilizadores, sob a forma de listas de resultados das suas pesquisas (…), independentemente de o operador do motor de busca efetuar as mesmas operações também com outros tipos de informação e não as distinguir dos dados pessoais». Estes são alguns exemplos de tratamento de dados pessoais, na aceção do artigo 4, (2) do RGPD.

No tratamento de dados pessoais, o RGPD adota a noção de neutralidade tecnológica como resultado do considerando 15, onde se afirma que, para evitar a ameaça de contornar o sistema de proteção de dados, a proteção de pessoas singulares é tecnologicamente neutra, o que significa que não depende das técnicas utilizadas. Consequentemente, o RGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios automatizados, mas também ao tratamento manual, desde que os dados estejam contidos ou se destinem a um sistema de ficheiros, no qual os dados pessoais são estruturados de acordo com critérios específicos (art. 4º, n.º 6).

Quanto ao âmbito de aplicação espacial, de acordo com o art. 3º, n.º 1, o RGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante, situado na União, independentemente de o tratamento se realizar na União Europeia ou não. O RGPD aplica-se ainda, nos termos do n.º 2 da mesma norma, ao tratamento, por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, de dados pessoais de titulares que estão na União, desde

que as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a oferta de bens ou serviços a esses titulares na União, independentemente de ser exigido um pagamento do titular dos dados; ou a monitorização do seu comportamento na medida em que ocorra na União. Por fim, o n.º 3 estabelece que o RGPD também é aplicável quando o local do estabelecimento do responsável pelo tratamento estiver situado num Estado terceiro, quando a lei de um Estado-Membro seja aplicável como resultado do direito internacional público. Será o caso da embaixada ou posto consular de um Estado-Membro (considerando 25).

O RGPD tenta responder aos novos desafios que o desenvolvimento da tecnologia traz para a proteção de dados. Os objetivos deste Regulamento estão estabelecidos no seu considerando 13 e podemos elencar, como os mais importantes, o objetivo de proteção uniforme dos direitos das pessoas singulares na União quanto ao tratamento de dados, de eliminação de obstáculos à livre circulação de dados pessoais, de aumento da segurança jurídica e transparência para as entidades que operam no mercado interno, e o estabelecimento de um sistema de garantia de aplicação efetiva da legislação da União relativa à proteção de dados pessoais.

No âmbito das garantias estabelecidas para proteção dos direitos pessoais das pessoas singulares, o art. 5º do RGPD estabelece os princípios básicos aos quais deve obedecer o tratamento de dados pessoais, nomeadamente: os princípios da licitude, da lealdade e da transparência; o princípio da limitação das finalidades; o princípio da minimização dos dados; princípio da exatidão dos dados; princípio da limitação da conservação; os princípios da integridade e confidencialidade; e o princípio da responsabilidade.[60]

Quanto ao princípio da licitude, o art. 5º, al. a), do RGPD estabelece que o tratamento de dados pessoais deve ser feito licitamente e o art. 6.º fixa os fundamentos para a existência de um tratamento lícito. Um dos fundamentos que justifica um tratamento lícito é o consentimento do titular dos dados [art. 6º, n.º 1, al. a)]. Este fundamento, assim como qualquer outro, por exigência do princípio da transparência, integra o conjunto de informações que deve ser prestado ao titular dos dados, nos termos do art. 13º, n.º 1, al. c) e al. d) e do art. 14º.

Passemos em seguida à análise do consentimento, como fundamento para um tratamento lícito dos dados pessoais, e que é objeto deste estudo.

4. O consentimento como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais

O consentimento é um dos fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais mais utilizado, o que justifica uma atenção mais cuidada entre todos os fundamentos que podem estar na base de um tratamento lícito de dados pessoais. Está previsto no art. 6º, n.º 1, al. a) e encontramos os requisitos de um consentimento lícito no art. 7º, em geral; e no art. 8º, em específico para o consentimento da criança em relação a serviços da sociedade da informação.

Comecemos pela definição dos requisitos do consentimento, que pode ser encontrada no art. 4º, n.º 11. De acordo com esta disposição legal, o consentimento que estabe-

[60] Para informações pormenorizadas sobre os princípios enunciados, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «O tratamento de dados pessoais no Regulamento Geral de Proteção de Dados…», Cit., pp. 165-180.

lece deve ser prestado livremente e deve ser específico, informado, explícito e inequívoco, no sentido que deve consistir numa manifestação de vontade mediante declaração ou ato positivo inequívoco para o tratamento dos dados pessoais. Dissequemos os requisitos previstos na norma.

Em primeiro lugar, o consentimento deve ser livre. Esta exigência de consentimento livre, de acordo com o Grupo de Trabalho para a Proteção de Dados do Artigo 29º, significa que este somente poderá ser válido se o titular dos dados puder exercer uma escolha real e não houver risco de engano, intimidação, coerção, ou consequências negativas significativas no caso de o titular dos dados não consentir.[61] Se as consequências de o consentimento prejudicarem a liberdade de escolha dos indivíduos, o consentimento não será livre. Assim deve ser porque se considera que o titular dos dados pessoais deve ter controle sobre seus dados e sobre a maneira como são usados.[62]

A garantia do consentimento sem influências externas justifica as dúvidas existentes nos casos em que se verifica uma situação de poder, de desequilíbrio, entre o responsável pelo tratamento dos dados e o titular dos mesmos. Por esse motivo, o considerando 43 afirma que, no caso de um desequilíbrio claro entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, o consentimento não é um fundamento legal válido para o tratamento dos dados pessoais. Um exemplo é uma situação de subordinação jurídica, como o tratamento de dados pessoais por parte do empregador, porque a relação jurídica de emprego implica uma dependência jurídica e económica que geralmente não permite que o trabalhador expresse livremente sua vontade.[63] Outro exemplo é dado no considerando 43: «(…) quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa». O considerando 42 confirma o afirmado ao estabelecer que o consentimento não é dado de livre vontade quando o titular dos dados não tem uma escolha genuína e real e não pode rejeitar ou retirar o consentimento sem desvantagens ou perdas.

Retiramos do art. 7º, n.º 4, outra orientação sobre o consentimento livre, quando a norma fixa que, ao determinar se o consentimento é dado livremente «(…) há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato». Um consentimento que não é dado livremente não é válido e, consequentemente, as condições de pegar ou largar estabelecidas num contrato em relação ao tratamento de dados geralmente não são lícitas. Essas condições são condições usadas por muitos serviços na Internet, que somente permitem que a sua utilização se as pessoas aceitarem ser rastreadas com o objetivo de marketing. Inclusive, muitas páginas da internet usam barreiras que o utilizador só pode ultrapassar se concordar com o rastreamento do seu comportamento por terceiros,[64] o que retira a licitude do consentimento.

---

[61] Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, Adopted on 13 July 2011, 01197/11/EN WP187, p. 12.

[62] Elena Gil González, Paul de Hert, «Understanding the legal provisions that allow processing and profiling of personal data – na analysis of GDPR provisions and principles», *ERA Forum*, 2019, 19, p. 601.

[63] Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2017 on data processing at work*, Adopted on 8 June 2017, 17/EN WP 249, p. 23.

[64] Cris Jay Hoofnagle, Bart van der Sloot, Fredrik Zuiderveen Borgesius, «The European Union general data protection regulation: what it is and what it means», *Information and Communications Technology Law*, 28 (1), 2019, pp. 79-80.

Em segundo lugar, o consentimento também deve ser informado, porque o titular dos dados deve tomar a decisão depois de ter acesso a todas as informações. Para isso, as informações devem ser dadas de forma clara e precisa, abrangendo todos os elementos relevantes, como: a identidade do responsável pelo tratamento dos dados e a finalidade para a qual o tratamento dos mesmos se destina (considerando 42); a transferência dos dados pessoais para um país terceiro ou organização internacional e os destinatários das transferências [art. 49º, n.º 1, alínea a)]; os direitos do titular dos dados; as consequências do consentimento, entre outros.

O Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do Artigo 29º estabeleceu dois requisitos para obter informações necessárias para que se possa considerar o consentimento informado. O primeiro requisito é a qualidade das informações, o que significa que as informações que apoiam um consentimento válido e o pedido de consentimento devem ser apresentados em linguagem compreensível, clara e simples. O segundo requisito é a acessibilidade e visibilidade das informações. Este requisito significa que as informações devem ser apresentadas de forma inteligível, devem ser facilmente acessíveis e claramente visíveis. Essas condições também estão definidas no art. 7º, n.º 2. Consequentemente, as informações devem ser concisas e fáceis de entender.[65]

O consentimento também deve ser específico para a finalidade do tratamento e deve cobrir todas as atividades do tratamento para a mesma finalidade. De acordo com o considerando 32, num tratamento de dados com múltiplas finalidades, o consentimento deve ser dado para cada uma das finalidades. Isso significa que um consentimento geral ou genérico não é válido. Os diferentes elementos do tratamento, como os dados que serão tratados e as finalidades pretendidas, devem ficar claros quando o consentimento for concedido, para salvaguardar as expectativas razoáveis das partes e a exigência de consentimento informado. De acordo com as diretrizes do Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do Artigo 29º, o consentimento deve-se referir ao tratamento que é razoável e necessário em relação à finalidade em causa.[66] Além disso, o consentimento deve ser entendido como sendo unicamente para a finalidade de tratamento para a qual foi dado.[67]

O consentimento também deve ser inequívoco, o que significa que não devem existir dúvidas sobre o consentimento dado e sobre o seu alcance. O consentimento pode ser dado por declaração escrita (incluindo meios eletrónicos) ou por declaração oral (considerando 32), e o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que existe um consentimento do titular dos dados para esse tratamento (art. 7º, n.º 1). Isso significa que o consentimento requer um ato positivo de opção.[68]

Para evitar consentimentos pouco claros, o considerando 42 estabelece que, quando o consentimento é dado num contexto de declaração escrita sobre um elemento, como, por exemplo, num contexto de contrato, o consentimento para a operação de processamento deve ser claro e «(...) deverão existir as devidas garantias de que o titular dos dados está plenamente ciente do consentimento dado e do seu alcance». Consequentemente, o

---

[65] Elena Gil González, Paul de Hert, «Understanding the legal provisions…», Cit., p. 602; C. Kuner, D. Svantesson, F.H. Kate, O. Lynskey, C. Millard, «Machine learning with personal data: is data protection smart enough to meet the challenge?», *International Data Privacy Law*, 7 (1), 2017, p. 34.

[66] Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011 on the definition of consent*, Adopted on 13 July 2011, 01197/11/EN WP187, p. 17.

[67] Elena Gil González, Paul de Hert, «Understanding the legal provisions…», Cit., p. 601.

[68] *Idem, ibidem*, p. 602.

responsável pelo tratamento deve criar procedimentos para que os titulares dos dados possam dar seu consentimento clara e expressamente ou criar procedimentos a partir dos quais possa ser inferido um consentimento inequívoco. Também não é inequívoco o consentimento para o tratamento de dados que esteja associado às condições para a execução do contrato, não sendo claro qual o tratamento de dados que resulta do consentimento e qual o tratamento de dados que resulta da execução do contrato.

Uma garantia importante do titular dos dados é que o consentimento possa ser retirado a qualquer momento, e o titular dos dados deve ser informado sobre este direito antes de o dar, de acordo com o art. 7º, n.º 3. A mesma disposição legal também estabelece que a retirada do consentimento deve ser tão fácil quanto dar como o próprio consentimento. No entanto, o direito de retirar o consentimento é exercido para o futuro, o que significa que não afeta a legalidade do tratamento de dados feito até à retirada do consentimento e o tratamento feito não pode ser cancelado. No entanto, de acordo com o Grupo de Trabalho sobre Proteção de Dados do Artigo 29º, em caso de retirada do consentimento, se não existir outra base jurídica que justifique o tratamento posterior dos dados, eles deverão ser excluídos pelo responsável pelo tratamento dos dados.[69]

No RGPD também existe uma norma especial aplicável ao consentimento da criança em relação aos serviços da sociedade da informação, pois, como resultado de uma menor maturidade, a criança pode não estar ciente dos riscos, dos efeitos negativos e dos seus direitos relativos ao tratamento dos seus dados pessoais. De acordo com o considerando 38, as salvaguardas do RGPD em relação às crianças «(…) deverá aplicar- se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças». Não se aplica, todavia, à validade, formação ou efeito de um contrato em relação a uma criança, aspeto que continua a ser regulado pelas leis nacionais dos Estados Membros (art. 8, n.º 3).

Se a criança tiver pelo menos 16 anos de idade, o tratamento dos dados pessoais poderá ser legalmente feito com base no consentimento da criança (Artigo 8, Seção 1). A justificação desta norma é o facto de se considerar que uma criança de 16 anos já desenvolveu um grau de maturidade que permite que ela entenda o significado do consentimento. No entanto, todas as características de um consentimento válido devem existir: o consentimento deve ser dado livremente; de forma específica para a finalidade em causa; deve ser informado; deve ser inequívoco; e deve consistir numa declaração ou numa ação afirmativa clara. Para esse efeito, todas as informações fornecidas à criança devem ser claras e numa linguagem simples que a criança possa entender.

Abaixo da idade dos 16 anos, o consentimento deve ser dado ou autorizado pelo detentor ou detentores das responsabilidades parentais, e o responsável pelo tratamento deve fazer esforços razoáveis para determinar se o consentimento foi dado ou autorizado por estes (art. 8, n.º 2). Note-se, no entanto, que os Estados-Membros podem estabelecer uma idade mais baixa para o consentimento válido da criança, mas nunca uma idade inferior a 13 anos, conforme o art. 8º, n.º 1.

O Estado português, no art. 16º da Lei de execução do RGPD, usou desta faculdade permitida pelo Regulamento, e estabeleceu a idade dos 13 anos como idade a partir da qual

[69] Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 15/2011*…, Cit., p. 33.

o tratamento dos dados pessoais pode ser legalmente feito com base no consentimento da criança. Sendo certo que dados estatísticos comprovam que as crianças atualmente crescem num ambiente digital do qual faz parte a internet e que cada vez mais cedo as crianças usam a internet no seu quotidiano,[70] podemos concluir que o legislador português resolveu optar por uma idade mais próxima da realidade relativamente ao acesso das crianças ao mundo digital. Podemos sempre questionar a maturidade de uma criança de 13 anos para compreender as consequências do seu consentimento em relação ao tratamento dos seus dados pessoais. Neste caso, cremos que se justifica uma maior a exigência em relação à forma como as informações referidas *supra* são apresentadas à criança: além da clareza, devem ser apresentadas de forma adaptada à sua idade.

Conclusões

A opção de olhar mais detalhadamente para o consentimento do titular dos dados como fundamento de tratamento lícito de dados pessoais justificou-se pela importância que este fundamento tem na aplicação quotidiana do RGPD.

Na análise dos requisitos de um consentimento lícito apuramos as características que este deve ter. Deve ser prestado livremente; deve ser informado; específico para a finalidade do tratamento e deve cobrir todas as atividades do tratamento para a mesma finalidade; deve ser explícito e inequívoco, não devendo existir dúvidas sobre o consentimento dado e o seu alcance; deve poder ser retirado a qualquer momento de forma tão fácil como foi dado. Verificamos também existe uma norma no RGPD especial relativamente ao consentimento da criança em relação aos serviços da sociedade da informação. Dela resulta um limite de idade a partir do qual o consentimento pode ser dado pela própria criança. Este limite etário tem em conta a maturidade da criança para considerar os riscos, os efeitos negativos e os seus direitos relativos ao tratamento dos seus dados pessoais.

[70] V. o estudo promovido pela EU Kids Online Portugal, com indicação da faixa etária das crianças e evolução da utilização da internet pelas mesmas ao longo dos anos: Cristina Ponte e Susana Batista, *Usos, competências, riscos e mediações da internet reportados por crianças e jovens (9 -17 anos),* EU Kids Online e NOVA FCSH, fevereiro de 2019, pp. 13-17, consultado em http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/eukidsonline/wp-content/uploads/sites/36/2019/03/RELATO%CC%81RIO-FINAL-EU-KIDS-ONLINE.docx.pdf,em 22.02.2020

ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR À LUZ DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA NORMA

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do Superior Tribunal Militar

Janaína Paes Landim Ramos

1. INTRODUÇÃO

É irrefutável que a sociedade civil está em constante evolução, e a forma como se dão as relações, sejam interpessoais, sejam nos diversos grupos sociais, muda de maneira rápida e frequente. Aliado a essa evolução, está o avanço tecnológico, cada vez mais presente e atuante na vida e no hábito das pessoas.

O direito surgiu com o próprio nascimento da civilização, regulando as relações humanas desde os seus primórdios. Inicialmente, não existia na forma escrita, mas já era utilizado com a observância de certas normas de conduta, com um mínimo de ordem e direção a regular o convívio e costumes dos indivíduos. Foi evoluindo com a própria história das civilizações, passando por diversos marcos, do naturalismo ao positivismo, enfrentando o desafio de regular os novos formatos de convivência social, assim como organizar o surgimento das estruturas de poder, com a finalidade de impedir a desordem e o crime, e de fomentar a paz e a prosperidade social.

O ordenamento jurídico, ao cumprir seu papel de regular as estruturas de poder de uma sociedade organizada e as relações de coexistência entre os indivíduos, não deve ser estático e não pode estar alheio aos avanços sociais e tecnológicos. Ao contrário, precisa estar atento para que suas normas não se tornem letras mortas de lei, e que sua aplicabilidade não fique dissonante dos anseios sociais.

A aplicação do direito pelo magistrado, contudo, não é matéria de fácil trato, e nem sempre a maneira de aplicar a lei é apresentada de forma clara e cristalina frente às proposições legislativas. Ao contrário, é comum que o julgador precise ir além da literalidade normativa e, na busca necessária para fazer justiça, diante de lacunas, omissões e contradições de leis e normas, necessite recorrer à hermenêutica jurídica, buscando regras de interpretação que melhor o assessorem na análise da situação concreta.

No caso da aplicação do direito penal, em especial das normas penais militares, deparamo-nos com circunstâncias que tornam ainda mais desafiadora a função judicante, pois o Código Penal Militar foi editado em 1969; dessa maneira, em realidade social bastante diferente da que encontramos hoje, inclusive em termos de tecnologia.

A proposta deste estudo é trazer à reflexão formas de interpretação normativa que auxiliem o magistrado em sua precípua função, para que não se furte de prestar ao indivíduo e ao Estado uma devida atuação jurisdicional, ainda que diante de leis vigentes, mas que contenham terminologias ou definições inusuais perante a realidade em que a sociedade vive.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA

Etimologicamente, a palavra **hermenêutica** deriva do termo *hermènêus,* o qual faz referência ao nome do deus grego Hermes, que era considerado o responsável por intermediar a mensagem dos deuses aos homens, devido à sua habilidade de compreender e revelar.

No direito, o ato de interpretar a norma diante de um fato concreto é chamado de **hermenêutica jurídica**, que consiste em um ramo da Teoria Geral do Direito voltado a estudar e a desenvolver métodos e técnicas de interpretação de leis e normas do ordenamento jurídico.

Segundo Maximiliano (2009, p. 1-2), a hermenêutica, no campo jurídico, é utilizada para aclarar o meio e o modo como se deve interpretar as leis, para que, dessa forma, se obtenha o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador, que deve refletir a vontade do povo que representa. Ela está encarregada, portanto, de elucidar a compreensão da regra jurídica a ser aplicada aos fatos concretos, ou seja, é responsável pelo estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do ordenamento jurídico.

Logo, é uma ciência que, ao utilizar de métodos na interpretação dos textos legais, conduz à aplicação da melhor forma de Direito, não se restringindo à rigidez textual do legislador, buscando sempre o fim social da norma.

Com relação a essa temática, Diniz (2007, p. 67) afirma:

> Pode-se dizer que não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, um propósito ou um motivo prático, que consistem em produzir, na realidade social, determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos, etc.

O próprio sistema normativo brasileiro, por meio do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela redação da Lei nº 12.376, de 2010), dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Infere-se, portanto, que em cada caso *sub judice*, deve-se verificar se a norma atende à finalidade social, de forma que sua interpretação se dê nos meandros do próprio meio em que está presente, evoluindo conforme avança a sociedade, em seus mais diversos aspectos.

Como bem se sabe, o processo legislativo não é algo dinâmico, e as leis, por vezes, demoram bastante para serem atualizadas. É nesse contexto que se destaca a importância da hermenêutica jurídica, instrumento primordial ao julgador, em especial na sua missão de adequar ao atual momento social uma norma editada em época anterior e já distante da realidade que ora se apresenta.

3. TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Dentro da hermenêutica jurídica, a interpretação das leis é realizada para buscar o **sentido** (significado dos vocábulos) e o **alcance** (campo de aplicação) da norma jurídica. A maior parte da doutrina defende que toda norma jurídica é passível de interpretação.

Segundo Chaves (2020):

> A interpretação é processo intelectivo, pautado em determinar os significados da própria norma jurídica, extraindo o que ela contém.
> Em suma-síntese: interpretar a norma jurídica é explicar, aclarar, o sentido de uma lei.

A interpretação jurídica é, portanto, instrumento primordial no auxílio à compreensão e melhor adequação do texto legal a um fato concreto que se apresenta em nossas vidas, face à complexidade das relações, à riqueza e à rapidez com que as mudanças se dão. Nesse sentido, no decorrer do tempo, foram criados métodos de interpretação como forma de melhor compreensão da norma jurídica, visando sua aplicação ao caso concreto.

Segundo França (1997, p. 22-24), a interpretação normativa, **com relação à sua origem ou agente,** pode ser classificada como **pública judicial**, que é aquela realizada pelo **Poder Judiciári**o, ou **pública autêntica**, que é realizada pelo **Poder Legislativ**o, ao criar a norma, ou **pelo Poder Executivo,** ao emanar atos de sua competência**.** Existe, ainda, a **interpretação privada**, a qual é realizada por juristas, estudiosos ou operadores do direito que não sejam vinculados aos Poderes já enunciados.

Com relação ao **resultado ou às espécies de extensão**, a interpretação pode ser **declarativa**, que se limita a declarar a norma jurídica de maneira explicativa, sem estender o seu conceito; **restritiva**, cujo resultado leva a afirmar que o legislador usou expressões aparentemente mais amplas que seu pensamento, restringindo o sentido e incidência da norma; ou **extensiva**, a qual conclui que a abrangência semântica da regra é mais ampla que seus termos, o que leva o intérprete a estender a amplitude da regra.

Com relação à natureza, temática de maior destaque entre os doutrinadores, têm-se, em suma, os seguintes métodos de interpretação: **literal ou gramatical; lógica, teleológica ou sociológica; sistemática; e evolutiva ou progressiva.**

Importante destacar que os tipos de classificação podem mudar de acordo com o doutrinador que está sendo estudado. Contudo, escolhemos a classificação mais tradicional para fazer a análise central deste estudo, que passa justamente pela interpretação evolutiva da norma, a ser realizada pelo órgão judicante, razão pela qual os métodos interpretativos serão abordados, a seguir, apenas de forma superficial.

3.1. Interpretação Literal ou Gramatical

A interpretação literal ou gramatical consiste na análise do texto a partir da observância de sua linguagem. Conforme esclarece França (1997, p. 8), é aquela que, hoje em dia, tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal. Logo, trata-se de um método que toma por base o significado das palavras da lei, com atenção à sua função gramatical.

O método gramatical, portanto, consiste no primeiro critério de interpretação, que busca fixar qual o sentido de uma frase, dispositivo ou norma jurídica, mediante a indagação do significado literal das palavras.

Conforme entende Montoro (2011, p. 425), é, sem dúvida, o primeiro passo a dar na interpretação de um texto. Mas, por si só, é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social.

3.2. Interpretação Lógica, Teleológica ou Sociológica

Embora parte da doutrina entenda que são classificações diferentes, elas estão bastante correlacionadas, razão pela qual se opta em seguir o entendimento que as aborda simultaneamente.

Segundo leciona Albuquerque (1997, p. 150), o método lógico constitui a expressão mais pura e acabada do raciocínio analítico. Dessa forma, acredita que o núcleo verbal da lei é suficientemente elástico para comportar todas as situações de fato ocorrentes na prática, só com a utilização, rígida e fria do silogismo judicial. Procura-se, então, resolver eventuais contradições existentes dentro de uma mesma norma ou de normas diferentes, por meio do entedimento da real intenção do legislador no ato de edição daquela lei.

Ferraz Júnior (2008, p. 266 – 267) nos ensina que a interpretação teleológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido da norma. Entende-se que, não importa a norma, ela há de visar qual foi a intenção do legislador ao editar a lei, que deve sempre visar aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos.

3.3. Interpretação Sistemática

Este método tem por finalidade analisar a norma jurídica em seu contexto com outras normas, afastando a possibilidade de análise isolada da lei.

A interpretação sistemática leva em consideração o sistema em que se insere o texto, e procura estabelecer a vinculação entre este e os demais elementos da própria lei, do respectivo campo do direito ou do ordenamento jurídico geral. Tal método possibilita ao intérprete a verificação do direito como um todo, analisando as mais variadas disposições pertinentes ao mesmo objeto, buscando compreender o sistema jurídico de forma harmoniosa e interdependente.

Tourinho Filho (2012) leciona que o intérprete recorre a este tipo de técnica quando a dúvida não recai sobre o sentido de uma expressão ou de uma fórmula da lei, mas, sim, sobre a regulamentação do fato ou da relação sobre a qual deve incidir o julgamento. Aqui o intérprete deve colocar a norma em relação com o conjunto de todo o direito vigente e com as regras particulares que possuem pertinência entre si. É nesse contexto, inclusive, que o intérprete pode se embasar na analogia e nos princípios gerais do direito.

3.4. Interpretação Evolutiva

Primodial destacar que as técnicas de interpretação normativa não podem ser utilizadas isoladamente. Elas são métodos de esclarecimento, de ajuda e de apoio ao magistrado, quando da aplicação da lei. Nessa toada, o intérprete não deve escolher apenas um método para aplicar ao caso *sub judice*. Diante da gama de técnicas de interpretação, ele precisa fazer uso da combinação de algumas delas para cumprir com o seu papel da devida prestação jurisdicional.

O que se busca destacar nesta reflexão é a necessidade de que o olhar do Juiz, ao realizar essa tarefa, passe pelo atual momento social em que se encontram os indivíduos e o Estado, sob pena de aplicar uma norma de letra morta, ou, ainda, de dar ao caso concreto um entendimento totalmente defasado ou desconforme com os anseios da sociedade atual.

Sobre o tema, muito bem pontua Grinover (2016, p. 114):

> A interpretação evolutiva se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve examinar o enunciado do texto no contexto histórico presente (não no contexto da redação do texto). Todo texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Está comprovada a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à vontade do legislador. A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. O direito não é uma entidade estática.
> É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.

Masson (2015, p. 125), por sua vez, defende que a interpretação progressiva ou evolutiva se destina a acompanhar as mudanças da sociedade, buscando amoldar a lei à realidade atual, evitando, assim, a constante reforma legislativa.

Confirmando a importância desse método interpretativo, Monteiro de Barros (2010, p. 76) afirma que toda interpretação deve ser progressiva, sob pena de a lei se desvirtuar dos fins sociais e das exigências do bem comum.

Portanto, diz-se progressiva a interpretação quando o intérprete, observando que a expressão contida na norma sofreu alteração no transcorrer dos anos, procura adaptar-lhe o sentido ao conceito atual. Essa é a técnica central para o trabalho ora proposto, que entende justamente que o direito deve ser dinânimo, assim como a sociedade, e que a aplicabilidade da norma deve ser buscada dentro das situações que são apresentadas ao julgador no atual momento social.

4. INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

Conforme observado, a interpretação normativa é matéria que deve ser tratada com o maior cuidado por seus agentes operacionais, com a atenção devida para sua aplicação legítima na busca da justiça e do atendimento ao fim social da norma.

Maior ainda deve ser a acuidade do operador do direito, em especial do magistrado, ao usar a hermenêutica jurídica para proceder à interpretação de uma lei penal. Isso porque se trata de matéria que tutela o bem primordial do indivíduo, que é o seu direito à liberdade, e, em algumas oportunidades muito especiais, o direito à vida.

O direito penal possui como função resguardar os bens jurídicos e os valores mais caros ao estilo de vida da nossa sociedade e visa coibir condutas que desequilibrem e que

ofendam a boa convivência dos povos. Por outro lado, por ser o guardião de conceitos tão importantes à harmonia social, ele também possui o condão de punir o agente que acabe infringindo seu normativo, punição essa que pode chegar à própria restrição de liberdade da pessoa, postulado máximo do direito do indivíduo. Por essa razão, o direito penal somente deve ser acionado como *ultima ratio,* quando os outros ramos do direito não forem capazes de solucionar a problemática apresentada.

Dentro dessas circunstâncias é que se torna ainda mais difícil a missão do intérprete da norma penal, o qual possui como desafio entender o sentido da regra incriminadora, ao analizar se a conduta praticada está a ela subsumida. Deve, portanto, realizar uma interpretação que matenha a segurança jurídica e a ordem social, de maneira a aplicar a letra da norma à realidade da sociedade atual, sem que isso importe em ferimento ou restrição de direito do indivíduo que está respondendo ao processo criminal.

Em épocas mais remotas, havia o entendimento de que a interpretação penal deveria ser vedada, em razão da preocupação de que o cidadão ficasse à mercê do arbítrio dos juízes. Nesse período, entendia-se que ao juiz cabia tão somente a função de aplicar a lei de forma automática, pois aquela era a vontade do monarca.

Ao discorrer sobre esse momento da história, Beccaria (2007, p. 21-22) pondera que se entendia que:

> Os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores. (...) As leis tomam sua força da necessidade de guiar os interesses particulares para o bem geral e do juramento formal ou tácito que os cidadãos vivos voluntariamente prestaram ao rei. Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz.

Com a evolução da sociedade, o pensamento acerca da interpretação da norma penal desenvolveu-se, e o que era visto como preocupação sobre uma possível arbitrariedade dos juízes passou a ser entendido como uma necessidade social, em especial ao se considerar que as leis não conseguem acompanhar a velocidade das mudanças sociais, mesmo porque a alteração legislativa constante levaria a uma insegurança jurídica.

Por outro lado, o julgador não tem discricionariedade ilimitada para proceder à interpretação, tendo um dos limites da sua atuação definido no próprio Princípio da Reserva Legal. Possui, portanto, balizadores dentro de sua função de interpretar, não podendo se afastar dos critérios de legalidade e, em especial, dos postulados constitucionais de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo.

Ao elucidar o tema, Gomes (2009, p. 53-54) expõe que a interpretação da lei penal deve se basear por alguns princípios, que são vetores da sua aplicação penal:

Princípio Hierárquico, segundo o qual a interpretação deve ser feita de acordo com a Constituição – é justamente a ideia da interpretação conforme, muito utilizada pela jurisprudência pátria;

Princípio de Vigência, o qual dispõe que, dentre duas interpretações possíveis, é preferível a que dá sentido para as palavras da lei em lugar da que as nega;

Princípio da Unidade Sistemática, que explicita que todos os textos do ordenamento jurídico possuem vigência simultânea e devem ser analisados como um todo;

Princípio Dinâmico, o qual estabele que os textos mudam de sentido com o passar do tempo e a interpretação tem a obrigação de acompanhar essa evolução; e

Princípio da Liberdade Interpretativa, aceito por uma corrente minoritária, a qual defende que nenhuma interpretação pode ser imposta coativamente, e todo o „dirigismo interpretativo", tal como foi imposto no Brasil com as súmulas vinculantes, tem raiz autoritária e contrária à liberdade de investigação científica.

Esses são alguns preceitos basilares que podem guiar o julgador e sua função interpretativa, desde que sempre motive suas decisões e que não se afaste do Princípio da Legalidade e da observância aos preceitos constitucionais, norma máxima de nosso ordenamento jurídico.

A respeito da possibilidade e da constitucionalidade da interpretação extensiva da norma penal, a doutrina majoritária advoga pelo seu cabimento, desde que seja utilizada de forma excepcional. Fazem parte dessa corrente juristas bastante renomados, como Luiz Flávio Gomes, Cleber Masson, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Rogério Greco, Wiliam Wanderley Jorge, Júlio Fabbrini Mirabete e José Frederico Marques, dentre outros.

Diante de tudo quanto colacionado, verifica-se não apenas a possibilidade, mas também a necessidade de que os operadores de direito, em especial os do Poder Judiciário, procedam a uma interpretação da norma penal que esteja aliada ao atual momento social, levando em consideração, inclusive, os avanços tecnológicos e científicos. Tomando por base essas premissas, passa-se à ideia central do tema proposto, que consiste na análise de certos dispositivos e termos do Código Penal Militar, à luz da interpretação evolutiva da norma.

Deve-se destacar que a interpretação evolutiva da norma não enseja ativismo judicial, mas, sim, uma necessidade de se cumprir o fim social ao qual a lei se destina.

5. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR À LUZ DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA NORMA

A interpretação da norma penal, em especial a interpretação evolutiva, consiste, portanto, em solução para que o Estado e os indivíduos não se vejam diante de leis incriminadoras obsoletas, sem aplicabilidade, por terem perdido sua função no decorrer no tempo.

Mais que isso, serve para abarcar novas situações fáticas trazidas diante dos avanços sociais, tecnológicos e científicos que ainda não puderam ser alcançados pelas alterações legislativas, que não são tão dinâmicas quanto as mudanças sociais. Pautada por critérios legais, limites constitucionais e principiológicos, e regrada por métodos estabelecidos, a interpretação serve como instrumento modernizador do direito, um remédio para que casos concretos não fiquem sem a prestação juridicional devida.

Trazendo nosso foco para o Cógido Penal Militar, verificamos tratar-se de legislação bastante antiga, publicada em 21 de outubro de 1969; logo, há mais de cinquenta anos, em

uma realidade totalmente diferente daquela em que se encontra nossa sociedade em costumes, hábitos, tecnologia e ciência.

Apenas por essa contextualização, já há de se imaginar que essa norma possua termos, definições ou mesmo tipos legais que não encontram ressonância com o momento social em que vivemos. Dessa forma, é inafastável e de suma importância que as cortes judiciais tenham um olhar crítico sobre a letra dessa lei, pautado pela necessária interpretação evolutiva, atrelada a critérios legais preestabelecidos, que respaldem o magistrado na sua precípua função de julgar.

É papel do julgador, portanto, realizar a interpretação e a integração das normas para chegar a uma conclusão que melhor se amolde ao caso examinado. Não se trata de criar novo tipo penal, conduta obviamente proibida em nosso ordenamento jurídico, quanto mais se for em malefício ao réu, ou de proceder a um ativismo judicial. Trata-se, em realidade, de entender todo o conjunto de regras e intenção do legislador para suprir a defasagem na evolução legislativa, adequando- se a norma ao atual momento tecnológico e social.

Dentro dessa ótica, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o art. 235 do CPM, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada por aquela Corte em 28 de outubro de 2015, apesar de manter a vigência do referido artigo, declarou como não recepcionados pela Constituição Federal os termos "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", nos seguintes termos do Acórdão:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE "PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM". NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO
> DE 1988. 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente. (ADPF 291, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016).

Outro dispositivo para o qual se deve chamar atenção é o art. 407 do CPM, que, apesar de tratar de uma situação mais incomum, haja vista estar inserida no Livro destinado aos Crimes Militares ocorridos em Tempo de Guerra, não pode passar desapercebido por este estudo.

O referido dispositivo possui a seguinte redação:

> **Rapto**
> Art. 407. Raptar mulher honesta, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso, em lugar de efetivas operações militares:
> Pena - reclusão, de dois a quatro anos. (Grifos nossos.)

Conforme se verifica, a redação do dispositivo supramencionado buscou proteger, da conduta de **rapto,** apenas a "mulher honesta". Patente que se trata de um termo bastante criticado e totalmente dissonante dos valores da sociedade atual. Qual seria o conceito aceitável para uma "mulher honesta"? É aquela que vive em obediência ao marido, conforme exigido na década de 60, e que não é livre para escolher e ditar sobre sua própria vida familiar, sexual, social e conjugal? Ou seria aquela que nunca cometeu qualquer infração criminal?

Ainda que se tivesse um consenso sobre em que consiste esse termo, isso incidiria em dizer que qualquer outra mulher, fora dessas circunstâncias, poderia ser livremente raptada, sem que isso fosse considerado crime? Óbvio, aceitar essa definição como elementar do tipo penal em referência seria um total disparate jurídico. Considerando que ainda não houve uma alteração legislativa para adequar o referido artigo à realidade social atual, faz-se imperioso que o Julgador proceda à interpretação evolutiva da norma para que, atendendo aos valores sociais de nossa época, declare como não recepcionada pela Constituição Federal tal expressão discriminatória.

O Código Penal comum de 1940 possuía três tipos penais com o mesmo termo (mulher honesta): posse sexual mediante fraude (art. 215 do CP); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP) e rapto violento ou mediante fraude (art. 219 do CP), que foi retirado da legislação penal comum pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.

Entendemos, pela mesma lógica, que ainda que não tenham sido revogadas expressamente, tais expressões já foram retiradas do âmbito de incidência da legislação militar, pois refletem um conceito totalmente sexista e retrógrado, não aceito pela atual coletividade e, por isso, está em total falta de sintonia com os valores da nossa sociedade.

Sobre o tema, destaca-se a crítica contundente e oportuna, realizada por Moura Teles (2004, p. 76-77):

> O tipo refere-se, exclusivamente, à mulher honesta.
> Honesta, quando do início da vigência do Código Penal, em 1940, há quase um século, portanto, era a mulher cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes.
> Daquele tempo para cá, a sociedade muito mudou. Não se exige, mais, comportamento sexual irrepreensível de quem quer que seja. Nem de homens e nem de mulheres. Não se fala, mais, na sociedade brasileira, em mínimo ético, mínimo de decência ou em vida regrada, recatada ou pureza sexual porque essas não mais constituem exigências para o reconhecimento do valor dos atributos da pessoa humana, nem para que seja ela merecedora da consideração e respeito da sociedade.
> Não há mais lugar para referências moralistas no exercício da sexualidade. Do ponto de vista da moralidade e dos costumes da sociedade atual toda mulher é honesta, e até mesmo a prostituta, quando enganada so-

> bre a legitimidade da conjunção carnal ou sobre a identidade do homem com quem a mantém, deve merecer a proteção da norma penal em comento.
> Outro entendimento - o que discrimina ou classifica as mulheres em honestas e não honestas ou desonestas - reflete apenas uma compreensão equivocada da realidade social, nostálgica de um tempo em que a mulher devia, para merecer respeito, portar-se e comportar-se segundo os padrões moralistas que a escravizavam, tornando-a mero objeto de satisfação dos prazeres sexuais do homem, receptáculo ou depósito de espermatozóides, matriz reprodutora e serviçal da família.
> Conquanto toda mulher seja honesta, essa expressão contida na norma é absolutamente desnecessária e, por isso, não deve ser considerada no momento de sua aplicação no caso concreto.
> O elemento normativo honesta, portanto, não faz mais, se é que algum tempo fez, qualquer sentido no interior do tipo, cabendo ao legislador bani-lo do ordenamento jurídico. A proteção penal da liberdade sexual da pessoa humana, igualmente, dispensa a construção típica comentada, dada a própria escassez de sua verificação no dia-a-dia em que, cada vez mais, é muito difícil sua ocorrência.

Observa-se que, da mesma maneira que se declaram inconstitucionais ou não recepcionados certos tipos legais e termos normativos (mulher honesta/pederastia), deve-se avançar, também, no entendimento da norma diante das evoluções tecnológicas, sob pena de as leis se tornarem totalmente defasadas, haja vista que, como dito, muitas vezes as alterações legislativas não acompanham, na velocidade necessária, a modernização da tecnologia e das relações sociais.

Importante frisar que a realização da interpretação evolutiva da norma pelo operador do direito possui como finalidade a busca pelo fim social da lei, assim como sua adequação à atual realidade social.

Dessa forma, ela não importa em interpretação *in malam partem,* pois não se está realizando qualquer analogia com outra lei, mas, sim, uma análise da própria norma, buscando seu espírito e a melhor maneira para que sua aplicação resguarde a ordem jurídica e respeite as vontades e realidades estabelecidas na sociedade.

Confome bem estabelece Nucci (2017, p. 231), com a interpretação normativa deve se buscar verificar qual a finalidade da norma, dentro do momento histórico vivido pela sociedade. Sob o aspecto evolutivo, trata-se do método de interpretação que, diante de certo termo de significado extremamente subjetivo e atrelado a uma determinada época, pode ser analisado de maneira diversa, conforme os anos passam. Desse modo, a lei permanece a mesma, mas determinado termo que lhe é ínsito ganha novos parâmetros, ou seja, evolui.

Trata-se de modelo de interpretação extensiva da norma e, dessa maneira, em especial no direito penal, deve ser feita tão somente com a finalidade de acompanhar os avanços sociais, preservando-se o espírito da lei e evitando que a norma se torne obsoleta. Sobre essa temática, inclusive, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em julgamento considerado paradigma, explicitando o seguinte entendimento:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTE-

> RIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.
> 466/2007**. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCIPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.** PRECEDENTE. 1. Pratica infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. **2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na *mens legis***. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso. (RHC 106.481, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 3-3-2011.) (Grifos nossos).

É conveniente destacar, entretanto, que a realização da interpretação extensiva da norma deve ser realizada de maneira parcimoniosa, sem que sua amplitude crie um novo tipo penal.

Como exemplo de dispositivo penal militar que merece ser interpretado com um viés progressista, temos, ainda, o art. 337 do CPM, que dispõe sobre a subtração ou inutilização de livro, processo ou documento, e assim estabelece:

> Art. 337. Subtrair ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou qualquer documento, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:
>
> Pena - reclusão, de dois a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Analisando os elementos do tipo do referido dispositivo, tem-se que o sujeito ativo do delito em comento pode ser qualquer pessoa, sendo o sujeito passivo o Estado, na figura da Administração Militar.

O elemento subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente de subtrair o documento, não havendo previsão de sua forma culposa. O núcleo da conduta de "subtrair" refere-se, em suma, em se apropriar de maneira indevida, e o delito se consuma no momento em que o autor assume a posse do documento, agindo de maneira furtiva.

Aqui se deve perquirir: em que consiste o termo "documento"?

Não há dúvidas de que **documento** é toda e qualquer informação registrada em um suporte e, para estar resguardada por essa regra legal, é necessário que sua guarda ou custódia seja da própria organização militar. Contudo, hodiernamente, a maior parte dos documentos não consiste em registro físico, mas, sim, eletrônico, mantido em ambiente virtual, e sob esse aspecto é que se indica a necessidade de proceder a uma interpretação evolutiva da referida norma, sob pena de que ela fique totalmente obsoleta.

Uma vez mais, ressalta-se que o atual Código Penal Militar foi editado em 1969, época em que, obviamente, não existia a tecnologia que se tem hoje. Não se falava em documentos oficiais por meio de arquivos eletrônicos, sendo que os registros eram feitos em papel.

Claramente a intenção do legislador, à época da edição do Código Penal Militar, foi de resguardar à Administração Militar a posse **exclusiva** dos documentos e livros a que se refere o art. 337 do CPM. Não se trata de registros de acesso público, e não podem, assim, ser apropriados por outra pessoa. Podem ser consultados por quem tenha autorização, mas não se permite que sejam passados à esfera de disponibilidade de terceiros, pois estão sob a custódia, tão somente, da Administração Militar, e pertencem ao Estado Brasileiro.

Nesse sentido, o termo "subtrair" também deve ser entendido de maneira mais abrangente, para que a norma possa continuar atingindo sua função social e protegendo o bem jurídico tutelado. Se a evolução tecnológica permite que os documentos (eletrônicos) exclusivos da Força possam ser apropriados indevidamente por terceiros, sem que saiam da esfera de disponibilidade da vítima, entendemos que a interpretação do núcleo do elemento normativo (subtrair) também deva ser ampliada.

Repita-se, o objetivo da norma, quando de sua elaboração, não era apenas manter o bem tutelado sob disponibilidade da Administração Militar, mas sim mantê- lo sob sua disponibilidade exclusiva, devendo ser reprimida qualquer conduta que permita passá-lo à esfera de disponibilidade de outrem.

Esse foi o entedimento recente do Superior Tribunal Militar, em Acórdão de minha relatoria:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE DO JULGADO. MPM. LEGITIMIDADE DO MPM PARA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 337 DO CPM. SUBTRAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE DADOS ELETRÔNICOS. **INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA NORMA. ADEQUAÇÃO À REALIDADE SOCIAL E TECNOLÓGICA**. 1. O Ministério Público Militar é parte legítima para opor Embargos Infringentes *pro societate*, tendo o art. 538 do CPPM consagrado a paridade de armas quanto à oposição desse Recurso.
> 2. Reconhece-se a tipicidade legal do art. 337 do CPM mesmo na conduta de subtração de dados eletrônicos, que devem ser equiparados à elementar normativa "documentos". **3. Considerando que a maior parte dos documentos da Administração Militar é armazenada de forma eletrônica, é necessário que se proceda a uma interpretação evolutiva da norma penal prevista no art. 337 do CPM, com o fim de adequá-la à realidade social e tecnológica, sob pena de que ela se torne obsoleta.** Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (STM – Embargos infringentes e de Nulidade nº 7000688-49.2020.7.00.0000 – Relator para Acórdão: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA - Relator: Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO – Julgado em 27/04/21 – Publicado em 21/06/21). (Grifos nossos.)

Destaca-se, ainda, que o Código Penal Militar possui outros dispositivos com a expressão "documento", os quais, em nosso entender, demandariam a mesma interpretação, a exemplo dos arts. 145, 228, 316 e 321, casos que exigem do magistrado um olhar crítico para a norma, para que ela possa manter sua aplicabilidade, e que a conduta praticada em ambiente virtual ou eletrônico, da mesma forma gravosa, não fique sem uma reprimenda devida.

6. CONCLUSÃO

É com essa visão de adequação à atualidade, em atenção aos avanços sociais e científicos, que se acredita que o julgador deve interpretar e aplicar a norma. O entendimento das leis, em especial das leis penais, não pode estar dissociado da evolução da sociedade, em seus costumes, hábitos e interações tecnológicas.

Óbvio que a função do intérprete deve estar direcionada por critérios técnicos, constitucionais e principiológicos, sempre pautada pela limitação da Reserva Legal. Contudo, um Magistrado que se feche a apenas aplicar a letra fria da lei pode estar fadado a fazer uma prestação jurisdicional dissociada da realidade social, correndo o risco de aplicar uma norma obsoleta, ou de não punir uma conduta reprovável pelo preciosismo de entender que a situação concreta não está abrangida por determinada palavra.

Frise-se, não se pretende defender uma ampliação desmotivada do regramento penal, e muito menos atuar em prejuízo ao réu. O que se propõe é que o operador do direito tenha, de fato, um olhar técnico, mas que esteja voltado aos anseios e valores sociais atuais e às ferramentas tecnológicas atingidas pela modernidade das civilizações.

É primordial que ele, como representante do Estado, busque se aperfeiçoar e aperfeiçoar a Justiça que oferece ao jurisdicionado, sem que permaneça na inércia de esperar, indefinidamente, uma atualização legislativa para decidir sobre situações corriqueiras da vida do indivíduo.

O Estado Democrático de Direito é ditado por um ordenamento que deve conter os anseios sociais, que precisa representar a estrutura e formação da civilização atual. São as leis que devem se adequar à modernidade da sociedade, e não a sociedade que deve ficar engessada dentro de leis ultrapassadas.

Aqui reside a suma importância de o Poder Judiciário interpretar a norma a partir de um viés evolutivo, progressista, para que permaneça promovendo aperfeiçoamentos jurídicos indispensáveis ao reconhecimento dos valores da sociedade atual, sem limitar sua atuação a uma letra de lei distante da realidade social e do indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **O órgão jurisdicional e a sua função**. São Paulo. Malheiros, 1997.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela redação da Lei nº 12.376, de 2010. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 out 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. São Paulo: Atlas, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Gazeta Jurídica Editora e Livratia Ltda ME, 1ª Ed. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 29ª ed. rev. e atual. - São Paulo: RT, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TELES, Ney de Moura. **Direito penal vol. III**. São Paulo: Atlas, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 1**, 2012.

A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NA MARINHA DO BRASIL

Alte Esq Celso Luiz Nazareth
Ministro do Superior Tribunal Militar

A Constituição da República Federativa Brasil de 1988 (CRFB/1988), mantendo a tradição histórica das Cartas Políticas anteriores, adotou "**o critério objetivo ou *ratione legis* para definição das hipóteses de crime militar**",[71] cabendo ao Legislador ordinário a escolha das hipóteses de crimes sujeitas à Jurisdição da Justiça Militar da União (JMU), independentemente de o(s) autor(es) e partícipe(s) desses delitos serem civis ou militares.

Assim o art. 124 da CRFB/1988, expressamente, consigna que "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei", sendo esses previstos tanto na parte especial do Código Penal Militar (CPM), quanto no Código Penal Comum (CP) e em leis penais extravagantes, quando se enquadrem nas condições do art. 9º, *caput*, incisos, alíneas do CPM, com a nova redação dada pela Lei nº 13.491/2017, verdadeiras normas de adequação típica de subordinação mediata de tipificação de crime militar.

Doutra feita, em relação à Justiça Militar Estadual (JME), a CRFB/1988 limitou sua Jurisdição ao processamento e ao julgamento dos militares estaduais (Policiais e Bombeiros Militares), adotando-se o critério *ratione personae*, nos termos do § 4º do art. 125 da CRFB/1988.

Ressalta-se que houve uma considerável expansão da competência da JMU, após o advento da referida Lei, uma vez que, até então, crimes militares eram aqueles previstos apenas na parte especial do CPM. Atualmente, crimes não previstos no CPM, como por exemplo: assédio sexual; organização criminosa; crimes cibernéticos; crimes contra o meio ambiente e crimes em licitações e contratos administrativos, dentre outros, quando praticados nas condições do art. 9º, incisos II, III e alíneas do CPM, estão sujeitos à Jurisdição da JMU.

A JMU é a mais antiga do Brasil, criada em abril de 1808, e, desde a Constituição de 1934, integra o Poder Judiciário,[72] encontrando previsão constitucional nos art. 92, *caput*, inciso VI; art. 122, *caput*, incisos I e II; art. 123, *caput*, parágrafo único, e incisos I e II; e art. 124 da CRFB/1988.

A organização e a competência da JMU estão previstas na Lei nº 8.457/1992, que experimentou substancial alteração com o advento da Lei nº 13.774/2018, ao estabelecer nova competência monocrática ao Juiz Federal da Justiça Militar, anteriormente, denominado de Juiz-Auditor, para processar e julgar civis, nos casos previstos no art. 30, inciso I-B, Lei nº 8.457/1992, e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

---

[71] CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. Resumo de Direito Processual Penal Militar. Leme, SP: JH Mizuno, 2020, p.83.

[72] RABELO NETO, Luiz Octavio. Competência da Justiça Militar da União para Julgamento de Civis: Compatibilidade Constitucional e com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar, Brasília, v.25, n.2, p. 53-137, 1º sem. 2016.

As recentes alterações legislativas, supramencionadas, refletem a necessidade de o Estado responder ao incremento da criminalidade, não somente sob uma perspectiva quantitativa, mas também em razão de sua complexidade. Tal realidade impõe aos órgãos judiciários e de persecução e investigação criminal um constante aperfeiçoamento, de modo a corresponder às expectativas da sociedade no enfrentamento do fenômeno criminal.

Soma-se a isso o fato da participação cada vez mais frequente das Forças Armadas (FFAA) em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), seja por ocasião dos Grandes Eventos realizados no Brasil, como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, ou para atender às demandas de Segurança Pública dos Estados Membros, nos termos preconizados pela Lei Complementar nº 97/1999.

Nesse contexto, convém mencionar que as FFAA não dispõem de órgãos de Polícia Judiciária, nos mesmos moldes da Polícia Federal e das Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal. Estes, por sua vez, se encontram, permanentemente, organizados e integram, constitucionalmente, a Segurança Pública, sendo responsáveis pela apuração de crimes, excetos os militares, nos termos do art. 144 da CRFB/1988.

Tal situação deve-se a própria natureza das FFAA, suas estruturas organizacionais, atribuições constitucionais e bases estruturantes, rígidas, de hierarquia e disciplina. Razão pela qual o Código de Processo Penal Militar (CPPM), por força do seu art. 7º, reservou aos Comandantes, Chefes e Diretores de suas Organizações Militares o exercício de atribuição de Polícia Judiciária Militar (PJM), para apurarem a autoria e a materialidade de crime militar ocorrido em áreas sujeitas ao seu respectivo comando ou direção.

Os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica exercem a atribuição de PJM "em todo o território nacional e fora dele, em relação às Forças, órgãos, efetivos e militares, pertencentes aos seus respectivos comandos."[73]

Em regra geral, o exercício dessa atribuição se faz por meio de delegação das autoridades listadas no art. 7º do CPPM, sempre respeitando a ordem de precedência hierárquica dos investigados, preferencialmente, a Oficiais da ativa, em conformidade com o § 5º do referido artigo.

Ressalto, todavia, que, a despeito de entendimentos em contrário, considero possível a delegação da atribuição de PJM para Oficiais da Reserva Remunerada que estejam, formalmente, desempenhando a prestação de Tarefa por Tempo Certo (TTC), uma vez que eles, a teor do art. 12 do CPM, são considerados como militares da ativa, para fins de aplicação da lei penal militar.[74]

Tal interpretação atende à necessidade de compatibilizar a eficiência, a necessidade e a efetividade da investigação policial militar com os recursos humanos disponíveis nas FFAA, uma vez que os Oficiais TTC fazem parte da força de trabalho das Instituições Militares, contando com experiência profissional e expertise que não se mostram razoáveis de serem desprezadas.

Para que seja possível mensurar a importância dessa força de trabalho, nos últimos 5 (cinco) anos, foram instaurados 963[75] (novecentos e sessenta e três) Inquéritos Policiais

[73] CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. Op. Cit., p.40.

[74] Op. Cit., p.41

[75] Informações obtidas junto ao Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha.

Militares (IPM), com o propósito de apurar fraudes previdenciárias (art. 251 do CPM) no âmbito do Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha (SVPM). Tais IPM foram conduzidos por Oficiais TTC, importando em inegável benefício para a preservação do Erário e dos valores éticos de hierarquia e disciplina, tão caros à Marinha do Brasil (MB).

Os IPM e demais procedimentos investigatórios, no âmbito das FFAA, são instaurados pelos Titulares das Organizações Militares (OM) e, consequentemente, detentores do poder-dever de PJM, nos termos do art. 7º do CPPM. Os Relatórios, soluções e conclusões de todos esses procedimentos são, necessariamente, homologados ou ratificados por essas autoridades de PJM.

A MB, sensível à necessidade de oferecer melhor resposta ao tratamento do fenômeno criminal, no que tange à preservação da disciplina, da hierarquia e dos bens e interesses que lhes são afetos, criou e vem desenvolvendo uma estrutura de Serviços de Polícia Judiciária Militar (S-PJM), desde 2005. Tal estrutura tem o propósito de reduzir a dependência em relação aos órgãos de investigação externos e disponibilizar aos Titulares do poder-dever de PJM da Força, um assessoramento técnico-jurídico adequado ao pleno exercício de suas atribuições legais, especialmente aquelas previstas no art. 8º do CPPM.

Nesse sentido, considero importante apresentar, ainda que de forma não muito aprofundada, o S-PJM da MB.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIAÇÃO DOS SERVIÇOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (S-PJM)

Em 2006, atendendo à determinação do Comandante da Marinha, o Estado- Maior da Armada (EMA) concluiu um Estudo para a implantação de Núcleos de Polícia Judiciária Militar (N-PJM), no âmbito da Força, objetivando reduzir a dependência da MB em relação aos órgãos externos de investigação, e tornar mais eficientes os procedimentos para a apuração de autoria e materialidade de crimes militares.

A referida implantação foi empreendida dentro de uma moldura temporal, incialmente, de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, envolvendo o planejamento, a coordenação, a seleção, a qualificação, a distribuição e disponibilização de recursos humanos e materiais, a execução de Projeto Piloto e a consolidação dos N-PJM em todos os Distritos Navais.

Ato contínuo, o Projeto Piloto dos N-PJM foi implementado no Comando do 1º Distrito Naval, sediado na cidade do Rio de Janeiro, tendo em vista o grande número de OM da MB na área de circunscrição daquele Comando Distrital.

As dificuldades enfrentadas, as experiências e os conhecimentos adquiridos com a implantação, desenvolvimento e consolidação do N-PJM no Comando do 1ºDN foram fundamentais para a MB aferir os benefícios da atuação do referido N-PJM, para o eficiente desempenho das atividades de PJM e a importância de implementar tal sistemática nos demais Distritos.

Durante o processo de implantação e desenvolvimento dos N-PJM, foi verificada, no âmbito da Força, a existência de algumas OM com potencial para realizar perícias em diversas áreas, a saber: exames em sistemas de informação digital; exames em armas e munições

e balística; exames de necropapiloscopia e papiloscopia; perícias médico-legais, psiquiatria forense e necropsias médico-legais; exame em odontologia legal, inclusive para identificação cadavérica; exame de toxicologia forense, especificamente análises químicas para constatação de substâncias entorpecentes e alcoolemia; perícias em instalações e avaliação imobiliária; perícias para investigação de acidentes com operações de aeronaves; perícias contábeis, financeiras e patrimoniais; perícias documentais, dentre outras.

Da mesma forma, foram selecionados Oficiais e Praças, com formação acadêmica e técnica compatível aos serviços previstos, bem como se investiu na capacitação e no aperfeiçoamento profissional desses militares, com o propósito de formar pessoal qualificado e apto ao guarnecimento dos N-PJM.

Assim, foram estabelecidas parcerias com diversas Instituições, como a Polícia Federal, as Polícias Civis e Militares Estaduais, Batalhões de Polícia do Exército, Universidades, dentre outras. Até os dias atuais, esta cooperação é mantida e fomentada por meio da realização de palestras, cursos e estágios para os integrantes dos N-PJM, dentre os quais destaco:

Curso Especial de Perito Criminal Militar[76] – Realizado no Comando do 1º Distrito Naval, é destinado a preparar militares para o exercício de funções técnicas de perito criminal militar, com o propósito de otimizar e tornar mais eficiente os procedimentos de apuração de crimes militares em todos os Comandos Distritais.

O referido curso, com duração de 24 (vinte e quatro) semanas, conta com as seguintes disciplinas básicas: fotografia forense; noções de direito e criminologia; datiloscopia e impressões digitais; características físicas e morfológicas; documentoscopia; balística forense; medicina legal; local de incêndio e explosão; dinâmica dos acidentes de trânsito; análise preliminar de entorpecentes; análise de conteúdo audiovisual; reprodução simulada; local de crime e investigação criminal; e estágio aplicado, totalizando 960 (novecentas e sessenta) horas.

Estágio de Qualificação em Investigação Criminal para Oficiais[77] – Destinado ao desenvolvimento de habilidades, atitudes e conhecimentos básicos e adequados às atividades de investigação criminal, necessários aos "Oficiais designados como Encarregados de Procedimento para o êxito na elucidação de ocorrências anômalas de natureza criminal de interesse da Administração Naval".

Realizado pelos Comandos de Distritos Navais, o referido Estágio conta com as seguintes disciplinas básicas: conceitos iniciais acerca da Polícia Judiciária; Princípios Constitucionais na Investigação Criminal; Auto de Prisão em Flagrante; Inquérito Policial Militar; Potencialidades de Perícias executadas pelos S-PJM Distritais; e testes de conhecimento, totalizando 14 (quatorze) horas.

Estágio Básico de Carceragem[78] - Realizado pelos Comandos de Distritos Navais, é destinado a "desenvolver nos Oficiais e Praças atitudes inerentes ao exercício da atividade de carceragem nas Organizações Militares detentoras desse tipo de compartimento", qualificando esses militares para as tarefas afetas à custódia de presos.

---

[76] Portaria Nº 30/DGPM, de 30 de março de 2017. Cria o Curso Especial de Perito Criminal Militar (C-Esp-PCM).

[77] COMOPNAVINST Nº 12-01, de 21 de fevereiro de 2020. Cria o Estágio de Qualificação em Investigação Criminal para Oficiais na área de jurisdição dos Comandos dos Distritos Navais (EstInvestCrim-OF).

[78] COMOPNAVINST Nº 12-03, de 30 de março de 2020. Estágio Básico de Carceragem (E-B-Carc).

O referido Estágio conta com as seguintes disciplinas básicas: Justiça e Disciplina Carcerária; Serviço de Custódia de Presos; Recebimento e Libertação de Presos; Humanização no Sistema Carcerário; Atividades Laborativas com os Internos; atividades extraclasses; e testes de conhecimentos, totalizando 35 (trinta e cinco) horas.

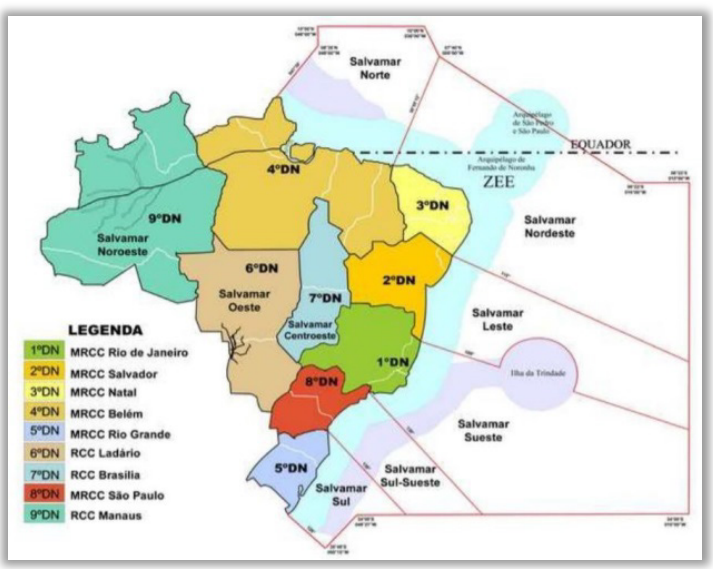
Além desses Cursos e Estágios, são realizados treinamentos, palestras, encontros e intercâmbios, objetivando a permanente qualificação dos efetivos dos S- PJM. Cita-se, como exemplo, o Evento ocorrido entre o Escritório de Segurança das Forças Armadas dos EUA - Naval Criminal Investigative Service (NCIS) e representantes das FFAA brasileiras, no período de 30/08 a 03/09 do corrente ano, nas dependências da Escola de Guerra Naval (EGN).

No referido Evento, foram tratados vários temas de interesse da PJM, dentre os quais merecem menção: técnicas de coleta de evidências; métodos de perícia; armazenamento de evidências; fotografia de cena de crime; gerenciamento de cena de crime; uso de equipamento de perícia; fontes alternativas de iluminação; e coleta de prova de DNA, dentre outros.

Ademais dos esforços envidados pela MB para a qualificação dos efetivos dos S-PJM, foram investidos recursos para dotá-los de espaço, mobiliário e equipamentos adequados e compatíveis ao exercício de suas atribuições.

Em 2019, os N-PJM passaram a ser denominados de S-PJM, tendo em vista a consolidação e institucionalização desses Serviços em todos os Distritos Navais,[79] a saber: 1º DN - Rio de Janeiro; 2º DN - Salvador; 3º DN - Natal; 4º DN - Belém; 5º DN - Rio Grande; 6º DN - Ladário; 7º DN - Brasília; 8º DN - São Paulo; e 9º DN - Manaus.

MAPA DISTRITAL



MRCC – Maritime Rescue Coordination Center.
RCC – Rescue Coordination Center.

[79] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pela Encarregada do S-PJM do Com1ºDN - Capitão de Fragata (T) Glyda Santana Sousa, em 25/08/2021.

Atualmente, a estrutura, atuação e atribuições dos S-PJM encontram-se, formalmente, disciplinadas pela Portaria MB/MD nº 27, de 25/08/2021, do Comandante da Marinha (Normas para a Organização e o Funcionamento do Sistema de Assessoria Jurídica Consultiva da Marinha – SAJCM), pelas Normas Sobre Justiça e Disciplina na MB (DGPM-315) e pelas Normativas (NORDINAV) dos respectivos Distritos Navais.

Ressalta-se que existe uma permanente interação entre os integrantes dos S- PJM, mormente entre os seus Encarregados, para a troca de conhecimentos e experiências, colaborando para a padronização e o aperfeiçoamento da atual sistemática de atuação.

Considerando que o S-PJM do 1º DN foi implantado como paradigma para os demais S-PJM da MB, mostra-se oportuno conhecer um pouco de sua atual estrutura, desenvolvimento e atuação.

SERVIÇOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (S-PJM) DO 1º DN

Inicialmente, é importante destacar que a existência e a atuação dos S-PJM não implicam, absolutamente, a supressão das prerrogativas dos Titulares das OM. São eles os verdadeiros detentores, de fato e de direito, do poder-dever de PJM e responsáveis pela instauração e condução dos IPM e demais Procedimentos Investigatórios, especialmente aqueles previstos no art. 8º do CPPM, destinados a apurar a autoria e a materialidade de crimes militares, no âmbito de suas respectivas áreas de atuação.

Excepcionalmente, em casos de maior complexidade e/ou que envolvam exposição midiática, os Comandantes dos Distritos Navais podem assumir a responsabilidade pela instauração e/ou condução de investigações, na forma da alínea e do art. 7º do CPPM. De maneira similar, o Comandante da Marinha pode determinar a instauração de IPM e demais Procedimentos Investigatórios, nomeando, inclusive, seus Encarregados para conduzirem a apuração de crime militar, que tenha como indiciados ou envolvidos Oficiais-Generais, e que deva ser realizada sob sua tutela direta, na forma do art.7º, alínea a, do CPPM.

ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

O S-PJM do 1ºDN, atualmente, tem como Encarregada uma Oficial Bacharel em Direito. Assim como os demais S-PJM da MB, encontra-se vinculado à estrutura organizacional do respectivo Comando Distrital, subordinado administrativamente ao Chefe do Estado-Maior, contando com 3 (três) setores ou áreas de atuação: Setor de Orientação Jurídica; Setor de Investigação e Perícia; e Setor de Execução Penal.

O referido S-PJM funciona 24h, podendo ser acionado pelos: Titulares das OM; Oficiais de Serviço; Encarregados de Inquéritos Policiais Militares (IPM); APF (Auto de Prisão em Flagrante); IPD (Instrução Provisória de Deserção); e IPI (Instrução Provisória de Insubmissão).

A solicitação de apoio do S-PJM deverá ser efetivada pelo canal mais expedito possível, a fim de evitar prejuízo às atividades de PJM, inclusive por meio do telefone funcional do militar de serviço S-PJM. A seguinte estrutura será colocada, prontamente, à disposição do solicitante:

Setor de Orientação Jurídica - Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e 02 (duas) Praças. Este Setor é o responsável pela assessoria às autoridades de PJM, em relação à condução de Procedimentos de Investigação Criminal, e pelo apoio no atendimento de requisições judiciais em matéria correlata.

Setor de Investigação e Perícia - Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e uma equipe de 15 (quinze) Peritos Criminais Militares.

Este Setor é o responsável pela orientação sobre a preservação do local do crime; realização de perícias no local do crime; controle e coordenação com as OM cadastradas com capacidades para a realização de perícias, coordenação com os órgãos externos especializados para realização de perícias; emissão de laudos; e o controle do cadastro dos peritos militares da MB.

De 2019 a 2021, um total de 160 solicitações de Perícias foram atendidas pelo S-PJM do 1º DN, a saber:[80]

[80] Ibidem.

Estatísticas de Perícias/Acionamentos 2020
Pericias
Análise de Conteúdo 10
Balístico 3
Datiloscópico 1
Documentoscópico 10
Grafotécnico 13
Incêndio/Explosivo 5
Local de Crime 9
Merceológico 3
Reprodução Simulada 3
Total 57
0 10 20 30 40 50 60
Acionamentos
41
Acidente de Trânsito - 2
Acidente de Trabalho - 1
Arrombamento - 2
Autoeliminação - 1
Entorpecente - 11
Furto/Roubo - 13
Incêndio - 5
Local - 3
PAF - 3

Estatísticas de Perícias/Acionamentos 2021
Pericias
Acidente de Trânsito 2
Análise de Conteúdo 6
Balístico 1
Datiloscópico 7
Documentoscópico 5
Grafotécnico 10
Incêndio/Explosivo 1
Local de Crime 2
Local de Morte 2
Reprodução... 1
Total 37
0 5 10 15 20 25 30 35 40
Acionamentos
22
Apoio a Apreensão de Material - 2
Arrombamento - 1
Autoeliminação - 2
Entorpecente - 6
Furto/Roubo - 8
Incêndio - 1
Local - 2

Setor de Execução Penal - Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e 02 (duas) Praças.

Este Setor é o responsável pela supervisão da Execução Penal desenvolvida pelo Presídio da Marinha (PM); controle da situação dos presos; apoio na execução de mandados de busca e apreensão; escolta e prisão; apoio nas representações para promoção de prisão de indiciados e apoio na apresentação de militares e servidores civis requisitados pela Justiça.

O PM está localizado na Av. Amphilóquio Reis S/Nº, Ilha das Cobras, na cidade do Rio de Janeiro, tendo sido criado em 1966, visando ao acautelamento de presos, exclusivamente militares, à disposição das Justiças Militar e Comum, na forma do art. 62, *caput*, do CPM e art.73, alínea c, da Lei nº 6.880/1980.

Conforme já consignado, a Jurisdição da JMU, diferentemente da JME, se aplica também aos civis que incorram em prática de crime militar, os quais podem ser processados, julgados e, eventualmente, condenados a uma pena privativa de liberdade. Todavia, somente na hipótese de condenação por crime militar em tempo de guerra, em benefício da segurança nacional, poderá o civil cumprir a pena em Penitenciária Militar.

Tal registro se faz necessário para esclarecer que não há presos civis no PM. Somente militares da ativa, da reserva remunerada ou reformados cumprem pena ou são custodiados no PM. Ao perderem tal condição, são transferidos para o Sistema Penitenciário, ficando sujeitos ao Juízo da Vara de Execuções Penais.

De 2016 a 2020, um total de 635 presos passaram pelo PM. Atualmente, há 13 (presos) custodiados em suas dependências. Para melhor compreensão desses números e da rotatividade de entrada e saída de presos no PM, destaco o quadro abaixo:[81]

PRESOS DE JUSTIÇA 2016-2021						
ANOS	2016	2017	2018	2019	2020	2021
ENTRADA	138	132	107	131	92	35
SAÍDA	130	128	103	136	94	31

Enquanto custodiados no PM, os internos recebem o tratamento adequado e compatível com os padrões de disciplina e civilidade exigíveis pela Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP), sendo-lhes garantido o direito à assistência nos termos estabelecidos no art. 10 da LEP.

Nesse sentido, vale destacar a existência de uma série de iniciativas e programas, objetivando a ressocialização e a reintegração social dos internos, desenvolvidos pela Subseção de Assistências do PM, tais como: palestras, oficinas, terapias ocupacionais, programas

[81] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pelo Diretor do Presídio da Marinha – CF (FN) LA MARCA em 25/08/2021.

por remição da pena pela leitura, visitas sociais virtuais e a possibilidade de concessão do benefício de visita íntima do cônjuge ou companheiro, dentre outros.

Ademais, os militares que guarnecem o PM recebem treinamento e capacitação profissional adequados ao exercício das atividades que lhes são afetas, considerando as especificidades do trabalho em uma Unidade Carcerária e a necessidade de preservação da segurança desses profissionais e dos internos. Da mesma forma, valoriza-se a construção de uma cultura carcerária que prestigia a disciplina e não desconsidera a dignidade do preso, a humanização e a individualização da pena.

DELEGACIA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (DPJM)

Além das atividades ordinárias realizadas pelos S-PJM, a participação de tropas da MB em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), em cumprimento ao

§ 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, de forma cada vez mais recorrente, demandou a implementação de estudos, a fim de otimizar e tornar mais eficiente a atuação das atividades de PJM no terreno. Esta nova forma de operar tornou-se emblemática, especialmente, durante a realização dos Grandes Eventos, com destaque para a Copa do Mundo; e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos. Igualmente, as solicitações dos Estados no reforço à Segurança Pública exigiram intensa adaptação e preparação da PJM, com destaque para as Operações "São Francisco", "Varredura", "Capixaba" e "Carioca".

Para melhor atender a essa necessidade, o Comando de Operações Navais, por meio da COMOPNAVINST nº 10-05,[82] estabeleceu as situações que fundamentam a ativação de uma Delegacia de Polícia Judiciária Militar (DPJM), estrutura composta por Oficiais e Praças, devidamente selecionados, treinados e aptos para exercerem funções afetas às atividades de PJM, quando necessário o emprego de tropas da MB em operações de GLO.

A DPJM,[83] quando instalada, conta com a seguinte composição básica: 1 (um) Capitão de Mar e Guerra ou Capitão de Fragata, como Coordenador; 1 (um) Capitão de Corveta ou Capitão-Tenente, como Subcoordenador; 08 (oito) Oficiais Intermediários ou Subalternos, como Delegados; 04 (quatro) Oficiais Médicos Subalternos; e 08 (oito) Praças, como Escrivães.

A DPJM se constitui em importante instrumento colocado à disposição dos Comandantes das Operações de GLO, permitindo-lhes contar com assessoria técnica e jurídica especializada, na ponta da linha, onde existe a maior possibilidade de surgirem situações e intercorrências que justifiquem a atuação da Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

A DPJM está apta para realizar lavraturas de APF, assessorar os Comandantes dos Efetivos militares; lavrar Boletins de Ocorrências (BO); estabelecer tratativas e comunicações com as autoridades, órgãos e instituições policiais envolvidos nas Operações, dentre outras atividades pertinentes à atuação de Polícia Judiciária Militar e que possam auxiliar no cumprimento da missão confiada à MB.

---

[82] COMOPNAVINST Nº 12-05, de 06 de junho de 2017. Delegacia de Polícia Judiciária Militar.

[83] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pela Encarregada do S-PJM do Com1ºDN - Capitão de Fragata (T) Glyda Santana Sousa, em 25/08/2021.

A DPJM pode ser acionada a qualquer tempo, em qualquer parte do território nacional, por quando da atuação da Força Naval em Operações de GLO, razão pela qual a MB conta com efetivos treinados e prontos para o guarnecimento da DPJM, em caso de necessidade de instalação.

CONCLUSÕES

Ao longo da minha carreira, tive a oportunidade de ocupar Cargos que me permitiram acompanhar de perto as dificuldades e reais necessidades dos Titulares de OM no que se refere às atividades de investigação criminal, não só pela falta de apoio técnico-jurídico, como também pela dependência da MB em relação aos órgãos de investigação externos.

Também, pude presenciar o surgimento de novas e complexas demandas, relacionadas à participação da MB em Operações de GLO, as quais exigiram a criação de normas, estruturas e procedimentos de modo a cumprir as missões delegadas à Força, da forma mais adequada e eficiente possível.

Em tal contexto, insere-se a criação dos S-PJM, o qual de maneira sucinta procurei apresentar, com o propósito de lançar luz sobre temática que considero relevante tanto para as FFAA, quanto para a própria JMU.

Na minha breve, mas intensa, atuação como Magistrado, tenho observado a importância dos trabalhos afetos à PJM, cujos acertos e desafios, não poucas vezes, reverberam no âmbito do processo judicial, como por exemplo: a preservação ou não da cadeia de custódia; a realização de exames e perícias que não possam ser repetidos na fase processual; e o respeito às garantias constitucionais, por ocasião das lavraturas de Autos de Prisão em Flagrante Delito (APF).

Se é certo que o IPM e os demais procedimentos investigatórios não são indispensáveis ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Militar (MPM), também é correto afirmar que, ao serem bem executados, tais procedimentos tornam-se importantes para subsidiar o *Dominus Litis*.

Ademais, a existência de estruturas adequadas de apoio aos Titulares do poder- dever de PJM atende à necessidade de cumprimento da Lei, especialmente do CPPM e do CPM, bem como resguarda os primados da hierarquia e da disciplina, os quais sempre, e em quaisquer circunstâncias, são afetados quando, na hipótese de indícios de prática de crime militar, não ocorra uma apuração adequada.

Portanto, considero oportuno refletir sobre a possibilidade de participação, ainda mais ativa, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM), de modo a contribuir com a oferta, criação e realização de Cursos, Seminários e Encontros, objetivando desenvolver, ampliar, uniformizar conhecimentos e divulgar iniciativas, em prol do fortalecimento das atribuições da Polícia Judiciária Militar.

A MORTE FICTA DO OFICIAL:
A Pena de Perda do Posto e da Patente.

Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira
Ministro do Superior Tribunal Militar

Marcelo Henrique Pinheiro das Neves Henrique

1º Sgt Aer Rogério Fernandes Soares

I. Introdução

O Código Penal Militar tem como penas acessórias e efeitos da condenação impostos aos oficiais e às praças: a perda do posto e da patente, a indignidade para o oficialato e a exclusão das Forças Armadas, respectivamente, em seus incisos I, II e IV do art. 98. Isto se dá após sentença penal condenatória cuja pena privativa de liberdade seja superior a 02 anos, imposta pela jurisdição comum ou militar ou por decisão do Superior Tribunal Militar, nos processos oriundos dos Conselhos de Justificação ou nas Representações para Declaração de Indignidade, quando o oficial incorre em ato ou falta que ofende o pundonor, a ética e a moral militar, valores esses constantes de um rigoroso código de condutas previstas no Estatuto dos Militares e nos respectivos regulamentos disciplinares.

Nessas condições, o oficial de carreira ou a praça com estabilidade serão considerados civilmente mortos, uma espécie de morte ficta do militar das Forças Armadas, instituindo em favor de seus dependentes a pensão militar. Se para as praças, a exclusão das Forças Armadas pode decorrer de pena acessória, no caso dos oficiais, a perda do posto e da patente não se dá automaticamente com a sentença condenatória, pois o art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal, revogou o dispositivo penal citado e conferiu ao Superior Tribunal Militar atribuição exclusiva para declará-la.

A perda do posto e da patente se assemelha ao instituto de direito das sucessões da indignidade do herdeiro, que comete crime contra a pessoa que deixa a herança, pois é declarado indigno e considerado morto[84] para fins de sucessão deixando que seus descendentes herdem em seu lugar.

Neste artigo, inicialmente serão feitas algumas considerações históricas sobre o instituto das penas em geral e da perda do posto e da patente em particular.

Em seguida, aborda-se aspectos da natureza do processo de perda de posto e da patente para os oficiais e fatores ligados aos efeitos decorrentes de sua decretação. Finalmente, são feitas algumas considerações e reflexões sobre essa singular característica da carreira militar, à luz da atual condição da sociedade brasileira, sem, contudo, procurar esgotar um assunto tão complexo e importante.

---

[84] Decorre da interpretação do Art. 71 da Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), combinado com Art. 20 da Lei 3.765 de 04 de maio de 1960 (Dispõe sobre as Pensões Militares). Para herdeiros: Decorre dos artigos, 1814 a 1816 do Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

II. Fundamentos Históricos

A gênese das penas reflete a própria história da humanidade. Desde a Antiguidade, as penas tiveram como finalidade precípua regular a vida em sociedade. Assim, o homem utilizava meios cruéis e desumanos para regular a obediência, utilizando como principal instrumento a vingança que se dividia em vingança privada de sangue e vingança pública. A vingança privada consistia no direito do próprio homem fazer justiça, era de forma ilimitada e demasiadamente desproporcional, o que acarretava em guerras sangrentas entre as tribos. Com o passar da história, a vingança pública passa a constituir a forma regular e exclusiva do Estado, visto que os particulares entregaram o seu poder de punir, tentando refrear a violência desmedida e, acima de tudo, racionalizar os ímpetos naturais de vingança do ser humano. Nos ensinamentos de JOÃO BERNARDINO GONZAGA:

> A Justiça atuava sobre o corpo de alguém por quatro razões. Primeiro, com o recurso processual da tortura, que já referimos, destinada à apuração da verdade. Depois, havia o castigo corporal propriamente dito, como sanção única ou como providência punitiva acessória, preliminar à pena de morte. Por fim, existiram medidas corporais com finalidade, digamos, acautelatória. Na França, a questão, ou interrogatório com tormentos, chamava- se 'question préparatoire'; o suplício que antecedia a execução capital era a 'question préalable'. As duas medidas somente foram nesse país abolidas respectivamente em 1780 e em 1788. Os castigos físicos foram variadíssimos, dependendo da imaginação dos que os aplicavam. Muito se utilizaram, por toda parte, os açoites e as mutilações. Arrancavam-se os dentes ou os olhos do condenado; cegavam-no com ferro incandescente; cortavam-se pés ou pernas, mãos ou braços; esmagavam-se membros. Ou então a pena podia consistir na amputação das orelhas, do nariz, da língua ou dos lábios, superiores e inferiores. [...][85]

Tão logo, com o passar dos tempos e com o surgimento das sociedades politicamente organizadas, surge o Direito primitivo sistematizado, que legalizou a aplicação das penas, para proteger os interesses comuns. Com isso, nascem consolidações realizadas pelo monarca Hammurabi que deram origem ao Código de Hammurabi (1728-1688 a.C.), famosas pelo princípio de Talião, que em apertada síntese trazia a expressão *"Olho por olho, dente por dente",* pelo qual se aplicava ao faltoso o castigo proporcional ao dano que causou, considerado à época uma tentativa de humanização das sanções penais ao igualar a vítima ao infrator.

Com isso, inicialmente, as penas atacavam o corpo, a pena de talião, por exemplo, foi mitigada no iluminismo, uma vez que provocava grandes deformações na sociedade, tendo em vista a perda de membros, sentidos ou funções que ela causava. Logo, na Idade Média a pena passa a atacar a liberdade (prisão), o ócio (trabalhos forçados), o banimento (a moral social), posteriormente os bens (confisco) e muitas outras formas, como a morte civil.

Com o avançar da história, as penas alcançaram um núcleo de direitos fundamentais utilizados no exercício da vida em sociedade. Não mais maculavam o corpo e a liberdade, pois passaram a atingir a honra, a ética, a moral, os bons costumes, banindo indivíduo da vida em sociedade. Ao ser apenado com a morte civil, o cidadão perdia todos os direitos

[85] Bernardino Gonzaga, João. A Inquisição em seu Mundo, 4ª Edição, Editora Saraiva, pág 41.

civis e políticos, sendo considerado civilmente morto. A morte civil tinha o condão de fazer desaparecer funções públicas, direitos básicos, perda de bens e laços familiares como perda do pátrio-poder sobre os filhos e a dissolução do casamento, deixando a esposa como se viúva fosse. Abria, então, sucessão hereditária permitindo a partilha da herança aos seus dependentes. Nesse sentido, as lições de BECCARIA:

> A perda dos bens é uma pena maior que a do banimento. Deve, pois, haver casos em que, para proporcionar a pena ao crime, se confiscarão todos os bens do banido. Em outras circunstâncias, só será despojado de uma parte de sua fortuna; e, para certos delitos, o banimento não será acompanhado de nenhuma confiscação. O culpado poderá perder todos os seus bens, se a lei que pronuncia o banimento declara rompidos todos os laços que o ligavam à sociedade; porque desde então o cidadão está morto, resta somente o homem; e, perante a sociedade, a morte política de um cidadão deve ter as mesmas conseqüências que a morte natural. Segundo essa máxima, dir-se-á talvez que é evidente que os bens do culpado deveriam reverter para os herdeiros legítimos, e não para o príncipe [...][86]

A pena de perda do posto e da patente foi prevista já na Constituição de 1824, contudo tal previsão só ganhou plena eficácia após a entrada em vigor da Lei nº 5.300/67 de 29 de junho de 1967, posteriormente revogada pela Lei 5.836 de 05 de dezembro de 1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Conforme nota doutrinária do Ministro do Superior Tribunal Militar PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ:

> Desde a Constituição do país de 1824, o legislador conferiu status constitucional ao capítulo dos postos e patentes militares. Estudiosos do Direito relatam que a garantia foi inspirada na vitaliciedade dos magistrados. Assim, em dias atuais, o posto e a patente dos militares são garantidos por norma insculpida na Carta Magna, que impõe, para sua perda, o processo e julgamento por tribunal militar permanente em tempo de paz, ou tribunal especial em tempo de guerra. Essa competência judicial foi atribuída ao Superior Tribunal Militar. O processo de retirada do posto e cancelamento da patente é previsto através do Conselho de Justificação e da Representação para a Declaração de Indignidade para o Oficialato. Primeiramente, aborda-se o Processo do Conselho de Justificação. Destina-se a julgar da incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa – art. 1º, Lei nº 5.836/72. Ao mesmo tempo, propõe-se a permitir que o oficial possa se justificar. Pode ser instaurado "ex-officio" ou a pedido do interessado. É cabível, também, para o militar da reserva remunerada e reformado[...][87]

No ordenamento jurídico atual, as prerrogativas do posto e da patente foram preservadas desde a Constituição de 1969, como espécie de vitaliciedade conferida aos oficiais das Forças Armadas em prol da organização, defesa e soberania do País. Nesse sentido, confere a antiga redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:

> Art. 93. As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em tôda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados.

---

[86] Beccaria, Cesare – Dos Delitos e das Penas, Cap. XVII, Do Banimento e das Confiscações, pág 37, E-book, Ed Ridendo Castigat Mores.

[87] Queiroz, Péricles Aurélio Lima de – Ministro Corregedor do Superior Tribunal Militar. O conselho de Justificação no Direito Militar Brasileiro, http://www.amajme-sc.com.br/livro/8-Pericles-Aurelio-Lima-de-Queiroz.pdf. Acesso em 18 OUT 2021.

> § 1º Os títulos, postos e uniformes militares são privativos dos militares da ativa, da reserva ou reformados. Os uniformes serão usados na forma que a lei determinar.
> § 2º O oficial das Fôrças Armadas só perderá o pôsto e a patente se fôr declarado indigno do oficialato ou com êle incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.
> § 3º O militar condenado por tribunal civil ou militar a pena restritiva da liberdade individual superior a dois anos, por sentença condenatória passada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior.[88]

III. Perda do Posto e da Patente para os Oficiais

No ordenamento jurídico brasileiro, a perda do Posto e da Patente está disciplinada em vários diplomas legais, inicialmente pela Carta da República de 1988, que estabelece condições para que tal hipótese ocorra.

> 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.[89]
> [...]
> I – As patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)
> [...]
> *VI* – O oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)
> *VII* – O oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

O texto atual da Carta Magna deixa claro que o oficial, em tempo de paz, só perderá o posto e a patente se for julgado indigno para o oficialato ou com ele incompatível, por

---

[88] 5 Art. 93 – Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969- Edita o Novo Texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 18 OUT 2021.

[89] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 OUT 21.

decisão de tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz: no caso, o Superior Tribunal Militar (art. 122, I, combinado com o Art. 142, VI, CF/88).

Na legislação extravagante, a primeira hipótese legal para disciplinar a Perda do Posto e Patente está na Lei 5.836/72 que cria o Conselho de Justificação, que tem por objetivo declarar a perda do posto e da patente dos oficiais. Uma espécie de tribunal de honra, de natureza moral e ética, com intuito de analisar fatos que possam refletir negativamente na conduta dos oficiais das forças armadas.

> Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas:
>
> I – acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:
>
> a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;
>
> b) tido conduta irregular; ou
>
> c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;
>
> II – considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;
>
> III – afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;
>
> IV – condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou
>
> V – pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.
>
> [...][90]

Com a leitura dos dispositivos acima elencados, é possível observar as características administrativas do Conselho de Justificação. A natureza do processo do Conselho de Justificação é o centro das controvérsias sobre o tema, pois, se o procedimento for de natureza administrativa, não é possível a interposição de recursos, porém, se for de natureza judicial, há a possibilidade de se interpor recurso extraordinário para o STF, sob o fundamento constitucional da garantia do posto e da patente nos termos do Art. 142, § 3º, inciso I, da Constituição de 1988. Como nos ensina o Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, em razão da natureza administrativa atribuída ao Conselho de Justificação, o STM é a última instância para tal pronunciamento:

> "Da decisão do STM nenhum recurso é cabível, exceto os embargos declaratórios. A execução do acórdão compete ao Comando militar da

[90] Lei 5.836/72 – Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970- 1979/L5836.htm> Acesso em 20 OUT 21.

> Força do justificante e Poder Executivo. Discussão interminável no meio judiciário diz respeito à natureza do processo do Conselho de Justificação. Tanto o STM quanto o Supremo Tribunal Federal o compreendem como de natureza administrativa, embora de rito judicialiforme. Essa posição jurídica não é unânime, mas predomina na atualidade. Há uma corrente de profissionais do direito que considera esse feito como "processo judicial de natureza civil."[91]

No Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69), a perda do posto e da patente é disciplinada como pena acessória. Todavia, conforme frisado, tais dispositivos não foram recepcionados pela Constituição vigente, embora alguns operadores os considerem de forma equivocada.

Como é possível observar, o regramento castrense é rigoroso, pois o militar fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato quando condenado por qualquer crime, em tempo de paz, cuja pena privativa de liberdade seja superior a 2 anos, ou, ainda, quando o fato penal refletir na conduta moral e ética do oficial, independente do *quantum* da apenação, conforme prevê o art. 2º, inciso VI, da Lei nº 5.836/1972.

É importante frisar que o Ministério Público Militar tem a função de fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de direito militar sob a égide dos princípios basilares da hierarquia e da disciplina, como base da organização das Forças Armadas. Cabe ao *parquet* das armas tutelar esses valores por meio da representação para a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato, ou ainda, para a perda de posto e da patente.

No Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei 1.002/69), a matéria é tratada apenas no que tange à obrigatoriedade de o Poder Judiciário comunicar a sentença condenatória transitada em julgado, cuja pena privativa de liberdade supere o período de dois anos, aos respectivos Comandos das Forças Armadas e ao órgão maior do Ministério Público Militar.

> Comunicação
> Art. 604. O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.[92]

No tocante à representação para declaração de indignidade para o oficialato, além da necessária comunicação da condenação aos órgãos da administração militar, o seu procedimento está disciplinado nos arts. 115 a 117 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições da lei referente ao Conselho de Justificação.

---

[91] Queiroz, Péricles Aurélio Lima de – Ministro Corregedor do Superior Tribunal Militar. O Conselho de Justificação no Direito Militar Brasileiro, http://www.amajme-sc.com.br/livro/8-Pericles-Aurelio-Lima-de-Queiroz.pdf. Acessado em 18 de outubro de 2021.

[92] Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002Compilado.htm> Acesso em 20 OUT 21.

IV. Morte Ficta do Oficial e a Pensão aos herdeiros.

A perda do posto e da patente produz efeitos de morte ficta aos oficiais das Forças Armadas e deve ser observada após a análise de um complexo rigoroso de normas de direito penal militar. O Estatuto dos Militares (Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980) dispõe em seus artigos 119 e 120 as regras que regulam os efeitos da pena de perda de posto e patente.

> Art. 119. O oficial que houver perdido o posto e a patente será demitido ex-officio **sem direito a qualquer remuneração** ou indenização e receberá a certidão de situação militar prevista na legislação que trata do serviço militar.
> Art. 120. Ficará sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o mesmo, o oficial que:
> I - for condenado, por tribunal civil ou militar, em sentença transitada em julgado, à pena restritiva de liberdade individual superior a 2 (dois) anos;
> II - for condenado, em sentença transitada em julgado, por crimes para os quais o Código Penal Militar comina essas penas acessórias e por crimes previstos na legislação especial concernente à segurança do Estado;
> III - incidir nos casos, previstos em lei específica, que motivam o julgamento por Conselho de Justificação e neste for considerado culpado; e
> IV - houver perdido a nacionalidade brasileira.[93]

Com isso, a decorrência da perda do posto e da patente é a demissão do oficial das fileiras das Forças Armadas sem direito a indenizações. Ao ser declarado indigno ou incompatível com o oficialato, por decisão do Superior Tribunal Militar, perde, obrigatoriamente, o posto e a patente, nos termos do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal. A essência da norma jurídica é extirpar do meio militar o oficial que age em descompasso com os preceitos militares da ética, da moral, dos valores de dignidade e do amor à Pátria, sentimentos indispensáveis para a carreira, e com isso garantir a preservação dos princípios da hierarquia e disciplina.

No entanto, mesmo após a declaração de perda do posto e da patente, o oficial deixa pensão aos seus dependentes legalmente reconhecidos. O comando legal, que prevê a demissão do oficial, sem direito a qualquer remuneração, não tem eficácia plena, pois os vencimentos do condenado e demitido do serviço público são transportados aos seus dependentes por meio de benefício social, uma espécie de pensão por morte.

> Da Pensão Militar[94]
>
> Art. 71. A pensão militar destina-se a amparar os beneficiários do militar falecido ou extraviado e será paga conforme o disposto em legislação específica.

---

[93] Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm> Acesso em 20 OUT 21. Grifo nosso.

[94] Lei nº 6880, de 09 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm> Acesso em 20 OUT 21.

§ 1º Para fins de aplicação da legislação específica, será considerado como posto ou graduação do militar o correspondente ao soldo sobre o qual forem calculadas as suas contribuições.
§ 2º Todos os militares são contribuintes obrigatórios da pensão militar correspondente ao seu posto ou graduação, com as exceções previstas em legislação específica.
§ 2º-A. As pensões militares são custeadas com recursos provenientes da contribuição dos militares das Forças Armadas, de seus pensionistas e do Tesouro Nacional. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)
§ 3º Todo militar é obrigado a fazer sua declaração de beneficiários que, salvo prova em contrário, prevalecerá para a habilitação dos mesmos à pensão militar.
Art. 72. A pensão militar defere-se nas prioridades e condições estabelecidas em legislação específica.

Com isso, de acordo com o art. 20 da Lei de Pensões Militares (Lei nº 3.765/60 de 04 de maio de 1960), o Oficial que perde posto e patente deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente.

Art. 20. O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório da pensão militar, que perder posto e patente deixará aos seus beneficiários a pensão militar correspondente ao posto que possuía, com valor proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 2019)[95]

Parágrafo único. Nas mesmas condições referidas no **caput** deste artigo, a praça contribuinte da pensão militar com mais de 10 (dez) anos de serviço, expulsa ou não relacionada como reservista por efeito de sentença ou em decorrência de ato da autoridade competente, deixará aos seus beneficiários a pensão militar correspondente à graduação que possuía, com valor proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Lei nº 13.954, de 019).

Há, portanto, para os militares, a garantia de pensão deixada aos dependentes mesmo após condenação à perda do posto e da patente, ou seja, a demissão do serviço público. Este dispositivo entra em desarmonia no sistema quando retira a eficácia do art. 119 do Estatuto dos Militares (Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980), que prevê a pena de demissão ao oficial que perder posto e patente, sem direito a qualquer remuneração.

No entanto, há que se observar o caráter solidário e contributivo do regime previdenciário militar, no sentido de que as pensões são custeadas com recursos provenientes das contribuições dos militares, pensionistas e do Tesouro Nacional, conforme disposto no art. 71, § 2º-A do mencionado Estatuto.

V. Cassação de Aposentadoria do Servidor Público.

O Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, prevê, em seus arts. 127, inciso IV, e 134, a pena de cassação de aposentadoria ou da

[95] Lei 3.765, de 04 de maio de 1960 – Dispõe sobre as Pensões Militares. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http:// planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3765.htm > Acesso em 22 OUT 21.

disponibilidade do servidor inativo nos casos em que houver praticado, na atividade, falta punível com pena de demissão.

> Art. 127. São penalidades disciplinares: [96]
>
> I - advertência;
>
> II - suspensão;
>
> III - demissão;
>
> IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão;
>
> VI - destituição de função comissionada.
>
> Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

O direito é uma ciência dinâmica, que se amolda ao tempo da sociedade, portanto é indispensável analisarmos o instituto cassação de aposentadoria sob o prisma de duas correntes. A primeira corrente considera o referido instituto inconstitucional, por ser incompatível com regime previdenciário contributivo estabelecido na Constituição Federal de 1988. O inegável caráter contributivo da aposentadoria pode ser comparado a uma espécie de contrato de seguro, seria como se o servidor estivesse "comprando" uma apólice para sua aposentadoria. Assim, entende esta corrente que o servidor, nos tempos atuais, contribui com sua aposentadoria, diferentemente do que ocorria no passado, em que a integralidade dos vencimentos dos servidores inativos era um ônus suportado apenas pelo Estado.

Logo, se o servidor paga compulsoriamente a contribuição para evento futuro e certo, não pode ser impedido de usufruir desse benefício por ocorrência de demissão involuntária se preenchidos os requisitos para eventual aposentação, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. A aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula- se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para sua obtenção. Assim, o direito de não ter cassada a aposentadoria está ligado ao tempo e ao pagamento da contribuição durante os anos de exercício do cargo público.

Sustenta, ainda, essa corrente, que o benefício do trabalhador da iniciativa privada, que contribui para o regime geral de previdência, não é cassado nas hipóteses em que o segurado venha a cometer crime. Logo, o entendimento que se extrai em relação à cassação de aposentadoria em regime contributivo é o da incidência de enriquecimento sem causa pelo Estado, o que fere a moralidade administrativa.

Ademais, não faz sentido instituir contribuição obrigatória para o funcionalismo público e frustrar o benefício ao longo da vida laboral do servidor. A relação do benefício com a contribuição decorre de vários dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro, mas consta especificamente no texto constitucional, conforme se observa do dispositivo, ***in verbis***:

> Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante con-

---

[96] Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990 – Dispõe sobre Regime Jurídico dos Servidores Públicos civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em 22 OUT 21.

> tribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)[97]

Aduz que as regras estatutárias do funcionalismo público brasileiro não se adaptaram às reformas ocorridas no regime previdenciário estabelecido na Constituição Federal, que continuam a prever a pena de cassação de aposentadoria em descompasso com o regime previdenciário contributivo.

Finalmente, sustenta a primeira corrente que a proteção da aposentadoria não impede que o servidor responda na esfera penal e na lei de improbidade administrativa, com penas de ressarcimento ao erário, ou reparação civil pelos prejuízos eventualmente causados ao tempo do exercício do cargo. No entanto, torna o benefício insuscetível de cassação e desvinculado do cargo na aposentadoria.

A segunda corrente tem se manifestado em prol da cassação da aposentadoria, como efetividade ao controle administrativo, principalmente na ação de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conforme entendimento do Excelso Pretório, na ADPF 418-DF, julgada em 15 de abril de 2020, tendo como Relator o Ministro ALEXANDRE DE MORAES, *in verbis*:

> "EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
> 1. As Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003 estabeleceram o caráter contributivo e o princípio da solidariedade para o financiamento do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Sistemática que demanda atuação colaborativa entre o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos e os pensionistas.
> 2. **A contribuição previdenciária paga pelo servidor público não é um direito representativo de uma relação sinalagmática entre a contribuição e eventual benefício previdenciário futuro**.
> 3. **A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos**. Precedentes.
> 4. A perda do cargo público foi prevista no texto constitucional como uma sanção que integra o poder disciplinar da Administração. É medida extrema aplicável ao servidor que apresentar conduta contrária aos princípios básicos e deveres funcionais que fundamentam a atuação da Administração Pública.
> 5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria

[97] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 20 OUT 21.

em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade.
6. Arguição conhecida e julgada improcedente."[98]

Sob a égide dos princípios da vedação de proteção deficiente da probidade administrativa, no sentido de ter o Estado o dever de ofertar a máxima proteção nesse aspecto, a tese do sistema contributivo, com reflexos na devolução de contribuições pagas pelo servidor que venha a perder o cargo ou aposentadoria em decorrência de condenação penal em crimes contra a Administração Pública, permite a possibilidade de migração do regime próprio para o Regime Geral de Previdência Social, nos termos constitucionais, conforme jurisprudência firmada no STJ no MS 23608/DF, que consta no Informativo de Jurisprudência nº 666, de 27 de março de 2020.

"MS 23608 / DF MANDADO DE SEGURANÇA **2017/0147466-1 Relator(a)** Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO **Relator(a) p/ Acórdão** Ministro OG FERNANDES (1139) **Órgão Julgador** S1 - PRIMEIRA SEÇÃO **Data do Julgamento** 27/11/2019 **Data da Publicação/Fonte** DJe 05/03/2020[99]

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FRAUDE A LICITAÇÕES. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. CONDUTA CAPITULADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DOS FATOS APURADOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ E STF. SEGURANÇA DENEGADA.
1. A impetrante foi condenada em PAD instaurado pela administração para apuração de fatos relacionados à transgressão dos arts. 10, caput, e inciso VIII, 11, caput, e incisos I e III da Lei n. 8.429/1992, e arts. 132, incisos IV e XIII, e 117, inciso IX da Lei n. 8.112/1990.
2. Aplica-se o prazo prescricional da lei penal no processo administrativo disciplinar quando a conduta imputada ao agente público também é capitulada como crime. No caso, sendo os atos atribuídos à servidora também capitulados como crime (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação - art. 90 da Lei n. 8.666/1993), inclusive objeto de ação penal, instaurada perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, o prazo a ser aplicado é o previsto na lei penal. Assim, considerando-se que o marco inicial da prescrição ocorreu em 24/3/2009, aplicando o prazo prescricional de 8 anos, a extinção da punibilidade pela prescrição, na esfera administrativa, ocorreria a partir de 31 de março de

[98] ADPF-418-DF http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código AE3D-37A7-FDB2-82E4 e senha BB50-A70A-3B4A-AF63 Acesso em 21 OUT 21.
[99] Informativo de Jurisprudência nº 666 STJ de 27 de março de 2020, pág 03, Primeira Secão, <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>, grifo nosso, Acesso em 23 OUT 21.

2017, data posterior a da aplicação da sanção.
3. A rediscussão dos fatos apurados no processo administrativo disciplinar, na linha do que defende a impetrante, é incompatível com a estreita via mandamental, pois depende de dilação probatória.
4. Quanto à aplicação da pena de cassação de aposentadoria, prevalece no STJ e no STF a tese de que a referida penalidade é compatível com o Texto Maior, a despeito do caráter contributivo conferido àquela, mormente porque **nada impede que, na seara própria, haja o acertamento de contas entre a administração e o servidor aposentado punido.** Assim, constatada a existência de infração disciplinar praticada enquanto o servidor estiver na ativa, o ato de aposentadoria não se transforma num salvo conduto para impedir o sancionamento do ilícito pela administração pública. Faz- se necessário observar o regramento contido na Lei n. 8.112/1990, aplicando-se a penalidade compatível com as infrações apuradas.
5. Segurança denegada."
(VOTO VOGAL) (ASSUSETE MAGALHÃES)
"[...] o mandado de segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do 'writ' [...]".
(CONSIDERAÇÕES) (ASSUSETE MAGALHÃES)
"[...] 'mesmo com a cassação da aposentadoria, o agravante não ficará desamparado, porquanto, a despeito de não lhe ser assegurado um suposto direito de resgate das contribuições previdenciárias pagas, a **Constituição prevê uma solução para o caso, consistente na possibilidade de contagem do tempo de contribuição no regime próprio para a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social** (art. 201, §9º)' [...]".
(**VOTO VENCIDO**) (NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)
"[...] no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um Servidor Público. Ao se aposentar, há vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, por meio da cassação de aposentadoria, em razão de mau serviço prestado".
[...] "Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivos relacionados a atos de serviço, mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço".
"[...] a Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979, Lei Orgânica da Magistratura, não prevê como pena para o magistrado que incorrer em falta funcional a cassação da aposentadoria".

O princípio da máxima efetividade da tutela repressiva da improbidade administrativa é hoje um parâmetro de forte valoração nos Tribunais Superiores com intuito de inibir efetivamente condutas que atentam contra a Administração Pública e o Patrimônio Público, protegendo a moralidade administrativa.

VI. A Cassação de Pensão Militar após a Perda do Posto e da Patente.

A possibilidade de cassação de pensão Militar decorrente da condenação criminal, nos termos tratados acima, é remota na legislação castrense. A interpretação extensiva para

os reflexos penais não tem sido acolhida pela jurisprudência, em face dos princípios da reserva legal e da legalidade estrita, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "**EMENTA**: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. EFEITO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NECESSIDADE.
> 1. Essa Corte tem o entendimento de que não é possível a cassação da aposentadoria de servidor público como efeito da condenação criminal, ainda que a sentença penal tenha mencionado a perda do cargo como efeito secundário, uma vez que os efeitos da condenação penal contidos no art. 92 do Código Penal são previstos em relação numerus clausus, não sendo permitida nenhuma interpretação extensiva. Precedentes.
> 2. **Apesar de não ser possível a cassação da aposentadoria de servidor público apenas como efeito da condenação criminal, a referida punição pode ser aplicada na esfera administrativa,** após regular processo administrativo disciplinar.
> 3. Hipótese em que a Administração efetivou a **cassação** da **aposentadoria** do servidor público em razão da condenação criminal, **o que é inviável**, nos moldes do entendimento desta Corte.
> 4. Agravo interno desprovido."
> (AgInt nos EDcl no RMS 54091/MS AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2017/0113884-4 Relator(a) Ministro GURGEL DE FARIA Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/04/2021 Data da Publicação/Fonte DJe 05/05/2021)

Importante destacar o Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.337.416/RJ, que traz reflexões sobre a natureza penal das condenações impostas aos militares proferidas pelo Superior Tribunal Militar, em relação às quais não cabe a análise dos efeitos civis.

> "EMENTA: REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE OU DE INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO (RDIIO). JULGAMENTO ÉTICO E MORAL AUTORIZADO E DETERMINADO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. INSTITUTO COMPATÍVEL COM A VITALICIEDADE DO OFICIAL DAS FORÇAS ARMADAS. PENSÃO MILITAR DECORRENTE DA PERDA DO POSTO. MATÉRIA DE NATUREZA CIVIL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). PENA PERPÉTUA. INEXISTÊNCIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO. DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL. ART. 28 DA LEI 6.880/80. ADEQUADO À MORALIDADE E À DISCIPLINA (ARTS. 37 E 142, AMBOS DA CF/88). RISTM. FUNDAMENTO DE VALIDADE EXTRAÍDO DO ART. 96, I, A, DA CF/88. PREVALÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRÁTICA DE TRÁFICO MAJORADO PELA UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. LUGAR DO CRIME. INTERESTADUAL. MENOSPREZO AOS VALORES MILITARES, AO DEVER, AO PUNDONOR E AO DECORO DA CLASSE. POSTO DE OFICIAL SUPERIOR UTILIZADO PARA ENCOBRIR O CRIME. DESCOMPASSO COM OS VALORES ÉTICOS E MORAIS. MILITAR DA RESERVA. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM AS FORÇAS ARMADAS. DEVER DE FIDELIDADE À PÁTRIA ATÉ COM O SACRIFÍCIO

DA PRÓPRIA VIDA. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. PERDA DE POSTO E DE PATENTE. DECISÃO UNÂNIME.[100]

1. A declaração de indignidade e de incompatibilidade para com o Oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, é julgamento ético e moral autorizado e determinado pelo próprio texto Constitucional, art. 142, § 3°, V e VI, da CF/ 88, estando harmônico, em contrapeso, com a garantia da vitaliciedade do Oficial das Forças Armadas.

2. A competência do STM está delimitada na CF/88, a qual não abarca analisar a validade da pensão militar recebida em decorrência da perda do posto e da patente, oriunda do instituto da morte civil, por tratar de matéria de natureza civil.

3. A pena de Perda do Posto e da Patente não possui caráter perpétuo, tampouco perfaz o seu efeito principal. Trata-se de complemento à Decisão proferida por outro órgão da Justiça, o qual, ante a garantia dos Oficiais das Forças Armadas e diante da competência originária do STM, não pode aplicar os reflexos secundários da sentença penal condenatória.
4. O art. 28 da Lei n° 6.880/80 exemplifica os preceitos éticos dos militares, estando perfeitamente recepcionado pela CF/88. A Norma Maior impõe, aos agentes do Estado, a obrigatoriedade e o dever de exercer as suas funções com impessoalidade, moralidade e conforme a legalidade, art. 37 da CF/1988. No que tange aos militares, o ordenamento exerce maior rigor, aduzindo o dever de respeitarem a hierarquia e a disciplina, princípios basilares das Forças Armadas - art. 142 da CF/1988.
5. A CF/88, ao prever a Representação de Indignidade e de Incompatibilidade para com o Oficialato, não esmiuçou o rito processual. O Estatuto dos Militares informa as causas de perda[...]"

VII. Considerações Finais.

O afastamento compulsório dos Quadros das Forças Armadas, motivado como pena acessória para as praças ou por decisão do Superior Tribunal Militar, quando se tratar de oficiais, traz relevantes indagações quanto a seus efeitos financeiros e previdenciários.

A manutenção da pensão deixada aos beneficiários, após a formalização do ato de demissão, pode não mais estar em harmonia com o sistema atual da máxima proteção da probidade administrativa.

É de se refletir que a argumentação previdenciária que hoje ainda justifica a declaração do instituto da morte ficta e a declaração dos beneficiários como sucessores "em vida" do instituidor, mais do que a lógica da contribuição do fundo da pensão, está ligada a um princípio maior de preservação das condições de suporte à família do condenado, cuja origem é do tempo em que o único provedor das condições de mantença das famílias era o militar. No entanto, a declaração da morte ficta nos parece hoje como um "prêmio" injusto para aqueles julgados indignos de permanecerem nas fileiras das Forças Armadas.

---

[100] RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.337.416 RIO DE JANEIRO, http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código DB9F-2CD1-DB46-0E83 e senha 8EE8-A409- F2E2-D037

Entendo que a solução adotada pelas cortes superiores talvez seja um bom direcionamento para essa reflexão, com o saque dos valores pagos como contribuição pelo afastado ou a sua absorção pelo sistema geral da previdência, que deve acolher a todos, os que contribuem e os que não aportam para o sistema previdenciário.

Cabe, em nosso entendimento, uma revisão legislativa que atualize essa visão, de forma a não premiar os "maus" sem, obviamente, imputar penas que impliquem em alguma "vingança" do estado.

Resta ao Poder Constituinte derivado definir os efeitos secundários decorrentes da perda do posto e da patente, com o estabelecimento de regra clara que proporcionará aos órgãos judiciais e administrativos maior segurança na imposição dos efeitos dessa decisão, a qual interfere sobremaneira na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDINO GONZAGA, João. **A Inquisição em seu Mundo**, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

BECCARIA, Cesare – **Dos Delitos e das Penas**, Cap. XVII, Do Banimento e das Confiscações, pág 37, E-book, Ed Ridendo Castigat Mores.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. **O conselho de Justificação no Direito Militar Brasileiro.** http://www.amajme-sc.com.br/livro/8- Pericles-Aurelio-Lima-de-Queiroz.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2021.

Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969- Edita o **Novo Texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 18 OUT 21.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 OUT 21.

BRASIL. Lei 5.836/72 – **Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5836.htm>. Acesso em 20 OUT 21.

BRASIL. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 – **Código Penal Militar**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 20 OUT 19.

BRASIL. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 – **Código de Processo Penal Militar**. Brasília, DF: Presidência daRepública Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002Compilado.htm>. Acesso em 20 OUT 21.

BRASIL. Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 – **Estatuto dos Militares. Brasília**, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em 20 OUT 21.

BRASIL. Lei 3.765, de 04 de maio de 1960 – **Dispõe sobre as Pensões Militares**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http:// planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3765.htm>. Acesso em 22 OUT 21.

BRASIL. Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990 – **Dispõe sobre Regime Jurídico dos Servidores Públicos civis da União, das Autarquias e Fundações Públicas**. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 22 OUT 21.

ADPF-418-DF http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código AE3D-37A7-FDB2-82E4 e senha BB50-A70A-3B4A-AF63. Acesso em 23 OUT 21.

INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA nº 666 STJ de 27 de março de 2020, pág 03, Primeira Seção, <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>, grifo nosso. Acesso em 23 OUT 21.

RECURSO Extraordinário com Agravo 1.337.416 RIO DE JANEIRO. http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código DB9F-2CD1- DB46-0E83 e senha 8EE8-A409-F2E2-D037. Acesso em 23 OUT 21.

A PRISÃO DO DESERTOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira

RESUMO

A deserção, crime propriamente militar, embora seja um dos crimes militares mais antigos, com previsão ainda no Direito Romano, ainda apresenta diversas divergências quanto à sua natureza jurídica: crime permanente, instantâneo ou instantâneo de efeitos permanentes, com reflexos no momento de consumação do crime, na prisão do desertor, dentre outras, sendo de vital importância a exata definição de sua natureza a fim de saber ao certo se o agente encontra-se ou não em flagrante delito com as necessárias implicâncias.

PALAVRAS CHAVES: Deserção; Natureza Jurídica. Direito Processual Penal Militar.

ABSTRACT

Desertion, a strictly military crime, although it is one of the oldest military crimes, still foreseen in Roman Law, still presents several divergences regarding its legal nature: permanent, instantaneous or instantaneous crime of permanent effects, with reflexes at the moment of consummation of the crime, in the defector's prison, among others, being of vital importance the exact definition of its nature in order to know for sure if the agent is or not in flagrante delicto with the necessary implications.

KEYWORDS: Desertion; Legal Nature. Military Criminal Procedural Law.

O delito de deserção que, por natureza, coaduna caracteres do Direito Penal, Administrativo e Processual, está positivado no diploma penal castrense entre os artigos 187 e 194. Para muitos doutrinadores, a deserção é o tipo penal estritamente mais próximo à condição de militar, estando presente em todas as correntes que se predispõem a tratar sobre os crimes propriamente militares.

A deserção protege diversos bens jurídicos, especialmente o serviço militar, o dever militar, a hierarquia e a disciplina, pilares das Forças Armadas, a honra militar, a desagregação da tropa e o seu regular funcionamento.

De forma geral, o tipo penal militar afeta o principal fator para que uma tropa armada exerça o seu dever: a presença do militar quando ele é necessário.

O princípio da disciplina, de valor ímpar nas Forças Armadas, haja vista sua essencialidade para a manutenção da eficiência e da capacidade dos Comandos em manter seu efetivo íntegro, apto e disponível a promover a segurança da Pátria.

Assim, o delito em questão é previsto na legislação penal castrense e tem por objetivo tutelar bens jurídicos como o serviço e o dever militares, sendo fundamental, mesmo em

tempos de paz, para a manutenção da hierarquia e disciplina no âmbito das Forças Armadas.

Sobre a constitucionalidade do dispositivo, assim tem decidido o STM:

> EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO MAJORITÁRIA. MÉRITO. EFEITO DEVOLUTIVO. ANÁLISE DA MATÉRIA ARGUÍDA NAS RAZÕES RECURSAIS. ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO DEMONSTRADO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 3. IMPOSSIBILIDADE. ART. 187 DO CPM. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SURSIS. DESERTOR. POLÍTICA CRIMINAL. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE. (...). Na esfera criminal, o efeito devolutivo é amplo, de forma que a instância ad quem pode avaliar matéria não analisada pelo juízo a quo, desde que respeitados os limites dos pedidos arguidos pela parte, por força do princípio tantum devolutum quantum appellatum. A exceção se encontra nas matérias de ordem pública que, independente de provocação, podem ser conhecidas a qualquer tempo. Pedidos apresentados fora das razões do apelo são alcançados pela preclusão consumativa. Precedentes do STM. O instituto do estado de necessidade, como excludente da culpabilidade, previsto no art. 39 do CPM, exige análise cuidadosa dos elementos produzidos nos autos para o seu reconhecimento. Meras alegações pessoais, desprovidas de provas, não configuram excludentes, segundo preceitua a Súmula nº 3 do STM. As Súmulas não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade por não se tratar de ato normativo. O art. 187 do Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal vigente e se mostra eficaz na tutela do serviço e do dever militares. Apesar da vedação legal, por questão de política criminal, deve ser concedido sursis ao condenado desertor que não ostente mais o status de militar. Autoria e materialidade demonstradas. Apelo conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (Apl 7000602-15.2019.7.00.0000. Rel. Min. Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgamento: 03/03/2020).

A sistemática adotada pelo legislador, ao situar topograficamente as disposições desse crime no CPM, demonstra sua importância e supremacia em relação a outros bens jurídicos, até mesmo a vida.

Assim, a legislação castrense trata com maior rigor o crime de deserção, como na vedação legal ao benefício do sursis no caso de deserção, conforme art. 88, inc. II, alínea "a", do Código Penal Militar e art. 617, inciso II, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar.

Comentando a aludida vedação prevista nas legislações supracitadas, leciona Guilherme de Souza Nucci, in verbis: "Vedação ao sursis: o disposto pelo art. 88 é coerente como o rigor exigido da vida militar (....) Quanto ao tempo de paz, veda- se sursis para delitos particularmente graves no contexto do serviço militar, algo compreensível. (...)." (IN: Código Penal Militar Comentado. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. p. 88).

Como narrado, o delito de deserção está previsto no Título III do CPM, que trata "*dos crimes contra o serviço militar*".

> Em maio de 2014, julgando o HC 119.567, no qual o Impetrante questionava a constitucionalidade da alínea "a" do inciso II do artigo 88 do CPM, o STF, entendendo ser constitucional, justifica a aplicação do dispositivo, destacando-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso,

> "(...) Não obstante isso, parece-me imperativo reconhecer que a Constituição brasileira instituiu um regime diferenciado e específico para as Forças Armadas cuja a matriz está no art. 142, de seguinte dicção: "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, (...)." E acho que esses valores - hierarquia e disciplina -, no que diz respeito às Forças Armadas, têm uma dimensão específica e valiosa, que foi consagrada constitucionalmente. Eu ouvi o voto do eminente Ministro Toffoli, já conhecia a posição dele, e refleti sobre isso, até porque já havia dito outra vez, aqui neste Plenário, é muito ruim na vida quando não podemos colocar no mesmo lugar em que está a razão. E eu diria que esta é uma dessas situações. Eu penso que a impossibilidade de suspensão condicional da pena de jovens, como observou o Defensor Público, é algo que ninguém tem satisfação em decretar. Porém, penso que é compreensível, justificável, e talvez necessário, que, no âmbito das Forças Armadas, exista um regime jurídico diferente - e acho que há matriz constitucional para isso (...)."

Todavia, em que pese a indiscutível importância do crime em questão, seu regramento e disciplina devem rigorosa observância à Constituição Federal, conforme exige o atual estado democrático de direito no qual vivemos.

Assim, como no caso do exemplo acima, passou o STM a entender, por questões de política criminal, ser possível a concessão de sursis aos condenados por deserção, desde que comprovado o licenciamento/exclusão do serviço ativo.

Assim, embora a concessão do sursis seja vedada àqueles que cometem o crime de deserção, nos termos do art. 88, II, alínea "a", do CPM, e do art. 617, II, alínea "a", do CPPM, o Superior Tribunal Militar passou a relativizar a questão, entendo que não figuraria razoável a manutenção da prisão daquele que não mais ostenta a condição de militar, a fim de evitar que seja ele submetido aos rigores do estabelecimento prisional comum. A Exceção se faz quando o acusado não mais ostente a condição de militar da ativa. Nesses casos, em que pese a vedação legal, entende a Corte Superior Militar que não haveria razoabilidade na manutenção da pena privativa de liberdade a um civil, com o intuito de que ele não seja transferido a estabelecimento prisional comum.

Deste modo, doutrina e jurisprudência vêm evoluindo, como no exemplo citado, sempre buscando adequar a legislação castrense à Constituição Federal.

Todavia, ponto ainda sensível diz respeito à prisão do desertor.

Há muito que os militares incursos, em tese, na deserção vem sendo presos com base unicamente no Termo de Deserção, sem que haja ordem judicial, tampouco lavratura de auto de prisão em flagrante, conforme artigo 452 do Código de Processo Penal Militar:

"O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão".

A Constituição Federal, em seu art. 5º LXI determina que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Cabe então uma reflexão: como não há ordem judicial, no caso do desertor, estaria ele em flagrante delito por ocasião de sua custódia? Nesse azimute, forçosamente deve ser feito o seguinte questionamento: seria deserção, doutrinariamente, um crime permanente ou instantâneo?

Ouso afirmar, com a devida vênia, que na minha visão o crime em questão mais se aproxima da segunda hipótese, assim vejamos:

O art. 189, I do CPM reza como causa de diminuição de pena a seguinte circunstância: "se o agente se apresenta voluntariamente dentro em oito dias **após a consumação do crime**, a pena é diminuída de metade; e de um terço, se de mais de oito dias e até sessenta".

Muitos sustentam tal possibilidade em razão de uma suposta natureza jurídica de crime permanente do delito em questão.

Para a citada corrente, o que legitima a prisão do desertor é exatamente a flagrância, cessando sua permanência somente com a prisão ou apresentação voluntária do desertor.

Ora, a meu ver, claramente o legislador definiu que a deserção é crime instantâneo, por ter momento único de consumação, caso contrário seria impossível aplicar a referida causa de diminuição, independente de alguns considerarem como instantâneo de efeitos permanentes, o que não se confunde com a perpetuação do momento consumativo do crime.

Como se não bastasse, temos o art.243 do CPPM que determina: Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for **insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito.**

Mais uma vez nítida a intenção do legislador em diferenciar a prisão do insubmisso e desertor e a prisão em flagrante delito, o que reforça a ideia de não se tratar de crime permanente.

Ainda: os desertores que não possuem estabilidade, após mais de 8 dias de ausência devem ser excluídos da Força, dessa forma, se entendermos ser permanente, nos deparamos com a hipótese de um fato atípico, uma vez que a ausência passa a ser de civil, e não de militar.

Por fim, existem doutrinadores que se apoiam no fato da deserção ser um crime propriamente militar, exceção prevista no citado art. 5º LXI, mais uma vez com a máxima vênia, a meu sentir o legislador ainda elaborou lei que defina exatamente o conceito de crime militar, como já o fez no caso dos crimes hediondos, tratando-se de norma de eficácia limitada, ainda pendente de regulamentação legal no que tange aos crimes, havendo norma legal apenas com a definição das transgressões disciplinares.

Assim, com relação à prisão "automática" do desertor, há aqueles que entendem que a prisão foi recepcionada pela Constituição da República, sendo válida porque, neste caso, o legislador, implicitamente, definiu estes crimes como sendo propriamente militares, bem como os que defendem que a prisão foi recepcionada pela CF/88, sendo válida porque

estes crimes são permanentes e permitem a prisão em flagrante enquanto estão sendo praticados.

Como solução, entendo que o melhor seria o magistrado, tão logo receba a notícia da ausência por mais de 8 dias do militar, avaliar a necessidade da decretação da prisão preventiva do mesmo, se pautando nos requisitos da alíneas 'b', 'd' e 'e' do CPPM.

Mesmo raciocínio deve ser estendido ao crime de insubmissão.

Merece destaque, ainda, que não há mais a necessária manutenção da prisão do desertor por sessenta dias, prevista no art. 453 do CPPM, tendo sido inclusive cancelada, em 2018, a súmula 10 do STM, segundo a qual "Não se concede liberdade provisória a preso por deserção antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM".

Análise do Procedimento do crime em questão: Os desertores que forem praças estáveis (com 10 anos ou mais de serviço ativo) serão agregados (assim como ocorre com os oficiais), diferente das praças sem estabilidade ou praças especiais, que serão excluídos do serviço ativo.

Haverá a posterior reversão da praça estável, diferente do oficial que permanece agregado até o trânsito em julgado.

Posteriormente, haverá a reversão, que, nos termos do art. 86 do estatuto dos Militares "é o ato pelo qual o militar agregado retorna ao respectivo Corpo, Quadro, Arma ou Serviço tão logo cesse o motivo que determinou sua agregação, voltando a ocupar o lugar que lhe competir na respectiva escala numérica, na primeira vaga que ocorrer."

Assim, para a praça com estabilidade deve haver a seguinte condição de procedibilidade para a propositura da ação pena militar: ato de reversão.

Súmula 12 do STM: A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a **condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.**

Deste modo, tanto a praça estável e o oficial são agregados no momento em que consumam o delito de deserção. Todavia, o oficial desertor permanece na condição de agregado até o trânsito em julgado do processo, ao passo que a praça estável que comete deserção permanece na condição de agregado até a sua captura ou apresentação voluntária, ocasião em que ocorre a sua reversão ao serviço ativo.

Segundo entende o Superior Tribunal Militar, a reversão é imprescindível, eis que a condição de militar da ativa é condição de procedibilidade.

STM, súmula 12:

> A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

Com relação à Praça sem estabilidade e praça especial, conforme o art. 456, §4º, do CPPM "*Consumada a deserção de praça especial ou praça sem estabilidade, será ela imediatamente excluída do serviço ativo*".

Nos termos da Súmula 8 do STM:

> O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser **isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público**.

LA FINANCIACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS, 2006-2019 (ALCANCES Y LÍMITES)

Carlos de Jesús Becerril Hernández

El objetivo de este texto es presentar un panorama general de la financiación de las fuerzas armadas mexicanas por medio de los presupuestos de egresos de la federación desde 2006 hasta 2019, por medio de este instrumento es posible seguirle la pista a una serie de circunstancias que tienen que ver con la seguridad nacional mexicana y que, al mismo tiempo, nos permitirá al menos conceptualizar algunas hipótesis en torno al principal problema que han arrastrado todos los gobiernos federales, estatales y municipales mexicanos desde 2006: la delincuencia organizada Palabras clave: fuerzas armadas, derecho financiero, presupuestos, seguridad nacional, delincuencia organizada.

PALABRAS CLAVE: Fuerzas armadas, derecho financiero, presupuestos, seguridad nacional, delincuencia organizada.

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México

> […] la guerra subvierte la vida y las instituciones de las sociedades que la padecen. Además de la muerte de miles de personas, tanto combatientes como civiles ajenos al conflicto, la guerra también suprime los derechos políticos y las jerarquías sociales, depone unos gobiernos e impone otros; pulveriza economías; multiplica enfermedades; reduce la producción de alimentos, y provoca el desabasto y la especulación de estos. Además, para hacer la guerra se necesitan ejércitos, y éstos se forman de civiles pacíficos a quienes se equipa, se arma y se alimenta con impuestos regulares o extraordinarios que también paga la sociedad. Ortiz, "Introducción", 2018, p. 19.

Antes que nada, quiero agradecer la generosidad tanto de la magistrada María Elizabeth Guimaraes Teixerira como del Tribunal Superior Militar de Brasil por la invitación a participar en esta obra que, sin duda, abre una brecha de investigación sobre una problemática común a los países aquí representados, las fuerzas armadas.

El siglo XXI se ha caracterizado por la inclusión dentro del sistema jurídico nacional e internacional de una serie de exigencias, traducidas en derechos fundamentales, de sectores sociales antes ignorados. El reconocimiento de la "otredad" en los distintos ordenes jurídicos nacionales ha sido el mayor acierto en la tradición jurídica occidental.[101] No obstante, dentro de la innovación, el papel de las fuerzas armadas en la seguridad nacional se ha dejado a un lado, ya fuese porque su existencia se dio por sentada, como en el caso

[101] No obstante, el debate en torno al reconocimiento de los derechos humanos fundamentales no ha escapado de polémica. Algunos académicos mexicanos, por ejemplo, han estudiado la naturaleza eminentemente política de la creación de instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos. De hecho, más allá de la intención "bienhechora" del legislador, se han resaltado los aspectos sociales y, más polémico todavía, económicos que influyeron en inclusión dentro del sistema jurídico mexicano. Para el caso mexicano véase Galindo, *CNDH: una consecuencia política*, 2011.

mexicano, o debido a su papel político desempeñado durante los diversos regímenes militares que gobernaron diversas regiones de Hispanoamérica durante el siglo XX.[102]

Este texto se desprende de un proyecto mucho más grande –que se encuentra bajo mi responsabilidad– que trata de explicar el impacto de la fiscalidad en las políticas públicas mexicanas denominado *Exenciones, elusiones y evasiones. Los privilegios fiscales en México, siglos XIX-XXI* organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México y el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. En dicho proyecto hemos advertido que el estudio de la fiscalidad mexicana se ha enfocado en su mayoría en los ingresos, es decir las contribuciones,[103] pero poco es lo que sabemos de los egresos (el gasto público) y casi nada de la deuda.[104] En este sentido, el gasto público constituye una de nuestras preocupaciones más inmediatas. Dentro de este último es donde podemos ubicar a la financiación de las fuerzas armadas mexicanas.

El objetivo de este ensayo es presentar un panorama general de la financiación de las fuerzas armadas mexicanas por medio de los presupuestos de egresos de la federación desde 2006 hasta 2019, por medio de este instrumento es posible seguirle la pista a una serie de circunstancias que tienen que ver con la seguridad nacional mexicana y que, al mismo tiempo, nos permitirá al menos conceptualizar algunas hipótesis en torno al principal problema que han arrastrado todos los gobiernos federales, estatales y municipales mexicanos desde 2006: la delincuencia organizada.[105]

En sus diferentes manifestaciones, no importa el partido político en el poder, la delincuencia organizada ha aumentado de manera alarmante en la última década. Si bien el combate al narcotráfico es la función más importante que le fue asignada a las fuerzas armadas mexicanas, el ilícito en cuestión sigue las normas de una "economía de arrastre", es decir que, alrededor de él se encuentran un sinfín de conductas ilícitas que repercuten en la seguridad nacional. El crimen organizado, para llevar a cabo sus fines, ha llegado al grado de robarle el control del territorio al Estado mismo, llegando a sustituir en algunas zonas casi totalmente a la autoridad en sus atribuciones básicas tales como: el uso de la fuerza pública, la ejecución de las leyes e, incluso, el cobro de los impuestos –bajo la forma del "derecho de piso"–. De ahí la importancia de analizar, al menos de manera panorámica, cuánto se ha destinado a las fuerzas armadas para combatir la delincuencia organizada en sus diversas manifestaciones.[106]

---

[102] Este impulso pretoriano, como le ha denominado Aarón Navarro, se diferencia del de otros militares, al menos latinoamericanos, en que en México fue "dirigido a un fin no golpista, [sino] a un fin al servicio del Estado". Para los militares mexicanos "proteger la nación es la tarea más importante de su profesión". Navarro, "Ejército mexicano", 2014, p. 316.

[103] En México el término genérico es el de contribuciones. Dentro de ellas, de acuerdo con el artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, se encuentran los impuestos, los derechos, las aportaciones de seguridad social y las contribuciones de mejora.

[104] Por ejemplo, los estudios sobre la fiscalidad mexicana señalan que una de sus características es la bajísima presión fiscal. Carlos Tello que señala que la presión fiscal fue de 9.7% del PIB en 2012; David Ibarra que encuentra una carga de 9.6% en promedio para el período 1990-2010; Carlos Elizondo Mayer Serra que la estima en 9.25% en 1990-2011 y Saúl López y Juan Carlos Reyes que calculan una de 10.1% en 1980-2009. Ros, *Grandes problemas*, 2015, p. 48.

[105] Problema mayúsculo si consideramos que al momento de llevarse a cabo este diagnostico financiero el periódico *El Universal* reprodujo una nota donde se asegura que México se encuentra en la primera posición dentro de los mercados delictivos. "México lidera ranking en delincuencia organizada", *El Universal,* 28 de septiembre de 2019.

[106] Un estudio reciente sobre el ejército mexicano de hoy en día se encuentra en Valdez, "El ejército mexicano", 2019, pp. 58-65.

"Fiscal-Military State" en México

En 1764 desembarcó el primer ejército permanente en la historia de Nueva España desde su fundación en 1521. El llamado "regimiento de América", al mando del comandante Juan de Villalba, tenía como finalidad la protección de las Indias Occidentales.[107] El siglo XVIII fue escenario de diversos movimientos bélicos cuya principal característica fue que involucraron a Europa, donde generalmente se originaban, y a América (española, portuguesa, inglesa y francesa) en la defensa de territorio y en la financiación de la guerra.[108] Esto no sólo provocó la creación de ejércitos permanentes en lugares, como en el caso novohispano, que antes sólo contaban con pequeñas milicias, sino que dio origen a lo que John Brewer denominó *Fiscal- Military State* ("Estado fiscal-militar").[109] Es decir, una serie de organizaciones políticas que encontrarían en la guerra una de las mayores erogaciones de sus respectivos presupuestos.

El binomio guerra y fiscalidad sería el factor fundamental en la conformación de la estructura hacendaria. No debe olvidarse, como elemento esencial, que cualquier proyecto político e impositivo que quisiera implantarse en la América española desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta bien entrado el XIX se encontraba bajo el constante acoso de la guerra. Como se ha señalado líneas arriba, al menos para el caso mexicano, implicó la creación un ejército profesional, casi de la nada, al que se tenía que armar, vestir y alimentar, y es que, de acuerdo con Juan Ortiz, al hablar de las fuerzas armadas en Iberoamérica, tanto colonial como en los primeros años de su independencia, es necesario tomar en cuenta que se integraban del "ejército regular y de reserva, situados, milicia provincial o activa, milicia cívica, compañías presidiales y sueltas, guardia nacional, defensas rurales, fuerzas mercenarias, milicias de pardos y morenos, indios flecheros, etcétera.[110]

Lo anterior no sólo representó una multitud de fueros y privilegios especiales para cada agrupación armada, aunque el que terminó por subsistir fuera únicamente el de guerra para delitos y faltas contra la disciplina militar (artículo 13, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino que también implicó un peso para el presupuesto novohispano y, a partir de 1821, para el mexicano. De hecho, de acuerdo con Ernest Sánchez Santiró, fue precisamente la movilización de las fuerzas armadas novohispanas lo que terminó por fragmentar la Hacienda pública del momento, al grado de que, una vez conseguida la independencia, el Ejercito de las Tres Garantías (consumador de la Independencia) ocupase un lugar principal dentro del presupuesto de la Hacienda pública nacional. Descrito como "una máquina bélica demandante de continuas erogaciones y un actor político a la defensa de sus intereses corporativos".[111]

---

[107] La Guerra de la Oreja de Jenkins (1739-1748) y la Guerra de los Siete Años (1756-1763) pusieron en evidencia que la antigua Monarquía Hispánica ya no era capaz de defender sus fronteras del ataque de las nuevas potencias europeas. La toma de La Habana por el ejército inglés en 1762 marcó definitivamente el fin de la hegemonía hispánica en el escenario mundial. El Reino de Portugal atravesó una situación similar. Para hacer frente a su crisis imperial, la corona portuguesa, encabezada por la dinastía Braganza, confió al Marqués de Pombal la implementación de un aserie de reformas equivalentes a las borbónicas denominadas por la historiografía como "pombalinas". Alves, "Reformismo fiscal", 2016, pp. 83-111.

[108] El binomio guerra y fiscalidad en Iberoamérica colonial ha sido estudiado ampliamente por Ernest Sánchez Santiró y Angelo Alves Carrara, destacando el papel crucial que tuvieron los territorios americanos pertenecientes a España y Portugal en la defensa y financiación de las guerras que las respectivas metrópolis libraban en Europa, caldo de cultivo de un malestar generalizado por la creciente demanda de recursos por parte de la península para librar guerras que los americanos españoles y portugueses no consideraban como propias pero por las que sí debían contribuir militar y financieramente. Sánchez y Alves, *Guerra y fiscalidad*, 2012.

[109] Brewer, *Sinews of Power*, 1989.

[110] Ortiz, "Introducción", 2005, p. 9.

[111] Sánchez, *La imperiosa necesidad*, 2016, p. 418.

Tabla 1
Presupuesto de egresos estimado para el año de 1861

Ingresos en el año		**9 895 000.00**
Egresos		
Oficinas de administración en todos sus ramos	5 294 181.00	
Ejército y marina	**4 309 377.00**	
Oficinas de recaudación y ramo de Gobierno	765 327.00	
Intereses de la deuda	4 500 000.00	
15% para el fomento del camino de fierro de Veracruz	675 000.00	
SUMAS	**15 543 885.00**	**9 895 000.00**
Déficit		**5 648 885.00**

Fuente: Aguilar, *Presupuestos*, 1940, p. 62.

Los diversos conflictos bélicos que siguieron –Guerra de los Pasteles, 1838, Guerra de Estados Unidos contra México, 1846-1848, Guerra de Reforma, 1857-1860, Guerra de Intervención francesa, 1861-1863, Imperio de Maximiliano de Habsburgo, 1864-1867, Revolución de Tuxtepec, 1876, Revolución Mexicana, 1910-1920– entre otros de menor escala, pero para nada aislados, explicarían que en 1861 el presupuesto de egresos (Tabla 1) del ejército y la mariana representará 27.72% del total, únicamente igualado por el pago del servicio de la deuda.[112]

El lector debe tener en cuenta que desde 1821 hasta 2019 en México ha habido 69 presidentes y dos emperadores. 39 de los presidentes mexicanos han sido militares; desde Antonio López de Santa Anna, en diversas ocasiones en la primera década del siglo XIX, Porfirio Díaz, 1877-1911, hasta Manuel Ávila Camacho, por mencionar a los más representativos, que en 1946 dejó en la Presidencia de la República en manos civiles; de hecho, también uno de los dos emperadores era parte de las fuerzas armadas novohispanas, Agustín de Iturbide. Este aspecto explicaría la preeminencia de las fuerzas armadas en los presupuestos mexicanos decimonónicos. Sin embargo, su reducción se dio paradójicamente bajo el gobierno de Porfirio Díaz, General de División, quien a partir de 1880 mantuvo al ramo de guerra a la baja.[113]

En 1925, una vez superada la situación extraordinaria que representó la Revolución mexicana (1910-1920),[114] no así los diversos enfrentamientos bélicos presentes en todo el país, el gasto militar fue de 84 millones de pesos. En tanto que el presupuesto de egresos nacional fue de 293 millones, es decir, el gasto en defensa nacional representó el 28.7% respecto al presupuesto nacional.[115] Se había vuelto a los niveles decimonónicos. No obstante, como se muestra en la Tabla 2, conforme el territorio se iba pacificando y el "partido

[112] Becerril, *Hacienda pública y administración*, 2015, p. 102.
[113] Serrano, "Finanzas públicas", 2005, p. 347.
[114] Para un estudio profundo sobre el tema véase Garciadiego, *La Revolución mexicana,* 2012.
[115] Hernández, "Fuerzas armadas", 2014, p. 470.

hegemónico" institucionalizaba la Revolución también se redujo el gasto militar a su mínima expresión.[116]

Como puede observarse en la Tabla 2, el gasto militar desde 1925 hasta 2019 se redujo del 28.7% del total de los egresos nacionales a representar sólo el 1.6% en 2019, pese a la crisis de seguridad nacional. Poco a poco la defensa nacional ha ido dejando de ser la prioridad del gasto público del Estado mexicano. Esto representa una de las principales debilidades de las fuerzas armadas mexicanas.

> No deberían estar bajo las mismas condiciones que el resto de las estructuras del gobierno federal en cuanto a otorgamiento de presupuesto. Las inversiones en equipo militar son elevadas y no debería destinarse la mayoría del presupuesto para el pago de salarios del personal. En el caso de las dos secretarías de Estado militares, debe tenerse en cuenta que el equipo actual de México es obsoleto, en gran parte ya rebasó su capacidad de vida útil y para enfrentar con éxito las dos misiones fundamentales, la guerra al narcotráfico y la ayuda a la población civil ante desastres naturales, es evidente la necesidad de modernización del equipo militar.[117]

TABLA 2
Presupuesto de egresos nacional y gasto en defensa nacional, 1925-2019

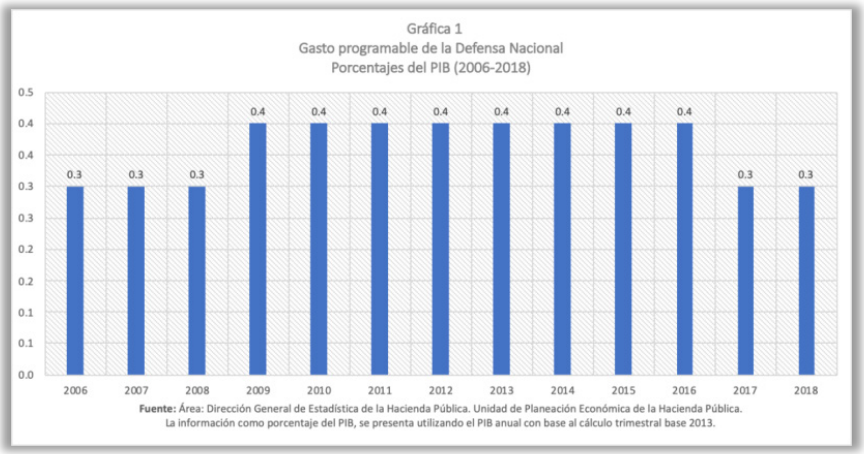
Año	Presupuesto de egresos nacional (millones de pesos)	Gasto en defensa nacional (millones de pesos)	Porcentaje respecto al presupuesto de gasto
1925	293	84	**28.7%**
1935	301	63	**20.9%**
1947	2 143	225	**10.5**
1955	8 883	434	**4.9%**
1965	64 020	1 103	**1.7%**
1975	400 725	4 494	**1.1%**
1985	8 666 247	221 496	**2.6%**
1995[118]	53 251	1 143	**2.1%**
2005	1 543 502	25 270	**1.6%**
2010	2 474 099	52 596	**2.1%**
2013	3 060 775	60 810	**2%**
2019	5 838 059.7	93,670.19	**1.6%**

Fuente: Elaboración propia con base en Hernández, "Fuerzas armadas",2014, p. 470 y Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019.

Comparado con otras latitudes, el panorama es aún más desolador. De acuerdo con Alicia Hernández Chávez, a principios de la década de 2010, México ocupaba "el lugar 162 en gasto militar, con 0.5% del PIB, frente a los más altos: Omán, 11.4%, Qatar, 10.0%; Israel, 7.4%; Estados Unidos, 4.6%: Francia, 2.6%; Gran Bretaña, 2.5%."[119]

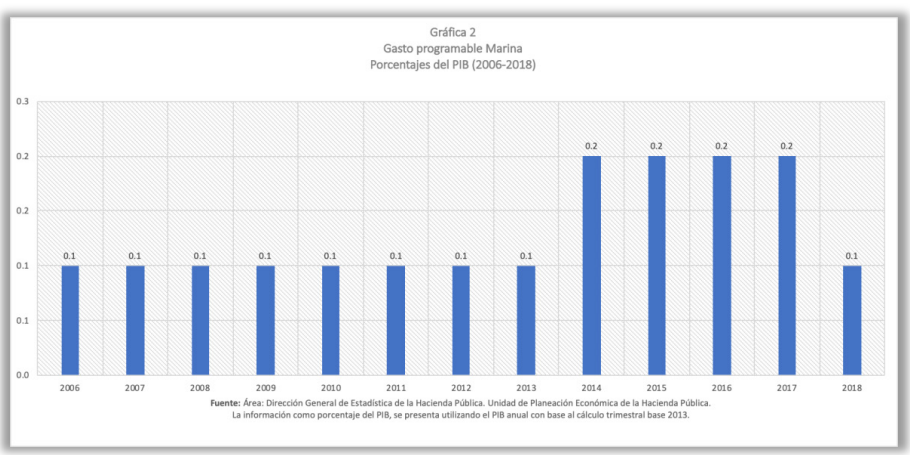
[116] Sobre el Partido Revolucionario Institucional (PRI) véase Hernández, *Historia mínima del partido*, 2016.
[117] Benítez, "Relaciones civiles-militares", 2014, p. 453.
[118] En adelante son nuevos pesos.
[119] Hernández, "Fuerzas armadas", 2014, p. 479.

Si recurrimos a los datos aportados por la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública, a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podemos observar que para el caso del gasto programable para la Secretaría de la Defensa Nacional (en adelante SEDENA) apenas si representa en promedio 0.36% del PIB mexicano desde 2006 hasta 2018 (Véase Gráfica 1).



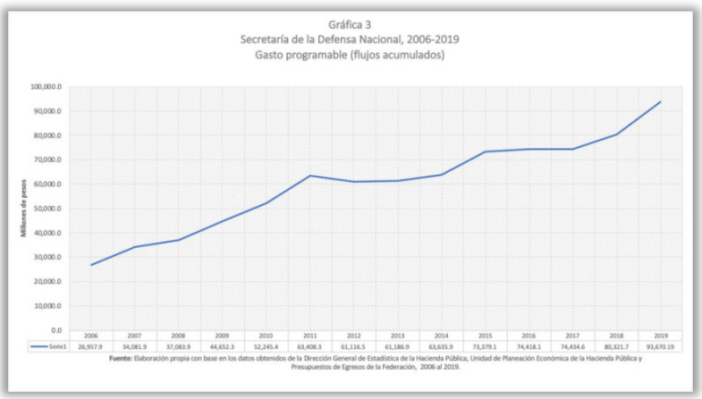
De hecho, a partir de 2006, cuando se declaró la guerra al narcotráfico, también conocida como "guerra interna",[120] el porcentaje destinado a la Secretaría de la Defensa Nacional no aumentó significativamente sino hasta el año 2009, para mantenerse constante en 0.4% del PIB hasta 2016, reduciéndose nuevamente en 2017-2018 (Véase Gráfica 2).

Para la Secretaría de Marina (en adelante SEMAR) el panorama es aún más desolador. El promedio del presupuesto en porcentaje del PIB mexicano desde 2006 hasta 2018 es de apenas del 0.13%. Esto representa además un problema técnico, pues se trata de una dependencia cuyo funcionamiento requiere de especialización tecnológica en áreas estratégicas. Hasta aquí la comparación entre el presupuesto designado y la variable macroeconómica del PIB.



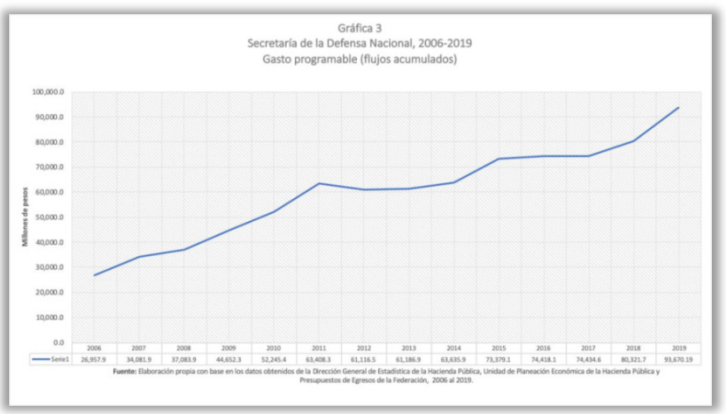
[120] Illades y Santiago, "La guerra interna", 2018, pp. 237-259.

No obstante, si recurrimos al análisis del gasto programable del sector público presupuestario encontraremos que, pese a representar un porcentaje mínimo en comparación con el PIB anual mexicano, la "guerra interna" ha hecho que el presupuesto destinado a la Secretaría de la Defensa Nacional haya aumentado en 347.76%, al pasar de 26,957.9 millones de pesos en 2006 a 93,670.19 millones de pesos en 2019.



Como puede observarse en la Gráfica 3, el crecimiento del gasto programable para la Defensa Nacional en los años en cuestión se muestra exponencial, tan sólo con dos relativos estancamientos en 2012 (61,116.5 millones de pesos) y 2013 (61,186.9 millones de pesos), situación que se debe, en su mayoría, al cambio del titular del Poder Ejecutivo mexicano, quien es el encargado de presupuestar el gasto público de manera anual.[121]

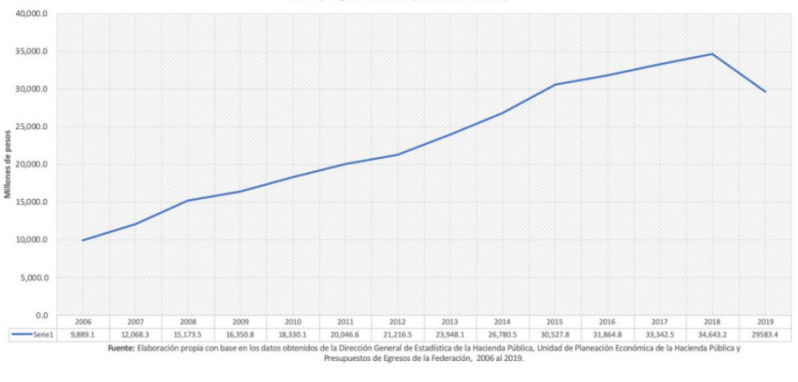
De hecho, en 2018, el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019 contempló un incremento nada despreciable de aproximadamente 14.5%, al pasar de 80,321.7 millones de pesos en 2018 a 93,670.19 millones de pesos en 2019. Un estudio más profundo de este tema necesariamente ha de enfocarse en los rubros específicos en los que la Secretaría de la Defensa Nacional invierte el presupuesto asignado, no obstante, dicho análisis escapa a los fines de este trabajo.



[121] El 1 de diciembre de 2012 tomó posesión como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el Licenciado Enrique Peña Nieto, quien además pertenecía al Partido Revolucionario Institucional (PRI), contrario al Partido Acción Nacional que desde el 2000 hasta el 2012 gobernó en México.

Por otro lado, debido a la formación –descuido– histórica de la marina mexicana, el gasto programable de la SEMAR es todavía más modesto, pues tan sólo representa el 0.51% del total del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019. No obstante, también ha recibido un incremento exponencial, de al menos el 350.32% desde 2006, que se ubicó en 9, 889.1 millones de pesos, hasta 2018, que fue de 34,643.2 millones de pesos, únicamente interrumpido por la reducción hecha en 2019 del 6.85% (5 059.8 millones de pesos) con respecto al ejercido en 2018 (véase Gráfica 4).

Gráfica 4
Marina, 2006-2019
Gasto programable (flujos acumulados)



Fuente: Elaboración propia con base en los datos obtenidos de la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública y Presupuestos de Egresos de la Federación, 2006 al 2019.

Consideraciones finales

Es difícil dar una respuesta a una problemática que escapa por mucho al mero análisis financiero. Sin embargo, el estudio del gasto presupuestario programado tanto para la Secretaría de la Defensa Nacional como para la Secretaría de Marina nos muestran un gasto público en ambos rubros exponencialmente incremental. Lo anterior en consonancia con las labores fundamentales que le han sido encargadas a ambas instituciones: el combate al narcotráfico y la ayuda a la población civil.

Pese a lo anterior, en el primer supuesto no parece llegar la solución esperada. ¿Por qué? En diversos foros se ha señalado que la mayoría del presupuesto de las fuerzas armadas va encaminado al pago de salarios, pensiones y, en general, a cubrir el gasto corriente. Dejando sin los recursos necesarios para el combate al narcotráfico. En esta materia, el presupuesto parece únicamente permitir una estrategia de contención más que de combate, aunque este es ya tema de otra investigación. Sin embargo, también hay que tomar en cuenta que el equipo necesario para hacer frente a las funciones designadas a las fuerzas armadas mexicanas, anteriormente enunciadas, requieren de equipo y entrenamiento sofisticado y, por lo tanto, costoso. Así, pese a que el aumento en el presupuesto es exponencial, sigue siendo mínimo si tenemos en cuenta que representa apenas el 0.4% del PIB mexicano y tan sólo el 1.6% del total del presupuesto de egresos para el año 2019 en el caso de la Defensa Nacional; y, el 0.13% del PIB mexicano y el raquítico 0.51% del total del presupuesto de egresos de 2019 está asignado para la Marina, porcentajes mínimos comparados con otros países de la región. Es en este contexto en el que deben tomarse los datos aportados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes documentales:
Estadisticas Oportunas de Finanzas Públicas, Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Secretaría de Hacienda y Crédito Público. *Disponible en:* http://presto.hacienda.gob.mx/EstoporLayout/estadisticas.jsp

Publicaciones Periódicas:
El Universal

Referencias bibliográficas:
AGUILAR, Gustavo F. **Los presupuestos mexicanos: desde los tiempos de la Colonia hasta nuestros días**, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1940.

ALVES CARRARA, Angelo. "El reformismo fiscal pombalino", **Historia Caribe**, Universidad del Atlántico, vol. 11, núm. 29, julio-diciembre, 2016, Colombia, pp. 83-111.

BECERRIL HERNÁNDEZ, Carlos de Jesús. **Hacienda pública y administración fiscal. La legislación tributaria del Segundo Imperio mexicano (Antecedentes y desarrollo)**, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2015.

BENÍTEZ MANAUT, Raúl. "México: avances y límites de las relaciones civiles-militares ante la democratización. Los retos de 2013", en Javier Garciadiego (coord.), **El Ejército Mexicano. 100 años de historia**, México, El Colegio de México, 2014, pp. 411-454.

BREWER, John. **The sinews of Power: War, Money and The English State 1688-1783**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990.

GALINDO RODRÍGUEZ, José. **La CNDH: una consecuencia de la política económica y social de México (1970-1990)**, México, Miguel Ángel Porrúa, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, 2011.

GARCIADIEGO, Javier. **La revolución mexicana. Crónicas, documentos, planes y testimonios**, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia. "Las fuerzas armadas mexicanas y el sistema federal", en Javier Garciadiego (coord.), **El Ejército Mexicano. 100 años de historia**, México, El Colegio de México, 2014, pp. 455-486.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rogelio. **Historia mínima del Partido Revolucionario Institucional**, México, El Colegio de México, 2016.

ILLIADES, Carlos y Santiago, Teresa. "La guerra interna (2006-)", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), **Guerra**, México, Secretaría de Cultura, 2018.

NAVARRO, Aarón W. "El ejército mexicano en la época de la posguerra: el argumento de la égida", en Javier Garciadiego (coord.), **El Ejército Mexicano. 100 años de historia**, México, El Colegio de México, 2014, pp. 309-317.

ORTIZ ESCAMILLA, Juan. "Introducción", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), **Fuerzas militares en Iberoamérica, siglos XVIII y XIX**, México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2005, pp. 9-18.

ROS BOSCH, Jaime. **Grandes problemas: ¿Cómo salir de la trampa del lento crecimiento y alta desigualdad?**, México, El Colegio de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest y Alves Carrara, Angelo. **Guerra y fiscalidad en la Iberoamérica colonial (siglos XVII-XIX)/Guerra e fiscalidadade na Ibero-América colonial (séculos XVII- XIX)**, México-Brasil, Editora UFJF, Instituto Mora, 2012.

SÁNCHEZ SANTIRÓ, Ernest. **La imperiosa necesidad. Crisis y colapso del erario de Nueva España (1808-1821)**, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, El Colegio de Michoacán, 2016.

SERRANO ORTEGA, José Antonio. "Finanzas públicas, centralización política y ejército en México, 1869-1888", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), **Fuerzas militares en Iberoamérica, siglos XVIII y XIX**, México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2005, pp. 341-353.

VALDEZ, César E. "El ejército mexicano de hoy. Un largo y sinuoso camino", en **Bicentenario. El ayer y hoy de México**, Institut Mora, vol. 12, núm. 46, octubre-diciembre, 2019, México, pp. 58-65.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 13.491/2017 E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos Vuyk de Aquino
Ministro do Superior Tribunal Militar

A novel redação do art. 9º do Código Penal Militar, dada pela Lei nº 13.491/2017, trouxe verdadeira revolução no âmbito desta Justiça Especializada no que tange ao aumento de sua competência, fazendo inserir no rol dos crimes militares não só os definidos no próprio Códex Castrense, como também "(...) os previstos na legislação penal (...)" no contexto das alíneas do inciso segundo do referido dispositivo, aí incluído o caso de agentes militares em situação de atividade, "(...) contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar." (artigo 9º, inciso II, alínea "e").

Trata-se daquilo que a doutrina passou a denominar "crime militar por extensão". Conforme tem decidido esta Corte Castrense:

> Recurso em Sentido Estrito nº 7000428-06.2019.7.00.0000 (DJe: 13/08/2019)
>
> Relator: Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira
> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. LEI DE LICITAÇÕES E CPM. LEI Nº 13.491/2017. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR.
> 1. A Lei nº 13.491/2017 ampliou o conceito dos crimes militares, incluindo nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM também as previsões da legislação penal comum.
> 2. Com relação aos aspectos puramente processuais, a Lei deve ser aplicada de imediato, inclusive para os fatos praticados antes da sua vigência, em observância ao Princípio Tempus RegitActum, sem que com isso haja ofensa ao Princípio da Anterioridade da Lei Penal.
> 3. A classificação de um crime tido como comum para um delito de natureza militar não se traduz, automaticamente, em situação menos benéfica para o Réu. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime." (Grifos nossos).

Ou seja, "(...) O legislador evidenciou que, para que os crimes previstos na legislação penal comum sejam considerados crimes castrenses - os chamados crimes militares por extensão - a conduta típica deverá ocorrer nos termos do inciso II do art. 9º do CPM (...)" (Apelação nº 7000364- 30.2018.7.00.0000. Relator: Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, DJe: 20/12/2018).

Vale dizer que a Lei nº 13.491/2017 alterou a redação do inciso II do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense para acrescentar à competência da Justiça Militar os crimes previstos na legislação penal, praticados em contexto militar, ou seja, contra militar, em serviço, lugar sujeito à administração militar, patrimônio etc.

Nesse contexto, considerando a data da sua entrada em vigor, qual seja, 13 de outubro de 2017, de início surgiram controvérsias acerca da aplicabilidade do referido Diploma aos processos em andamento cuja apuração versava sobre fatos praticados anteriormente à sua vigência, sendo certo que, se por um lado é possível identificar a natureza material do novo regramento, por outro a norma em apreço também ampliou, por via reflexa e de modo substancial, a competência da Justiça Militar, constituindo-se, pois, matéria de natureza processual.

Ou seja, evidencia-se na novel legislação o seu caráter híbrido, mormente porque a sua aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente seria cabível em benefício do réu, na forma do que dispõe o § 1º do artigo 2º do Código Penal Militar, bem como no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal.

Nada obstante, no que diz respeito às questões de índole puramente processual, o regramento introduzido pela Lei nº 13.491/2017 terá aplicação imediata em observância ao princípio tempus regitactum.

A propósito dessa constatação, forjou-se a orientação no sentido de que a referida norma teria aplicação imediata, independentemente da fixação da competência, tendo em vista tratar-se de natureza absoluta, não havendo falar em perpetuatiojurisdictionis, enquanto não proferida sentença de mérito, de sorte que foram muitas as situações nas quais Juízos da instância comum declinaram de suas competências em favor desta Justiça Especializada, nos contextos delineados pela nova redação do art. 9º do Estatuto Repressivo Castrense.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema em diversas oportunidades e corroborou o entendimento anteriormente esposado ao destacar que:

> (...) A Lei nº 13.491/2017 não tratou apenas de ampliar a competência da Justiça Militar, também ampliou o conceito de crime militar, circunstância que, isoladamente, autoriza a conclusão no sentido da existência de um caráter de direito material na norma. Tal aspecto, embora evidente, não afasta a sua aplicabilidade imediata aos fatos perpetrados antes de seu advento, já que a simples modificação da classificação de um crime como comum para um delito de natureza militar não traduz, por si só, uma situação mais gravosa ao réu, de modo a atrair a incidência do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (arts. 5º. XL, da CF e 2º, I, do CP).
> 4. A modificação da competência dela decorrente, em alguns casos, enseja consequências que repercutem diretamente nos jus libertatis, inclusive de forma mais gravosa ao réu, tais como: 1) a possibilidade de cúmulo material das penas, mesmo em crimes perpetrados em continuidade delitiva (art. 80 do Código Penal Militar);
> 2) o afastamento das medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995 (ante a vedação prevista no art. 90-A da Lei nº 9.099/1995); e 3) a inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (nos moldes previstos no art. 44 do CP) (...)
> (Conflito de Competência nº 161.898/MG, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe: 20/02/2019).

Em consequência, este Tribunal, atento às repercussões oriundas da mudança do texto legal que define o crime militar, igualmente forjou entendimento pela aplicação ime-

diata da Lei nº 13.491/2017 em seu aspecto processual aos processos em curso, ainda que os fatos fossem anteriores à novel legislação que criou os crimes militares por extensão.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> Recurso em Sentido Estrito nº 7000070-70.2021.7.00.0000 (DJe: 03/09/2021)
> Relator: Ministro Dr. José Coêlho Ferreira
> EMENTA: DECISÃO. DENÚNCIA REJEITADA. CRIME DE LICITAÇÃO. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.491/2017. INCIDÊNCIA DE CRIME PREVISTO NO CPM. RECURSO DO MPM. TESE. PREVALÊNCIA DO ART. 96 DA LEI Nº 8.666/1993. REVOGAÇÃO. LEI Nº 14.133/2021. ULTRATIVIDADE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 77 DO CPPM. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.
> I. Merece reforma a decisão que afasta a aplicação do art. 96 da Lei nº 8.666, para fazer incidir crimes previstos no Código Penal Militar (art. 328 ou 339, ambos do CPM), considerando que a Denúncia foi ofertada sob a égide da Lei nº 13.491/2017, embora os fatos tenham ocorrido em data pretérita.
> II - Segundo precedentes desta Corte e do colendo Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 13.491/2017, em seu aspecto processual, deve ser aplicada imediatamente, inclusive para fatos anteriores à sua vigência, em homenagem ao Princípio Tempus Regit Actum.
> III - In casu, admite-se a ultratividade do art. 96 da Lei 8.666/1993 em relação ao tipo incriminador previsto na novel Lei de Licitação (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021), que prevê penas bem superiores àquelas previstas no citado diploma legal, de forma que não há se falar em abolitio criminis, mas em lexgravior.
> IV - Impõe-se o recebimento da Denúncia, considerando que se encontram preenchidos os requisitos ínsitos no art. 77 do CPPM, e não incidem quaisquer das hipóteses do art. 78 do mencionado Diploma legal.
> V - Recurso em Sentido Estrito provido. Decisão por unanimidade.

Dito isso, e considerando as repercussões oriundas da própria aplicação da novel legislação no âmbito desta Justiça Especializada, outro ponto que passou a fazer parte da análise dos delitos militares por extensão dizia respeito à possibilidade de aplicação subsidiária da legislação processual penal comum.

A esse propósito, por exemplo, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7001315-87.2019.7.00.0000 (DJe: 11/02/2020), esta Corte se deparou com a possibilidade de adoção das medidas cautelares previstas nas alíneas II, III, V e IX do artigo 319 do Código de Processo Penal, c/c o artigo 3º, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar, em situação na qual um militar da Força Aérea Brasileira foi acusado de praticar delito militar por extensão, notadamente o descrito no art. 215-A do Código Penal comum, a despeito da reiterada jurisprudência desta Corte no sentido de que "(...) as medidas cautelares diversas da prisão dispostas no Código de Processo Penal comum não podem incidir na seara da JMU, em face da especialidade dos bens jurídicos por ela tutelados." (Habeas Corpus nº 7001056-29.2018.7.00.0000, Relator: Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, DJe: 21/03/2019).

Pois bem, o delito de importunação sexual no qual o militar foi denunciado, embora categorizado como "crime militar por extensão" quando cometido na forma e nas circunstâncias delineadas pelo inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, em sua essência é um crime comum, de sorte que, pelo menos em tese, e em caráter excepcional, poder-se-ia considerar eventual aplicação subsidiária dos ritos procedimentais próprios da legislação comum, sem que com isso se pudesse cogitar de eventual violação ao primado da especialidade.

O próprio Representante do Custos Legis que oficiou naquele feito, o hoje Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Clauro Roberto de Bortolli, fazendo menção a precedente da lavra do eminente Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, assim se manifestou:

> VI (...) 20. Já em relação ao pedido subsidiário de medidas cautelares alternativas à prisão, o entendimento deste subscritor é no sentido de reconhecer a possibilidade de sua aplicação na Justiça Militar da União, o que, aliás, já foi expressamente adotado por este Superior Tribunal Militar, como, à guisa de exemplo, o decidido no Mandado de Segurança nº 7000828-54.2018.7.00.0000/RS, quando restou mantida medida cautelar de suspensão do exercício da advocacia, aplicada em 1º Grau, aduzindo a Corte ser "Inegável, desse modo, que, havendo a previsão legal no ordenamento processual militar da cautela mais gravosa da prisão preventiva na forma do artigo 254 do CPPM , a restrição profissional ora imposta ao Impetrante justifica-se, legalmente, por lhe ser mais benéfica, desvelando-se, além disso, como bem sopesada à luz do princípio da razoabilidade e com esteio no poder geral de cautela que é conferido ao órgão julgador." (Superior Tribunal Militar. Mandado de Segurança nº 7000828-54.2018.7.00.0000. Relator Ministro Luís Carlos Gomes Mattos. Julgamento em 06/08/2019, Publicação DJe de 04/09/2019).
>
> 21. Com efeito, com a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017, que trouxe ao universo da Justiça Militar da União uma série de condutas delituosas previstas em Legislação Extravagante, há de se admitir que alguns institutos previstos na legislação processual comum possam, em casos específicos e sem ferir a índole do processo penal militar, serem aplicados nesta Justiça Especializada. Obviamente não se está a tratar, aqui, da adoção, pura e simplesmente, em todos os processos penais militares, de previsões não constantes da legislação processual penal militar, nem da importação, a torto e a direito, per fas et nefas, de disposições processuais extravagantes, muitas não adequadas ao próprio rito processual adotado para os crimes militares.
>
> 22. No caso em apreço, que trata de conduta considerada "crime militar extravagante", ou seja, delito não previsto na legislação penal militar, mas considerado como crime militar pela redação dada pela Lei nº 13.491/2017 ao art. 9º do Código Penal Militar, soa como bastante adequada, além de necessária, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ressaltando-se se tratar, em tese, de delito de natureza sexual, praticado contra uma menor de idade, sendo premente que se afaste o denunciado do ambiente de convívio da ofendida, o que não resta efetivado pela simples transferência do mesmo para outra Unidade Militar, não havendo, à guisa de melhor avaliação, medida adequada para tanto (salvo a prisão preventiva, que já restou afastada, como já alinhavado), no Código de Processo Penal Militar.

Com efeito, a partir da edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou a redação do art. 282 do Código de Processo Penal, consideram-se como pressupostos para a aplicação das

citadas medidas acauteladoras a "(...) necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (...)", bem como a "(...) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.", aspectos que, evidentemente, foram identificados no caso em exame naquela oportunidade.

Nesse contexto, o Plenário desta Corte Castrense proferiu Decisão unânime no citado Recurso em Sentido estrito, a qual foi assim ementada:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL COMUM. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. REJEIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES. CRIME MILITAR POR EXTENSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. CARÁTER EXCEPCIONAL. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR UNANIMIDADE.
> O caráter extraordinário de que se reveste a custódia preventiva exige, para a sua efetivação, a necessária fundamentação, a qual deve apoiar-se em elementos concretos e ajustados aos pressupostos abstratos definidos pelos arts. 254 e 255 do CPPM, sob pena de violação do Princípio da Presunção de Inocência, haja vista que a segregação cautelar presume pena não personificada.
> O delito de importunação sexual previsto no art. 215-A do Código Penal, embora categorizado como "crime militar por extensão" quando cometido na forma e nas circunstâncias delineadas pelo inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, em sua essência, é um crime comum, de sorte que, pelo menos em tese, e em caráter excepcional, poder-se-ia considerar eventual aplicação subsidiária dos ritos procedimentais próprios da legislação comum, sem que com isso se pudesse cogitar de eventual violação ao primado da especialidade.
>
> Recurso em Sentido Estrito parcialmente provido. Decisão por unanimidade.

Outro tema relevante sobreveio, trazendo à baila nova discussão levada ao Plenário desta Corte Castrense, desta feita sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal comum em caso no qual 3 (três) militares do Exército Brasileiro e 1 (um) Civil foram incursionados em delitos previstos na Lei nº 8.666/1993 (art. 89 e parágrafo único do artigo 89), os quais estão hoje tipificados no Capítulo "DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS" do Código Penal Militar, por força da previsão legal contida no art. 178 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Nesse caso, diga-se, no Recurso de Apelação nº 7001490- 81.2019.7.00.0000 (DJe: 26/10/2020), discutiu-se a Decisão do Magistrado de primeiro grau que absolveu sumariamente os acusados com base no inciso III do artigo 397 do Código de Processo Penal comum.

A matéria dizia respeito não só à aplicação do rito procedimental próprio da Lei de Licitações, como também, desta feita, à aplicação subsidiária do Código de Processo Penal comum no que diz respeito à absolvição sumária, pois, na ótica do Representante do Custos Legis que atuou naquele feito, o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, a Sentença prolatada na ação penal, apesar de fixar "(...) o rito da Lei de Licitações para a análise das condutas em apreço (...)", teria incorrido em "(...) equívoco (...)" ao aplicar o artigo 397,

inciso III, do Código de Processo Penal comum e absolver os Acusados sumariamente, preterindo "(...) formalidade legal - requerimento de diligências e a oferta de alegações finais (...)", prevista na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), ou seja, segundo o Órgão ministerial de segundo grau, em síntese, não caberia a absolvição sumária no rito procedimental estabelecido pela Lei de Licitações.

Nesse caso, vale dizer que, a despeito de a conduta delituosa perpetrada pelos réus ter sido processada e julgada no âmbito desta Justiça Militar da União, cujo Código de Processo Penal Militar conduz a atuação das instâncias julgadoras, considerando as circunstâncias nas quais foi consumada a prática criminosa, é inegável que o rito procedimental a ser observado é o da legislação comum, posição com a qual, inclusive, concordou o citado Representante ministerial.

A controvérsia, ainda assim, restou circunscrita à aplicação da absolvição sumária prevista no inciso III do artigo 397 do Código de Processo Penal que, segundo ele, teria "(...) possibilidade muita restrita em face do procedimento próprio da lei em comento. Ao fazê-lo, o julgador suprimiu metade da fase instrutória, posto que é possível às partes requerer em diligências, a teor do artigo 105 (...)", daí a alegação de nulidade na Sentença de primeiro grau pautada no"(...) rito não admite absolvição sumária após a defesa prévia.", conforme disposto no art. 104 da Lei de Licitações.

Todavia, essa prática é absolutamente costumeira no âmbito do processo penal comum, mesmo em se tratando dos crimes tipificados na Lei de Licitações, cujo rito processual é especial, até mesmo porque, conforme prevê o art. 108 da Lei de Licitações, "(...) No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal", sendo possível a absolvição sumária tal como efetivada pelo Juízo de primeiro grau no caso assinalado, cabendo, no mérito recursal, a análise pormenorizada acerca da correção ou não da absolvição dos Réus pela atipicidade da conduta, em decorrência da ausência do dolo específico de dispensar o procedimento licitatório com o intuito de causar dano ao Erário.

Sobre a possibilidade de aplicação subsidiária do rito procedimental descrito no Código de Processo Penal comum, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> 23. "(...) Segundo entendimento desta Corte, não é causa de nulidade a adoção, por si só, do rito procedimental específico da Lei de Licitações para o processamento de crimes previstos naquele diploma legal, ainda mais se, como na espécie, limitou-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993 à readequação do rol de testemunhas apresentado pela acusação, tendo sido observados, no mais, os arts. 396 e 397 do Código de Processo Penal (...)" (Grifos nossos) (Habeas Corpus nº 412.093/SP, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe: 13/10/2017).

Estabelecido o regramento específico da Lei de Licitações, é importante destacar a ordem dos atos processuais disposta nos arts. 104 e 105 da Lei de Licitações, cujo teor expressa que:

> 24. "Art. 104. Recebida a denúncia e citado o réu, terá este o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa escrita, contado da data do seu interrogatório, podendo juntar documentos, arrolar as testemu-

> nhas que tiver, em número não superior a 5 (cinco), e indicar as demais provas que pretenda produzir.
> 25. (...)
> 26. Art. 105. Ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e praticadas as diligências instrutórias deferidas ou ordenadas pelo juiz, abrir-se-á, sucessivamente, o prazo de 5 (cinco) dias a cada parte para alegações finais. (...)".

Extrai-se dos citados dispositivos que, após o recebimento da Denúncia, o Réu será citado e terá o prazo de 10 (dez) dias para apresentar sua defesa escrita. Em seguida, ocorrerá a oitiva das testemunhas e a prática das diligências requeridas, para, então, haver a apresentação das alegações finais.

Ou seja, se por um lado a Lei de Licitações concede ao Acusado a oportunidade de apresentar a defesa escrita, valorizando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por outro restou silente em relação à resposta jurisdicional para seu requerimento. Nesse sentido, em caráter excepcional, necessária se faz a aplicação subsidiária dos ritos procedimentais próprios da legislação comum.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao analisar crime descrito na Lei de Licitações:

> (...) Em se tratando de ação penal oriunda do primeiro grau de jurisdição, o regular prosseguimento do feito reclama a adequação dos ritos procedimentais, com o exame do pedido de absolvição sumária formulado na defesa escrita (...)" (Questão de Ordem na Ação Penal nº 991, Relator: Ministro Edson Fachin, DJe: 15/12/2017). (Grifo nosso)

Em consequência, é igualmente referendada pela jurisprudência dos Pretórios a absolvição sumária em delitos descritos na Lei de Licitações, o que se pode verificar na própria Ação Penal nº 991, acima referenciada, quando o Excelso Pretório, também em sede de Questão de Ordem, assim decidiu:

> (...) por votação unânime, resolvendo questão de ordem, acolheu, em parte, o pleito, para absolver sumariamente o parlamentar denunciado da prática do crime tipificado no art. 96, I e IV, da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal, prosseguindo-se a ação penal no tocante ao delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967, tudo nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 28.11.2017.

Corroboram esse entendimento vários precedentes, onde citamos alguns:

> **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**
>
> Apelação Criminal Nº 039164/2017 (DJe: 27/03/2018)
> Relator: Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues
> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 89, LEI N.º 8.666/93. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO PREJUÍZO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não é de mera conduta, sendo necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. Recurso improvido." (Grifos nossos).

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Apelação Criminal nº 1.0024.13.351990-0/001 (DJe: 03/12/2015)

Relator: Desembargador Furtado de Mendonça

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FRAUDE À LICITAÇÃO - ART. 96, INCISO I, DA LEI N.º 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO ANIMUS DE FRAUDAR PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Não restando demonstrado na denúncia o intuito de obtenção de vantagem decorrente de tal fraude, impõe-se a manutenção da absolvição sumária, com fundamento na atipicidade da conduta, nos termos do art. 397, III, do Código de Processo Penal. (Grifos nossos)

Portanto, novamente ao se deparar com a matéria relativa à aplicação subsidiária do rito procedimental comum em delitos militares por extensão, o Plenário desta Corte deu mostras de que essa possibilidade não viola o Princípio da Especialidade, em Acórdão assim ementado:

Apelação nº 7001490-81.2019.7.00.0000

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ARTIGO 89, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ARGUIDA PELA PROCURADORIA- GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. APLICAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM AO RITO ESPECIAL DA LEI DE LICITAÇÕES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.
O delito de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei, previsto no art. 89 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), embora categorizado como "crime militar por extensão" quando cometido na forma e nas circunstâncias delineadas pelo inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, em sua essência, é um crime comum, de sorte que, pelo menos em tese, e em caráter excepcional, poder-se-ia considerar eventual aplicação subsidiária dos ritos procedimentais próprios da legislação comum, sem que com isso se pudesse cogitar de eventual violação ao primado da especialidade.
Conforme prevê o art. 108 da Lei de Licitações, "(...) No processamento e julgamento das infrações penais definidas nesta Lei, assim como nos recursos e nas execuções que lhes digam respeito, aplicar-se-ão, subsidiariamente, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal".
Portanto, aos crimes militares por extensão deverá ser observado o rito procedimental comum e, em se tratando de delitos encartados na Lei de Licitações, a despeito da especialidade do rito determinado pela Lei nº 8.666/93, poderá ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Penal comum e, em consequência, a absolvição sumária prevista no art. 397 do referido Diploma Adjetivo.

> Preliminar de nulidade rejeitada. Decisão por unanimidade.
> A figura típica descrita no art. 89 da Lei nº 8.666/93 formaliza-se quando o agente dispensa ou deixa de exigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou quando o agente deixa de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, ocorrendo a conduta ilícita, segundo a doutrina e a jurisprudência dos Pretórios, quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário, sendo necessário, portanto, um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por intermédio do afastamento indevido do processo licitatório.
> Os depoimentos prestados nos autos, longe de identificarem eventual intenção dos Réus de causar lesão ao patrimônio sob Administração Militar, evidenciam, isso sim, a tentativa de dar efetivo cumprimento à ordem dada pelo Comandante do 5º Regimento de Cavalaria Mecanizado, circunstância que afasta o dolo na conduta dos Apelados.
> Negado provimento ao Apelo ministerial. Decisão por unanimidade.

Por fim, em nova discussão acerca dos delitos militares por extensão, esta Corte Castrense se deparou com Decisão de Magistrado de primeiro grau que declinou da competência para o processamento e o julgamento de feito envolvendo Civil em delito militar por extensão em local sujeito à Administração Militar, sob o fundamento segundo o qual não se vislumbrou "(...) o enquadramento a quaisquer das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar (...)", tendo determinado a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, na forma do art. 147 do Código de Processo Penal Militar.

Trata-se do Recurso em Sentido Estrito nº 7000252- 56.2021.7.00.0000 (DJe: 09/06/2021).

Pois bem, a controvérsia dirimida naqueles autos dizia respeito à correta interpretação das mudanças promovidas pela novel Lei nº 13.491/2017, notadamente no que se refere à definição dos chamados crimes militares por extensão, haja vista a Decisão do Juízo de primeiro grau ter sido pautada no alcance do inciso II do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense.

Vale dizer que, em se tratando de Civil o investigado, ainda que o delito tivesse sido supostamente cometido em local sujeito à Administração Militar, isso não atrairia a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito, pois, nas hipóteses elencadas no inciso II do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense, o sujeito ativo é o militar.

Todavia, esse entendimento se contrapõe à reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, mormente porque, se por um lado a dicção do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar conduz à conclusão de que os "crimes militares por extensão" exigem a condição de agente militar dos sujeitos ativos e/ou passivos do delito, por outro lado o inciso III do citado dispositivo não deixa margem a dúvidas de que, tal como no caso em exame, é possível a tipificação pelos delitos definidos na lei penal comum, nos termos do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, ao dispor que "(...) os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II (...)", nos casos em que, por exemplo, o agente civil atente contra o patrimônio sujeito à administração militar ou contra a ordem administrativa militar (alínea "a").

Além disso, será crime militar quando praticado pelos agentes descritos no inciso III do citado dispositivo, em local sujeito à Administração Militar contra militar ou funcionário (alínea "b"), e mesmo fora de local sujeito à Administração Militar, contra militar no exercício de função de natureza militar ou de garantia da lei e da ordem (alínea "c").

Nesse contexto, considerando o comando constitucional insculpido no art. 124, cujo teor atribui à Justiça Militar da União a competência para o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar, é inegável que, sob o ponto da vista das investigações conduzidas pela Autoridade encarregada em sede de Inquérito Policial Militar, a despeito das conclusões ali expendidas, em preliminar análise, é sim possível que civis sejam agentes dos chamados crimes militares por extensão cometidos em local sujeito à Administração Militar, tal como no caso daqueles autos.

Corrobora essa conclusão recente precedente desta Corte Castrense, julgado em 10 de setembro de 2020. Trata-se do Recurso em Sentido Estrito nº 7000018-11.2020.7.00.0000, da lavra da eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, assim ementado:

> EMENTA: RECURSO INOMINADO. ARTIGO 146 DO CPPM. AUTUAÇÃO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. EXCEPTIO INCOMPETENTIAE RATIONE MATERIAE. ADVENTO DA LEI Nº 13.491/2017. CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO. DELITO PREVISTO NA LEI Nº 8.666/93. INDICIADOS CIVIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.
>
> A quaestio sub examine verte-se sobre a nova definição de crime de natureza militar, após a alteração redacional do inciso II do art. 9º do Codex Milicien; e sobre o exercício da competência constitucional e legal desta Justiça Militar da União para apreciar, no contexto previsto no Diploma Adjetivo, os delitos capitulados no Código Penal comum e em Legislação Especial praticados por civis.
> A lex materiae milicien não se limitou a descrever como delitos de competência da Justiça Penal Especial somente aqueles considerados "estritamente militares". Igualmente, o Diploma Substantivo abarcou os crimes de tipificação indireta e, com o advento da Lei nº 13.491/2017, os denominados "crimes militares por extensão".
> Resta inconteste que a novel redação do art. 9º, inciso II, do CPM, atenta às peculiaridades dos bens jurídicos militares federais, redefiniu o conceito de crime de natureza militar e ampliou significativamente a competência desta Justiça castrense, inexistindo para tanto regras competencionais distintas quanto ao status do agente.
> Sem embargo, com a edição da Lei nº 13.491/17, os crimes previstos na Lei de Licitações passaram a ser processados e julgados pela JMU, sempre que praticados em detrimento de patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar, pelo que resta inquestionável a atração da competência desta Justiça especializada federal.
> Desprovimento do recurso ministerial. Decisão por unanimidade. (Grifos nossos)

Conforme se extrai do voto condutor do citado Acórdão, tal como firmado no entendimento do Magistrado de primeiro grau, o Representante do Órgão ministerial que atuou naquele feito:

> (...) Em seu arrazoado, sustentou que a mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017, que definiu os "crimes previstos na legislação penal" como militares, aplica-se unicamente a delitos perpetrados por militares da ativa, razão pelo qual competiria à Justiça Federal de Pernambuco o processamento e o julgamento de civis, indiciados por suposta fraude em procedimento licitatório realizado pela 7ª RM.

Todavia, fundamentou a eminente Ministra, no que foi acompanhada pela unanimidade dos integrantes do Plenário desta Corte:

> (...) Data máxima venia, entendo como equivocada a irresignação ministerial, mormente em face de imperativo legal insculpido no art. 9º, inciso III, do CPM, que descarta os argumentos expendidos.
>
> Ab initio, impende relembrar que as regras competencionais seguem parâmetros definidos em legislação.
> Elucidam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho [2] que:
> A função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para o processo: por meio das regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.
> Pois bem, consabido que a Magna Carta, em seu art. 124, embora não explicite a matéria a ser julgada pela Justiça Federal Castrense, prescreve ser este o foro competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, valendo-se do critério ratione legis. Vê-se que o Poder Constituinte Originário deixou ao alvedrio da legislação infraconstitucional a delimitação do objeto sobre o qual a Justiça Militar exercerá sua jurisdição.
> Tal como colocado, em estrita observância à Lei Maior, crime militar é o previsto como tal pelo Código Penal Castrense. Transcrevo o art. 9º do CPM, in litteris:
> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal (...);
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II (...) (Grifo nosso)

Como se vê, a lex materiae milicien não se limitou a descrever como delitos de competência da Justiça Penal Especial somente aqueles considerados "estritamente militares". Igualmente, o Diploma Substantivo abarcou os crimes de tipificação indireta e, com o advento da Lei nº 13.491/2017, os denominados "crimes militares por extensão".

Dúvidas não restam de que, antes das inovações promovidas no Codex, a competência desta Justiça Especial restringia-se aos delitos própria e impropriamente militares. Por certo, ainda que um ilícito fosse cometido contra as Forças Armadas, se ele não restasse capitulado na legislação penal castrense, não competiria à JMU o seu processamento e julgamento.

Todavia, ao revés do alegado pelo Órgão ministerial, resta inconteste que a novel redação do art. 9º, inciso II, do CPM, atenta às peculiaridades dos bens jurídicos militares federais, redefiniu o conceito de crime de natureza militar e ampliou significativamente a competência desta Justiça castrense, abarcando delitos que outrora não lhe competiam, a exemplo dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), dos crimes da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97), dos crimes previstos na Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), inexistindo para tanto regras competencionais distintas quanto ao status do agente.

Do referido voto condutor, ainda é possível identificar a doutrina de outros juristas que tratam do assunto de forma clara e objetiva, os quais deixo de citar nesta matéria.

Percebe-se, pois, que o tema é palpitante e divide opiniões, sendo certo que, no citado precedente oriundo da Auditoria da 7ª CJM, a discordância foi suscitada pelo próprio Representante do Parquet, cujo posicionamento, contrário ao do Magistrado que referendou a competência desta Justiça Especializada, assentou que o fato de os agentes não serem militares afastava a competência desta Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento de feito cujo crime foi capitulado na Lei de Licitações, nos termos do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar.

Ocorre, no entanto, que, no que tange à matéria competencial, a configuração de crime militar exige a existência de fato típico, antijurídico e culpável, não bastando o enquadramento da conduta praticada no tipo penal, mas também que ela encontre perfeita adequação a uma das situações previstas no art. 9º do Código Penal Militar, uma vez que "(...) À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (...)" (art. 124 da Constituição Federal), entendendo-se como "lei" o Estatuto Repressivo Castrense.

Não se pode olvidar que a fixação da competência desta Justiça Especializada está umbilicalmente ligada aos bens jurídicos tutelados no Código Penal Militar, notadamente, a saúde, o patrimônio, a fé pública, a dignidade sexual, e outros, além de assegurar a ordem, a hierarquia e a disciplina castrenses, preceitos de índole constitucional com base nos quais são forjados os militares das Forças Armadas, nos termos do art. 142 da Carta Magna. Tudo com o objetivo de preservar as próprias Instituições Militares Federais, a sua atividade e os seus integrantes.

Conforme destacou com precisão Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Militar Comentado. Revista dos Tribunais. 2013. São Paulo. p. 17):

> (...) O Código Penal Militar tutela, igualmente, variados bens jurídicos, porém, sempre mantendo escalas: num primeiro plano, por se tratar de ramo específico do direito penal, tem por bem jurídico constante, presentes em todas as figuras típicas, de modo principal ou secundário, o binômio hierarquia e disciplina, bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142, caput, CF); num segundo plano, não menos rele-

> vante, os demais, como vida, integridade física, honra, patrimônio etc.. A constatação dos valores de hierarquia e disciplina, como regentes da carreira militar, confere legitimidade à existência do direito penal militar e da Justiça Militar (arts. 122 a 124, CF) (...).

Assim, no que diz respeito à possibilidade de capitulação nos chamados "crimes militares por extensão", introduzidos com o advento da Lei nº 13.491/2017, a inovação foi a de justamente ampliar o rol competencial definindo como crime militar aqueles descritos na legislação comum, o que, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense, atrai a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito.

Em conclusão, e conforme já descrito anteriormente, o tema relativo à introdução da Lei nº 13.491/2017 no ordenamento jurídico pátrio, cujo teor causou profunda transformação nesta Justiça Especializada, é absolutamente palpitante e, longe de se estabelecer um consenso, os entendimentos acerca de tal ou qual possibilidade ainda estão sendo forjados não só pelo Plenário desta Corte Castrense, bem como pelos Juízos de primeiro grau.

Muito ainda há que se debater, inclusive sobre a possibilidade de aplicação da Parte Geral do Código Penal comum em processos cuja apuração diz respeito aos crimes militares por extensão, hipótese esta que, em breve, será também levada ao conhecimento do Plenário do Superior Tribunal Militar.

LA DEMOCRACIA PARITARIA EN EL PERÚ

Equal democracy in Perú

Cecilia Milagros Díaz Huanca;
Magíster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional Lima, 2018-2020.

1. RESUMEN

La historia de la mujer en el mundo ha estado signada por la marginación y el abuso, producto de un sistema patriarcal y, posteriormente, del machismo imperante en casi todos los países. Llama la atención que, en los denominados Estados de Derecho Democrático, tal situación no haya variado y que la concesión de derechos fundamentales a las mujeres se da en forma mezquina, desmintiendo los postulados constitucionales.

Las condiciones en que las mujeres se desenvuelven en la sociedad actual, en pleno umbral del siglo XXI, no solo las relegan a labores domésticas, sino que, incluso, les niegan la necesaria libertad para la representación y participación ciudadana a través de la democracia paritaria.

En ese sentido, la presente investigación tiene como finalidad profundizar en el estudio de la democracia paritaria en el Perú, teniendo como objetivo identificar el nivel de participación de las mujeres en la democracia paritaria en el Perú, siendo un estudio cualitativo, con dos variables y de diseño Ex post facto.

Para el efecto, se utilizaron como fuentes de información, Sentencias y Resoluciones del Tribunal Constitucional; Informes de la Defensoría del Pueblo; la Constitución Política de 1993 y demás normas legales sobre la materia y la doctrina sobre la materia, además de la bibliografía y la Internet. Producto de la investigación, obtuvimos como principales resultados la comprobación de la discriminación histórica de la mujer en el Perú, caracterizada por la estigmatización de la mujer como ser inferior al hombre, reducida a las tareas domésticas, con pleno rechazo de sus derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Participación de la mujer, igualdad, democracia paritaria.

2. ABSTRACT

The history of women in the world has been marked by marginalization and abuse, the product of a patriarchal system and, later, of the prevailing machismo in almost all countries. It is striking that, in the so-called States of Democratic Law, such situation has not changed and that the granting of fundamental rights to women is given in a petty way, denying the constitutional postulates.

The conditions in which women develop in today's society, on the threshold of the 21st century, not only relegate them to domestic tasks, but even deny them the necessary freedom for citizen representation and participation through parity democracy.

In this sense, the present research aims to deepen the study of parity democracy in Peru, aiming to identify the level of participation of women in parity democracy in Peru, being a qualitative study, with two variables and Ex post facto design.

For this purpose, the Sentences and Resolutions of the Constitutional Court were used as sources of information; Reports of the Ombudsman's Office; the Political Constitution of 1993 and other legal norms on the matter and the doctrine on the matter, in addition to the bibliography and the Internet.

As a result of the research, we obtained as the main results the verification of the historical discrimination of women in Peru, characterized by the stigmatization of women as being inferior to men, reduced to domestic tasks, with full rejection of their fundamental rights

Keywords: Participation of women, equality, parity democracy.

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tuvo como objetivo central estudiar la forma en que la democracia paritaria se viene dando en el Perú. Nuestra percepción acerca del problema planteado, nos ha llevado, sin embargo, a profundizar en el análisis de la situación de la mujer, por considerar que el tema propuesto tiene sus raíces en dicha problemática y cuya complejidad exige considerar otros factores.

En ese entendido, debemos reconocer la existencia de una cultura de la desigualdad hacia las mujeres, porque no es un secreto que estas tienen los perores empleos, reciben los sueldos más bajos, tienen prohibida la maternidad si están trabajando, son objeto de acoso laboral y sexual, se las asesina sin condenar a los culpables y, en general, se las margina de la vida pública de manera prepotente.

Decimos, por tanto, que en nuestro país existe una cultura de desigualdad y, consecuentemente, de marginación a la mujer. Lo grave de esta situación es la desigualdad y marginación afectan al concepto de "persona" considerado en nuestra Constitución Política de 1993 como "fin supremo del Estado".

Al enfrentar el caso de la democracia paritaria, debemos, necesariamente, tomar en cuenta valores de máxima importancia, especialmente aquellos que se vinculan a la persona y cuyo respeto hace posible la vida pacífica en sociedad.

La historia de la mujer, desde tiempos remotos, en todas las sociedades, está signada por el dominio del varón, cuyo denominador común fue, y sigue siendo, la dedicación exclusiva de la mujer a las labores domésticas, cuando no, además, a laborar para contribuir a la economía familiar.

Luna, cita a Escandón, quien sostiene que "El patriarcado plantea una constante atemporal de las formas de subordinación femenina". http://www.ub.edu/SIMS/ pdf/Historia Genero/HistoriaGenero-03.pdf)

Por su parte, González & Romero (2013), consideran que el sistema patriarcal "conlleva a que las mujeres sientan miedo y culpa ante situaciones de peligro que tengan estrecha relación con la expresión de su sexualidad".

En el devenir de los siglos, bajo tales concepciones, se ha desarrollado una cultura predominantemente masculina, reflejada también en el hogar, con la situación de la mujer y la crianza de los hijos, en la que se concede mayor libertad a los varones que a las mujeres.

Por otro lado, la actual participación de las mujeres en actividades económicas, en la función pública, en la política o en otras que les dan independencia no es fruto del reconocimiento de sus cualidades, sino el logro de derechos a fuerza de lucha. En palabras de Radkau (1986), "no tiene mucho sentido insistir en la búsqueda de aisladas heroínas que como excepciones más bien confirman la regla".

El machismo, como mecanismo social de dominación del hombre hacia la mujer ha sido calificado por Lugo (1985) como "patología social", que comprende "una serie de conductas, actitudes y valores que se caracterizan fundamentalmente por una autoafirmación sistemática y reiterada de la masculinidad; o como una actitud propia de un hombre que abriga serias dudas sobre su virilidad".

La definición precedente, aunque caracteriza al machismo como "autoafirmación sistemática y reiterada de la masculinidad", a nuestro entender encierra un sentimiento de inseguridad expresado en una necesidad de ejercicio excesivo de poder y no tanto de dudas sobre la propia virilidad como lo afirmaría el Psicoanálisis. Creemos que el machismo tiene su real fundamento en una cuestión de valores socialmente condicionados, apoyados fuertemente por una educación con influencia de la religión católica.

No olvidemos que la educación católica ha tenido y todavía tiene mucho poder en la orientación "espiritual" de los educandos. Gracias a dicha influencia las niñas son educadas para desenvolverse como "buenas amas de casa".

En opinión de García (s/f)) "el machismo va contra la naturaleza de los hombres, la cultura machista ha atentado contra nuestra biología masculina, obligándonos a ocultarla bajo la autoexigencia de cumplir con el rol asignado a lo masculino". http://www.elpuertodesantamaria.es/pub/ igualdad/ ago12/cultura_machista.pdf.

Por su parte, Pizarro (2006), sostiene que "La sexualidad masculina se caracteriza por la jactancia, obsesión por el desempeño, rigidez sexual, tendencia a denigrar a la mujer, pseudohipersensibilidad, poca expresividad, pretensión de saber todo y obligación de tomar la iniciativa".

Cuando las mujeres se incorporan a la vida laboral, no pueden dejar de lado las labores porque sienten que esa es la forma en que deben vivir y, además, porque están expuestas a la crítica social si no lo hacen, con lo cual se crea socialmente un estereotipo de la mujer, diferenciándola del hombre para colocarla en una situación de dependencia y subordinación, incluso, de aceptación de la violencia.

Pero, no solo la educación ha contribuido al fortalecimiento del machismo. No olvidemos que las primeras Constituciones peruanas consideraban como ciudadanos solo a los varones, ya que ninguna mujer podía reunir los requisitos de ciudadanía expresados en ellas.

Como consecuencia de ello, la legislación, especialmente el Código Civil, mantuvo a las mujeres en un segundo plano, obligándolas a llevar el apellido del marido. También las limitó para inscribir a un hijo registrando el nombre del supuesto padre.

Frente al machismo, y en oposición a éste, surge el faminismo, que, según el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán (2004) ha evidenciado la situación de desigualdad de las mujeres, logrando "cambios normativos e institucionales en su favor".

Ferreyra (2016) sostiene que el feminismo "como movimiento histórico está enfocado en la coordinación de acciones y la transformación social, es por ello que es fundamental el análisis de las relaciones de poder existentes, tanto las evidentes como aquellas que no lo son tanto".

Según la Comisión Económica para América Latina y El Caribe - CEPAL (2015), "Las demandas de género y la reflexión desde el feminismo, inscritas en una visión crítica de las relaciones asimétricas de sexo y género, interpelan de manera radical tanto la visión del desarrollo como los alcances de la igualdad".

El Feminismo, como movimiento social a favor de las mujeres, no alcanza aun un nivel de aceptación que permita a la sociedad y a los gobiernos recoger las reivindicaciones necesarias para una verdadera transformación social que haga posible la igualdad entre varones y mujeres. Por el contrario, recibe críticas, cuando no, burlas, por sus propuestas y, por momentos, exacerba al machismo.

En la misma forma que el machismo no tiene ideología el feminismo tampoco la tiene, pero se nutre de valores y principios declarados después de siglos en las constituciones y en los tratados internacionales y plasmados en leyes que lamentablemente muchas veces no se cumplen.

Aranda (2013), se refiere a dos tipos de feminismo: a) feminismo de la igualdad y b) feminismo de la diferencia. Respecto al primero, dice que "la lucha contra la discriminación de la mujer no pone en cuestión ningún elemento clásico de la democracia representativa. Acepta que el sujeto esencial del sistema político es el individuo titular de sus derechos esenciales".

Esta posición estaría prescindiendo del concepto de género como "mujer" o "varón" para unificarlo en uno solo referido a la "persona" o, con mayor propiedad a la "ciudadanía" como característica esencial de la persona en sociedad.

No se trata, pues, del número de mujeres y de varones en una sociedad, sino de un derecho fundamental por el solo hecho de pertenecer al género humano y al que corresponde un único derecho: el de igualdad.

Con relación al feminismo de la diferencia, continúa Aranda diciendo que este modelo "…apela a los rasgos particulares y diferenciadores, a la heterogeneidad. Se forja en una lucha sobre afirmaciones revolucionarias y concepto esencialistas ante los que no queda más remedio que aceptar y formar parte del modelo o aparecer como enemigos".

Desde nuestro punto de vista, ambos modelos toman en cuenta solo una parte del todo, es decir, no puede negarse que la diferencia también forma parte de la igualdad y que

en esta también existe la diferencia, de modo que ambas posiciones resultan extremas y excluyentes.

Asimismo, creemos que resulta un error pretender buscar la igualdad desde la diferencia, porque se estaría incurriendo en el equívoco opuesto al machismo y, de cierta manera, a partir del reconocimiento pleno de los derechos adquiridos al hacer prevalecer la diferencia, se podría llegar a pretender invertir la situación y encaminar la sociedad hacia el matriarcado.

En consecuencia, consideramos que la forma más prudente y ponderada de asumir el pleno reconocimiento de los derechos de las mujeres, es partiendo de la igualdad, sin diferencias de género.

Martin (2008) señala que "La noción de «género» surgió de la necesidad de romper con el determinismo biológico implícito en el concepto sexo, que marcaba simbólica y efectivamente el destino de hombres y mujeres".

Incháustegui *et. al.* (2016), por su parte, consideran que "El género resulta entonces del proceso de producción de normas culturales sobre el comportamiento de los hombres y las mujeres en su interacción en las instituciones culturales, sociales, políticas y religiosas".

La Resolución 19 de la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing: Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* (1995) señala que:

> Es indispensable diseñar, aplicar y vigilar, a todos los niveles, con la plena participación de la mujer, políticas y programas, entre ellos políticas y programas de desarrollo efectivos, eficaces y sinérgicos, que tengan en cuenta el género, y contribuyan a promover la potenciación del papel y el adelanto de la mujer.

El Plan Nacional de Igualdad de Género PLANIG 2012-2017. "*Caminando hacia la Igualdad de Género,* partiendo de denunciar la equivocada idea de que el género es el sexo socialmente construido, "ya que en base a las diferencias naturales o biológicas de nuestros cuerpos (en los genitales y aparatos reproductores principalmente), se establecen diferencias culturales entre hombres y mujeres, las cuales varían según la historia y las distintas culturas"

El 15 de marzo de 2007, se promulgó la Ley Nº 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, cuyo Artículo 2, define la discriminación como:

> cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.

La CEPAL (2016b) sostiene que

> Desde la firma y ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, la Convención de Belém do Pará, y los Convenios 100, 111, 156, 183 y 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la agenda regional de género se ha basado de manera consistente y coherente en los instrumentos internacionales de derechos humanos que, con carácter vinculante, obligan a los Gobiernos a adoptar medidas y destinar recursos para garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres. De este modo, se reconoce el carácter universal, indivisible, interdependiente e inalienable de los derechos humanos de las mujeres y se propone adoptar medidas integrales para su aplicación, entre las que destaca la introducción de la noción de una cultura de respeto de los derechos humanos de las mujeres, que se refleje en programas como la educación en derechos humanos con perspectiva de género en todos los niveles de la enseñanza (CEPAL, 2004a, Consenso de México, D.F.)

La objetivación de los Tratados Internacionales en la Ley N° 28983 plantea un nuevo escenario respecto a las políticas de género e igualdad en nuestro país, cuyos objetivos están aún lejos de alcanzarse debido a la falta de empoderamiento de las mujeres. En ese sentido, la CEPAL (2012) sostiene que:

> prestar atención al empoderamiento económico de las mujeres tiene por objeto visibilizar el llamado silencio estratégico (Bakker, 1994), que ayuda a entender la causa de que en las políticas macroeconómicas no se hayan tenido en cuenta los sesgos de género y la persistencia histórica del modelo del hombre proveedor como norma de la división sexual del trabajo. En este sentido, la familia deviene un espacio especialmente crítico porque reproduce la división sexual del trabajo mediante la socialización primaria y la experiencia cotidiana.

Debemos hacer reparos al concepto de "*hombre proveedor"* utilizado por la CEPAL, puesto que, en el mundo moderno, las mujeres se han incorporado en forma masiva al trabajo, formal o informal, de manera que la provisión de recursos económicos al hogar ha dejado de ser una responsabilidad exclusivamente masculina.

Por otro lado, y esto nos parece crucial, la atención y dedicación a las tareas del hogar tienen también un valor financiero, dado que, si no los atiende la mujer, debería hacerlo una tercera persona a la que habría que abonarle por sus servicios.

En tal sentido, la mujer que trabaja y a la vez atiende las tareas domésticas, está haciendo una doble contribución económica, a diferencia del varón que solo aporta el producto de su trabajo, pero no participa en la atención de las obligaciones hogareñas.

Bidegain (2017) sostiene que

> Los principios de los derechos humanos proveen una orientación para el diseño e implementación de las políticas para la sostenibilidad y la igualdad de género. El principio de igualdad y no discriminación permite abordar las múltiples e interconectadas formas de discriminación contra las mujeres. El enfoque de la interseccionalidad contribuye a

> comprender cómo los diferentes sistemas de opresión y privilegios (basados en la raza-etnia, la edad, la orientación sexual y la identidad de género, el nivel socioeconómico, los territorios, entre otros) se entrecruzan y refuerzan mutuam*ente*.

En el Perú ha habido importantes avances en materia de igualdad de género, siendo el más significativo el enfoque de igualdad de género implementado por el Ministerio de Educación, frente a lo cual grupos conservadores han manifestado su disconformidad, como Padres en Acción (PEA), plantearon una demanda de acción popular la cual fue declarada infundada por la Corte Suprema de la República.

La construcción de la democracia no puede prescindir de ningún grupo, mayoritario o minoritario. Sin embargo, la historia de la humanidad, después de la instauración de las democracias está signada por la permanente marginación de diversos grupos, siendo el más significativo el de las mujeres, aduciendo para ello características de inferioridad respecto a los hombres.

Superado el impedimento del derecho a la educación, las mujeres han sido objeto de marginación para su participación en la vida política, lo que dio origen a muchos movimientos feministas que reclamaron el derecho al voto y a ser elegidas.

Para Salazar (2017)

> El término "Democracia paritaria', que habitualmente se reduce a su traducción meramente cuantitativa y relacionada con la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las instituciones, nos remite a una dimensión cualitativa que ha de proyectarse necesariamente sobre los dos ejes propios de un Estado constitucional: el poder y la ciudadanía. A su vez, implica revisar la construcción de las subjetividades, masculina y femenina y por tanto la base sobre la que edificar una teoría de los derechos que en cuenta la dimensión del género.

El pensador clásico Stuart-Mill (2010), señala:

> los que afirman que el hombre tiene derecho a mandar y la mujer está naturalmente sometida al deber de obediencia, y el hombre posee, para ejercer el gobierno, cualidades de que carece la mujer, perdería el tiempo si les dijera que están obligados a probar su aserto, so pena de verle desechado; de nada me serviría hacerles presente que al rehusar a las mujeres la libertad y derechos que son privilegio del hombre, haciéndose doblemente sospechosos de atentar a la libertad y declararse en favor de la desigualdad, a ellos en primer término toca aportar pruebas concluyentes de su opinión o confesar su error paladina y noblemente.

En nuestro país, si bien se han experimentado avances en la participación femenina en la política, todavía existen limitaciones a una plena participación. Sin embargo; en ocasiones el sentir de la voluntad popular se inclina a preferir buscar la representación de las mujeres por considerarlas personas honestas, aunque ello resulta insuficiente como fundamento para lograr el diseño de políticas y el desarrollo normativo para el ejercicio pleno de los derechos femeninos, como también para la comprensión pública de la necesidad de una mayor participación femenina.

Resulta un contrasentido que no obstante lo prescrito en la Constitución Política de 1993 respecto a los derechos fundamentales, sea el propio Estado el que limite las posibilidades de una efectiva participación de las mujeres en la vida política en la condición de representantes, asignándoles cuotas inferiores a las de los varones.

Dicha asignación no puede ser entendida como un acto de buena voluntad, sino como producto de la presión que los grupos feministas ejercen sobre el Ejecutivo y Legislativo. Además de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por el Perú, promueve el "derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" (Badeni, 2006)

4. MÉTODOS

El estudio realizado planteó como problema general la interrogante ¿Cuál es el nivel de participación de las mujeres en la democracia paritaria en el Perú?, en tanto que los problemas específicos, fueron:

a) ¿Existen políticas públicas orientadas al logro de una plena democracia paritaria?

b) ¿Cuáles son los factores que influyen en la democracia paritaria en el Perú?

Asimismo, se plantearon las siguientes hipótesis:

A. Hipótesis principal

El nivel de participación de las mujeres en la democracia paritaria en el Perú alcanza un bajo nivel, lo cual afecta los derechos constitucionales de las mujeres, así como el desarrollo de las instituciones

B. Hipótesis secundarias

a) El Estado peruano no ha desarrollado políticas públicas orientadas al logro de una plena democracia paritaria.

b) Los factores que influyen en la democracia paritaria en el Perú están relacionados con la ausencia de políticas públicas, las que a su vez están influenciadas por un tipo de sociedad machista.

La investigación trabajó con dos variables:

A. Participación de las mujeres. - Derecho constitucional de las mujeres a intervenir libremente en lo económico, político, laboral y demás aspectos de la vida pública, con los mismos derechos, oportunidad e igualdad que los hombres.

B. Democracia paritaria. - "Un concepto de sociedad integrada a partes iguales por mujeres y por hombres, en la cual la representación equilibrada de ambos en las funciones decisorias de la política es condición previa al disfrute pleno y en pie de igualdad de la ciudadanía, y en la cual unas tasas de participación similares o equivalentes (entre el 40 y el 60%) de mujeres y hombres en el conjunto del proceso democrático en un principio de democracia" (Proyecto Equal, 2007)".

Por la naturaleza de la investigación, no se trabajó con una población ni muestra definida, dado que el análisis es de tipo teórico.

La investigación es de tipo dogmática, cualitativa, con dos variables y su diseño es *Ex post facto*.

La recolección de datos comprendió la utilización de las siguientes fuentes documentales:

- Sentencias y Resoluciones del Tribunal Constitucional.
- Informes de la Defensoría del Pueblo.
- Constitución Política de 1993 y demás normas legales sobre la materia.
- Doctrina sobre la materia.
- Bibliografía.
- Páginas web

Para el procesamiento de la información se llevó a cabo el análisis lógico de la información recopilada.

A. Los aspectos sustanciales del tema de investigación.

B. Sentido de las disposiciones constitucionales y legales.

C. Sentido de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional.

D. Posición de la doctrina constitucional sobre la materia.

5. RESULTADOS

A lo largo de la historia, la situación de la mujer se ha caracterizado por la marginación y el abuso en todas las civilizaciones conocidas, reduciéndolas a las labores domésticas y negándoles sus derechos como personas.

Aun con la instauración de las democracias la situación de las mujeres no sufrió un cambio significativo, siendo la marginación más notoria el derecho al ejercicio del voto, lo que motivó intensas luchas por parte de organizaciones de mujeres que, incluso, tuvieron que recurrir a la violencia, siendo reprimidas hasta con la prisión.

Asimismo, durante largo tiempo se negó a las mujeres el derecho a la educación y al trabajo. No obstante, cuando se dieron los grandes conflictos bélicos de la primera y segunda guerras mundiales, las mujeres tuvieron que asumir el trabajo en las fábricas y en el campo, a pesar de lo cual, culminados dichos conflictos, fueron nuevamente marginadas, ignorándose el aporte que hicieron a favor de sus pueblos.

Si bien en la presente investigación se planteó el estudio de la democracia paritaria, dicho concepto se encuentra vinculado a un conjunto de variables que afectan a las mujeres, siendo la democracia paritaria solo uno de los tantos ámbitos de discriminación, existiendo otros mucho más sensibles, algunos de los cuales han merecido su consideración y persecución en el Derecho Penal.

En consecuencia, en el presente trabajo, no podemos referirnos exclusivamente a la democracia paritaria, porque esta es solo una de las manifestaciones de la discriminación hacia las mujeres.

Tratándose de un fenómeno mundial, la mayor parte de los países ha desarrollado instrumentos legales de protección a las mujeres, ocurriendo otro tanto a nivel internacional que ha dado origen a diversas declaraciones a las cuales dichos países se han suscrito.

A pesar de la abundante legislación promulgada y de las medidas administrativas adoptadas para proteger a las mujeres, estas ven amenazada su seguridad y derechos fundamentales en toda situación social. De allí que ha sido necesario legislar desde el hostigamiento sexual hasta el feminicidio, pasando por la igualdad de oportunidades laborales, las remuneraciones y el derecho a ser elegidas en igualdad de condiciones que los varones.

6. DISCUSIÓN

El principal factor condicionante de la discriminación femenina lo constituye el fenómeno del machismo que cosifica a la mujer, considerándola no solo inferior, sino, también, como un objeto de "libre disponibilidad" y, a la vez, "desechable", "vertiente del sexismo o prejuicio sexual…" a decir de De Moya (2011, https://www.geledes.org.br/el-machismo-icomo-afecta-a-las-mujeres- y-a-los-mismos-hombres/), idea reafirmada por Lugo (1985) como "autoafirmación sistemática y reiterada de la masculinidad" y por García Domínguez (http://www.elpuertodesantamaria.es/pub/igualdad/ago12/cultura_machista.pdf.), para quien "el machismo va contra la naturaleza de los hombres".

Esta idea ha motivado crímenes horribles que han sacudido la conciencia de la sociedad, sin que hasta el momento se pueda lograr atenuar, aunque sea mínimamente, el número de casos.

En este extremo, es conveniente poner de manifiesto la forma cada vez más cruel en que se atenta contra la vida de las mujeres, como si se tratara de un fenómeno de anomia dirigida hacia víctimas específicas.

Por otro lado, consideramos que el trasfondo del machismo se encuentra en el sistema patriarcal que caracteriza a nuestra sociedad, definido por Herreros (2017) como "una ideología de estructura, transversal, política y económica, con determinantes raíces históricas", de tal modo que considera a los demás como débiles e incompetentes, incapaces de tomar decisiones acertadas y, por lo tanto, necesitados de dirección.

Es decir, vivimos en una sociedad patriarcal y consecuentemente, machista, que percibe a los varones con atributos superiores e insuperables por las mujeres, las cuales deben aceptar la situación de sometimiento sin evidenciar signos de rebeldía.

En ese orden de ideas, la mujer es considerada como dependiente de la fortaleza del varón, desarrollándose con ello una relación de poder del varón sobre la mujer, en la que los derechos de esta no forman parte de su condición de ser humano, sino que se supedita al género, tal como señala Luna (http://www.ub.edu/SIMS/pdf/Historia Genero/HistoriaGenero-03.pdf), al afirmar que "la historia de las mujeres añade una cara de la política ignorada hasta ahora: el juego de poder desarrollado desde una diferencia sexual y contenido en el género."

Así las cosas, la mujer no puede tener iniciativa porque esta se interpreta como malicia, no puede desempeñar cargos de responsabilidad porque su inteligencia es inferior, no puede ganar más que los varones porque estos, se dice sin razón, son más competentes, etc.

A propósito de esto, es menester recordar algunas costumbres que se desarrollan en la mayoría de hogares y que forman parte del círculo vicioso que han sumido a las mujeres en un submundo de derechos. Tradicionalmente, se ha considerado que los varones tienen derecho a una mayor cantidad de alimento, tienen derecho a salir con plena libertad y llegar a altas horas de la noche, las hijas tienen la obligación de asistir a la madre en las tareas del hogar y en el cuidado de sus hermanos menores, entre otras conductas que las diferencian del sexo opuesto.

De esa manera, se condiciona socialmente el sometimiento de la mujer y se crea un escenario para ponerla al servicio del varón. Una de las consecuencias de dicho sometimiento es el maltrato psicológico y la agresión física que el varón asume como un derecho.

Es decir, nos encontramos en un problema de discriminación de género que abarca todas las esferas de la vida de las mujeres. Dada la percepción negativa acerca de las mujeres, se ha instaurado una cultura de discriminación de género cuyas raíces se remontan a siglos de existencia de la sociedad, confirmada por las palabras de Stuart Mill (2010), para quien "nuestros sentimientos relativos a la desigualdad de los dos sexos son, por infinitas causas, los más vivos, los más arraigados de cuantos forman una muralla protectora de las costumbres e instituciones del pasado."

Respecto a la democracia paritaria, específicamente, las disposiciones legales se muestran aún mezquinas para reconocer los derechos de las mujeres a participar en la vida política, siendo la prueba más palpable la legislación en materia de cuotas, siendo discordante tal realidad con la percepción de Salazar (2017), para quien la democracia paritaria debe proyectarse sobre el poder y la ciudadanía como ejes del Estado, al mismo tiempo que "implica revisar la construcción de las subjetividades, masculina y femenina y por tanto la base sobre la que edificar una teoría de los derechos que en cuenta la dimensión del género".

En el Derecho Comparado son pocos los países cuya legislación asume la participación de las mujeres en igualdad de condiciones con los varones, destacando en ese sentido la Ley N° 018 del 16 Junio 2010 Ley del Órgano Electoral Plurinacional de Bolivia, cuyo texto exige la paridad en toda elección, no solo respecto al derecho al voto, sino también en la composición de los órganos electorales. Es de destacar también que la norma bolivia-

na asocia el género a la interculturalidad, razón por la cual se eleva como una de las más potentes en materia de democracia paritaria.

Chile, por su parte, si bien ha incrementado la cuota de participación femenina, mantiene el porcentaje de 60% para varones o mujeres, lo que quiere decir que, eventualmente, las mujeres estarían con una cuota máxima de 40%. No obstante, el año 2009, por Ley 20.348, se resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre mujeres y hombres.

Colombia ha legislado disponiendo la igualdad y equidad de género, pero no ha establecido una cuota.

Argentina limita su legislación a disponer la elaboración de listas intercaladas de varones y mujeres en los casos de candidaturas.

Costa Rica, en cambio, ha asignado cuotas de 50% para varones y mujeres.

Ecuador, en forma similar a Argentina, plantea la paridad de género en forma alternada y secuencial.

El Salvador trata el tema de una manera difusa, puesto que se refiere a la promoción de la participación de la mujer, aunque se refiere con ello a la paridad de género, sin fijar cuota.

México, pone el énfasis en la igualdad de oportunidades y la paridad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular, tanto en el caso de candidatos titulares como de suplentes.

Panamá asigna una cuota de género de 50%.

Paraguay es uno de los países que se encuentra a la zaga de los demás países latinoamericanos, debido a que asigna una cuota mínima de 20% para las mujeres.

Uruguay solo se refiere en su legislación a la participación equitativa de personas de ambos sexos.

La legislación venezolana garantiza los derechos de participación política de forma paritaria en las elecciones, con una cuota de 50%.

Como se puede apreciar, a nivel latinoamericano no existe uniformidad respecto al reconocimiento de la participación de las mujeres en la vida política.

No obstante, resulta innegable que se han llevado a cabo acciones legislativas orientadas a garantizar una mayor participación femenina, pero tales medidas colisionan con el problema de fondo que representan el patriarcado y el machismo. Una de las formas más eficaces para erradicar tales concepciones es, desde nuestro punto de vista, la educación.

Sin embargo, el intento de reforma educativa respecto al género ha encontrado una fuerte oposición por parte de grupos conservadores, liderados por religiosos y respaldados

por algunos congresistas que realizan constantes movilizaciones para desacreditar la reforma.

Todo ello sucede a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en diferentes sentencias y de la Defensoría del Pueblo en sus diversos informes defensoriales.

Con relación a las elecciones 2017 en el Colegio de Abogados de Lima, ha llamado la atención la elección de una mujer al cargo de Decana, habida cuenta que en la primera vuelta fuera un varón quien lideraba las preferencias de voto.

Desde el punto de vista de género, la forma en que se dieron los resultados, no creemos que el criterio de género haya sido decisivo para la elección de la doctora María Elena Portocarrero, habida cuenta que en la primera vuelta, el doctor Javier Villa Stein obtuvo el primer lugar. Si el género hubiera sido el factor de orientación del voto, Villa Stein hubiera ganado la segunda vuelta de manera indiscutible. Por el contrario, lo que habría primado como criterio sería el programa que cada uno de los candidatos que pasaron a la segunda vuelta presentaron a los electores.

7. CONCLUSIONES.

1. La situación de discriminación de la mujer es un fenómeno histórico y universal que ha caracterizado a todas las sociedades desde tiempo remotos. Ello, ha dado origen a una profunda cultura de marginación hacia las mujeres, lo que ha traído como consecuencia el desconocimiento de sus derechos, convirtiéndolos en una cuestión de género.

2. La separación de tareas, primero en el hogar y luego en la sociedad, ha marcado una línea divisoria entre varones y mujeres, de tal manera que socialmente se reconocen "actividades masculinas" y "actividades femeninas". Ello, a pesar que son incontables los casos en que las mujeres han demostrado su capacidad para realizar labores consideradas eminentemente masculinas.

3. El rechazo al reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres no es privativo de los varones, pues, muchas mujeres argumentan también a favor de dicho rechazo, no siendo raro que se culpe a las mujeres por actos que lesionan su integridad, dignidad y hasta su proyecto de vida. Como ejemplo propio de nuestra realidad, en el caso denunciado por la congresista Paloma Noceda, varias congresistas votaron a favor de su acosador.

4. La legislación por sí sola resulta insuficiente para lograr el pleno reconocimiento de derechos a las mujeres, ya que es necesaria la voluntad política enfrentar el problema de una manera integral. Hasta ahora, tal como ha señalado la defensoría del Pueblo, las acciones multisectoriales han tenido escaso resultado porque se han dado en forma desorganizada.

5. En ese orden de ideas, estamos de acuerdo en que, tal como lo ha planteado el Ministerio de Educación, la acción educativa es el arma más poderosa para lograr cambios profundos y sostenidos en favor de las mujeres, pero hacemos la salvedad que nuestra postura va más allá de una cuestión de género, para enfocarse en una consideración de calidad de ser humano de las mujeres.

6. Consideramos que la mujer ha demostrado capacidad para afrontar empleos y retos complejos, en igualdad de condiciones que los varones. Bajo esta idea, corresponde asumir que la función gerencial o directiva por parte de las mujeres tiene el potencial de lograr grandes cambios en la sociedad.

7. Aunque no ha sido expuesto en los estudios consultados, estimamos que la situación de la mujer puede estar vinculada, también, a una idea equivocada acerca de la economía, por considerar que las labores domésticas dejan mayor espacio a los varones para el desarrollo de actividades económicas. Para comprender esta idea en nuestro país, basta con recordar el concepto de "ciudadano" contenido en las primeras constituciones, las que incluían en él solo a los varones mayores de edad y con una economía independiente, abarcando solo al género masculino e incorporando una condición de orden económico que en dicha época no podían acreditar las mujeres.

8. La marginación de las mujeres ataca derechos fundamentales, entre los cuales cabe citar el derecho al trabajo, a contratar, a la no discriminación, a la igualdad y al proyecto de vida, entre los más relevantes.

9. La situación de la mujer resulta desventajosa en diversas esferas, desde el acoso callejero hasta el feminicidio, pasando por el hostigamiento sexual, la trata de personas, la discriminación laboral, etc., situación que resulta difícil controlar mediante la emisión normativa, dada la diversidad de conductas y de ámbitos.

10. La consecuencia más perniciosa de la marginación y maltrato de las mujeres lo constituye la afectación emocional por sus consecuencias destructivas sobre su personalidad, especialmente en lo que respecta a la casi desaparición de su capacidad de respuesta frente a la agresión y el desarrollo de sentimiento de culpa, lo que conlleva al total sometimiento a su agresor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANDA, E. (2013) **Democracia paritaria. Un estudio crítico**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

BADENI, Gregorio: (2006) **Tratado de Derecho Constitucional**. T. I. 2da. edición actualizada y ampliada. La Ley. Buenos Aires.

BIDEGAIN, N. (2017) **La Agenda 2030 y la Agenda Regional de Género Sinergias para la igualdad en América Latina y el Caribe**. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Serie Asuntos de Género N° 143. Santiago de Chile.

CENTRO de Derechos y Desarrollo: Plan Nacional de Igualdad de Género PLANIG 2012-2017. "*Caminando hacia la Igualdad de Género*".

Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán: (2004) **25 años de feminismo en el Perú**: Historia, confluencias y perspectivas. Seminario Nacional 16 – 17 de septiembre, 2004.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): (2016a) **Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible**. XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (Montevideo, 25 a 28 de octubre de 2016)

Comisión Interamericana de Mujeres: (2016b) **La democracia paritaria en América Latina**: Los casos de México y Nicaragua. Washington, DC.

FERREYRA, M. (2016) **Género y feminismo**. Una aproximación. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.

GARCÍA, A. (s/f) **La influencia de la cultura machista en la violencia de género**. http://www.elpuertodesantamaria.es/pub/igualdad/ago12/cultura_machi sta.pdf.

GONZÁLEZ, R. & Romero, V. (2013) "**Machismo** ¿Una forma de vivir?" Universidad del Bío-Bío. Facultad de Educación y Humanidades. Departamento de Ciencias Sociales. Psicología.

INCHÁUSTEGUI, T. *et. al.* (2016) **Género y feminismo**. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Gaceta Políticas.

LUGO, C. (1985) **Machismo y violencia**. Revista Nueva Sociedad N° 78 Julio- Agosto 1985. México.

LUNA, Lola: **Historia, Género y política**. http://www.ub.edu/SIMS/pdf/Historia Genero/HistoriaGenero-03.pdf.

MARTIN, A. (2008) **Antropología del género**. Culturas, mitos y estereotipos sexuales. Segunda edición. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer.

Naciones Unidas: **Informe de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing**: Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

PIZARRO, H. (2006) **Porque soy hombre**. Una visión a la nueva masculinidad. http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Porque_soy_hombre.pdf

RADKAU, V. (1986).**Hacia una historiografía de la mujer**. Revista Nueva Antropología, vol. VIII, núm. 30, noviembre. Asociación Nueva Antropología A.C. Distrito Federal, México.

SALAZAR, O. (2017) **Género, poder y ciudadanía**. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Córdoba.

STUART-MILL, J. (2010) **El sometimiento de la mujer**. Sociología Alianza Editorial.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS PENAIS MAIS RECORRENTES E JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR ENTRE 2018 E 2020.

Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros[122]
Ministro do Superior Tribunal Militar

RESUMO

O presente artigo tem o propósito de trazer considerações sobre os tipos penais com maior incidência de julgamento pelo Superior Tribunal Militar (STM) entre 2018 e 2020. Para tanto, será apresentado um breve histórico da Justiça Militar da União e sua competência; qualificar-se-á os crimes mais incidentes na Justiça Castrense, resultado de dados estatísticos disponibilizados no STM; bem como, apresentar-se-á jurisprudências que enfatizam o debate a respeito das teses jurídicas que permeiam tais delitos. Quanto aos objetivos da pesquisa, será de cunho exploratório-descritivo; de natureza qualitativa. Privilegiou-se a pesquisa documental e bibliográfica para a análise do conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: STM. Crimes. Julgamento. Justiça. Militar.

INTRODUÇÃO

A Justiça Castrense remonta ao Império Romano. Conquistas territoriais ensejaram o surgimento do Tribuno Militar que acumulava as funções de comandante e magistrado, o qual se reportava ao Pretor.

Em Portugal, os Conselhos de Guerra foram criados a partir de 1640. Eles influenciaram a Justiça Militar no Brasil.

Segundo Rosa Filho (2017), na França, após a Revolução de 1789, apareceram o ―Juiz de Instrução Militar‖ e o ―Ministério Público‖, com as funções de acusação, inerentes ao Ministério Público; de formação da culpa, pelo Juiz de Instrução; e de julgamento, pelo Conselho.

A vinda da Família Real para o Brasil provocou significativas mudanças na estrutura política e administrativa da Colônia. Em 1º de abril de 1808, o Príncipe Regente de Portugal, D. João, criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Conforme aludido pelo Ministro Ten Brig Ar Refº Cherubim Rosa Filho em sua obra *A justiça militar da união através dos tempos - ontem, hoje e amanhã*:

> A vinda forçada da Coroa Portuguesa para o Brasil obrigou o Príncipe Regente D. João a criar, na colônia, instrumentos necessários para po-

[122] Almirante de Esquadra. Ministro do Superior Tribunal Militar. Doutor em Ciências Navais.

> der governar. Entre eles, pelo Alvará, com força de Lei, de 1º de abril de 1808, D. João, Príncipe Regente de Portugal, criou, na cidade do Rio de Janeiro, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, que acumulava funções administrativas e judiciárias. A transferência da Corte Portuguesa para o Brasil teve, assim, além de significado político e econômico de que se revestiu, decisiva repercussão na ordem jurídica. Notável destacar-se que, desde sua implantação até 1893, a Presidência do Conselho foi exercida pelos Governantes — D. João, D. Pedro I, D. Pedro II, Marechal Deodoro e Marechal Floriano — atentando para a grande importância, tanto administrativa quanto judicante, da Justiça Militar. Com a denominação de Supremo Tribunal Militar pela Constituição de 1891, continuou a prestação jurisdicional até a Constituição de 18 de outubro de 1946, com a qual recebeu o nome atual — Superior Tribunal Militar (ROSA FILHO, 2017, p. 14).

Segundo Queiroz (2008), a estrutura da Justiça Militar era composta por três tipos de órgãos judiciários formados por oficiais: Conselho de Disciplina; Conselho de Investigação; e Conselho de Guerra. Havia, ainda, o Conselho de Inquirição para justificação de oficiais. O Conselho de Disciplina julgava desertores e outros réus em delitos menores. O Conselho de Investigação era incumbido de apurar crime militar e identificação da autoria, sem poder julgá-los, exceto nos casos de deserção de oficiais. Os Oficiais-Generais, ao receberem denúncias de delitos militares com evidência duvidosa, nomeavam e ouviam os Conselhos de Investigação, cujo parecer era informativo e servia para juízo de convencimento. O julgamento ficava a cargo do Conselho de Guerra. A acusação poderia ser exercida por um oficial designado pelo Auditor ou pelo Comandante.

O Conselho de Guerra julgava crimes do foro militar; era a 1ª instância. Atuava através de Juntas, Conselhos, Comissões Militares, para processar e julgar os envolvidos nos movimentos armados regionais. O Conselho de Guerra era constituído de um presidente, cinco vogais e um auditor. Quando o Conselho tinha que julgar soldados ou oficiais subalternos, era composto de um oficial superior, presidente (que não podia ser o comandante da unidade) e de cinco oficiais, como vogais, que não fossem da Companhia do réu. O Conselho de Guerra para Oficiais-Generais, além do Auditor, deveria ser formado apenas por Oficiais-Generais (ROSA FILHO, 2017, p. 18).

A Constituição outorgada, em 1824, pelo Imperador D. Pedro I, previu a organização de um Poder Judiciário, o qual teve sua estruturação iniciada com a Carta Magna de 1891. Ela estabeleceu foro especial composto pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes. Desse modo, o Supremo Tribunal Militar e a Justiça Militar tornaram-se órgãos judicantes especiais, ainda não integrados na estrutura do Poder Judiciário. Somente com a Constituição de 1934 os Tribunais Militares e seus Juízes foram incorporados na estrutura desse Poder.

A partir de 1946, o Tribunal passou a denominar-se Superior Tribunal Militar (STM), com composição regida pela própria Lei Maior.

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seus artigos 122, 123 e 124, as normas para a Justiça Militar da União (JMU), especificando, seus órgãos integrantes, a composição e a competência do Tribunal.

Conforme Rosa Filho (2017), a Justiça Militar possui fontes legais próprias quais sejam: Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares e a Lei Orgânica da JMU. Com o advento da Lei nº 13.491/2017, que alterou o Decreto-Lei nº

1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar (CPM) –, os crimes previstos na legislação penal comum quando praticados nas circunstâncias estabelecidas pelo art. 9º do CPM agora são considerados crimes militares.

Assim sendo, em complemento ao que preceitua a Constituição Federal, o Poder Judiciário Militar se valerá desses instrumentos para cumprir a sua missão.

Administrativamente, a Justiça Castrense atua em 12 Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), correspondendo à primeira instância recursal. O Superior Tribunal Militar é a segunda instância.

Nas Auditorias das CJM, reúnem-se, em tempo de paz, os Conselhos de Justiça Militar — Especiais ou Permanentes — constituídos por quatro oficiais, escolhidos por sorteio, e de um juiz civil do quadro da magistratura da Justiça Militar, denominado, atualmente, Juiz Federal da Justiça Militar, que o preside. Essa nomenclatura foi inserida com o advento da Lei nº 13.774/2018, a qual alterou a Lei nº 8.457/1992, que ―Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares‖.

Acrescenta-se, ainda, entre as modificações promovidas pela legislação referenciada acima, a que atribuiu a competência ao Juiz Federal da Justiça Militar processar e julgar os civis e os militares em crimes conexos com os civis (art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992). Os Conselhos Especiais processam e julgam Oficiais, com exceção dos Oficiais-Generais, cuja competência é do STM. Os Conselhos Permanentes processam e julgam os acusados, militares ou ex-militares que não sejam Oficiais.

DIREITO PENAL MILITAR E TIPOS PENAIS MAIS RECORRENTES JULGADOS PELO STM

O Direito Penal Militar (DPM), um ramo especial da ciência jurídica, tem por finalidade tutelar todo o arcabouço jurídico que sustenta as Forças Armadas e, em especial, os princípios da hierarquia e a disciplina. No Direito Penal Comum, a proteção dos bens jurídicos mais importantes consiste no primado sobre o qual paira a visão moderna da sociedade contemporânea, como, por exemplo, a proteção da vida e da liberdade. No DPM, o que está em xeque são os princípios regentes e considerados alicerces das Forças Singulares: hierarquia e disciplina. Essas duas fontes são tão importantes para o desempenho e missão institucional que a CRFB/1988 assim consagrou:

> 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.

Por outro lado, há que ressaltar a necessidade de existir regras mais rígidas que protejam princípios/instituição em comparação daqueles direitos tutelados por toda sociedade e consagrados na CRFB/1988:

> Essa especialização se justifica na medida em que entendemos que a sociedade civil tem como base a liberdade, enquanto as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina, seus princípios basi-

> lares. Essa visão torna-se muito clara quando observamos que o Código Penal Militar – instituído pelo Decreto-lei n. 1.001, de 21.10.1969 – estabelece como bens jurídicos tutelados a autoridade e disciplina militar, o serviço e o dever militar, definindo como crimes a deserção, a recusa de obediência, o desrespeito a superior etc., condutas essas que não apresentam qualquer relevância para a sociedade civil, mas de fundamental importância para o regular funcionamento das instituições militares. (CRUZ e MIGUEL, 2013, p. 119).

Nesse diapasão, por ser um ramo do direito específico e com características próprias, há conceitos importantes que determinam o regular procedimento processual dos casos levados a termo na Justiça Castrense. Assim, a classificação dos crimes militares apresenta-se como uma vertente de grande relevância no momento em que os casos concretos são submetidos à apreciação dessa justiça especializada, haja vista que a condição de militar ou civil se torna essencial ao regular trâmite processual. Por esse caminho, podemos destacar a definição de crime propriamente militar, crime tipicamente militar e crime impropriamente militar. Vejamos o que diz Cruz e Miguel (2011, pp. 23 e 24):

> Crime propriamente militar – Percebe-se que o art. 5, LXI, da CR permite a prisão, independentemente de mandado judicial, nos crimes propriamente militares, definidos em lei; porém, até o momento, não houve qualquer regulamentação nesse sentido. Assim, entendemos que crime propriamente militar é aquele que só pode ser praticado por militar. Exemplos: deserção (artigo 187), recusa de obediência (artigo 163) e abandono de posto (artigo 195).
> Crime tipicamente militar – é aquele que só está previsto no Código Penal Militar. Exemplos: insubmissão (artigo 183) é praticado por civil, porém só está previsto no CPM; deserção (artigo 187), além de ser propriamente militar, também é tipicamente militar.
> Crime impropriamente militar – encontra-se previsto tanto no CPM como no CP, com igual definição. Exemplos: homicídio, roubo e apropriação indébida.

Ressalta-se que não basta que o ato seja aparentemente uma ação considerada delituosa, ou seja, tida como um fato típico e ilícito para ser considerado crime militar. Necessário, ainda, que a ação se amolde aos critérios estabelecidos pela legislação penal militar, na forma da exegese do art. 9º do CPM, de modo estabelecer o nexo de causalidade apto a resultar na culpabilidade do agente.

Assim sendo, dentre os crimes militares previstos na legislação e após consulta dos dados estatísticos disponibilizados pelo STM,[123] chegou-se à conclusão que os tipos penais com maior incidência na Justiça Militar entre 2018 e 2020 são: Deserção (art. 187), Estelionato (art. 251) e Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290).

Assim, torna-se factível tecer algumas considerações sobre esses crimes de maior incidência, objetivando subsidiar as Forças Armadas, a fim de permitir o aperfeiçoamento dos procedimentos no cotidiano da caserna, possibilitando informação e conhecimentos aos militares desde o início da carreira.

[123] Fonte: https://stm.jus.br/gestao-estrategica/pagina-inicial-gest-estrategica/justica-em-numeros.

DA DESERÇÃO

O art. 187 do CPM define o crime de Deserção da seguinte forma: ―Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias‖ (CPM, 2018, p. 112). Consiste de ilícito corriqueiro na caserna, sendo classificado como um crime propriamente militar, ou seja, que só pode ser praticado por militar. Trata-se de um crime de relevância ímpar na rotina diária militar, pois o tipo penal tutela o serviço militar e a instituição em todo seu mister.

Dentre as características valorativas que envolvem a figura típica, além da forma clássica da Deserção, há outros tipos penais preconizados no Capítulo II do CPM, como os Casos Assimilados (artigos 188 e 189), a Deserção Especial (art. 190), o Concerto para Deserção (art. 191), Deserção por evasão ou fuga (art. 192) e Favorecimento a desertor (art. 193).

Nesse passo, vale ressaltar o debate jurídico que se prolonga no tempo afeto à natureza jurídica do crime de Deserção e suas implicações práticas. Há momentos em que a doutrina o conceitua como crime instantâneo de efeitos permanentes e, em outros, considera tratar-se de crime permanente, que são aqueles cuja prática delitiva se perpetua no tempo. Assis (2011, p. 383) entende que ―não há dúvida, entretanto, tratar-se de um crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo‖.

Há quem entenda diferente, Cruz e Miguel (2013, p. 119) justificam que ―o delito é de mera conduta e instantâneo de efeitos permanentes, apesar de o Superior Tribunal Militar, de o Supremo Tribunal Federal (STF) e de boa parte da Doutrina entenderem que se trata de crime permanente em razão de o agente poder fazer cessar os seus efeitos quando desejar‖.

Nesse sentido, a legislação processual castrense, ao dispor sobre os efeitos do termo de deserção, é clara ao ressaltar que a lavratura do termo sujeita o desertor à prisão de imediato, com a seguinte redação:

> ―Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.

Outra ponderação jurídica que não deixa de ser destacada, mesmo que já superada pela jurisprudência majoritária do STM, ocorre na assertiva de o militar que cometeu crime de deserção, após sua exclusão da Força, passar a ser jugado pela Justiça Comum. Já é pacífico o entendimento de que prevalece a competência da Justiça Castrense, haja vista que na aplicação da norma vigora o Princípio da Especialidade, além do que, ao tempo do crime, ostentava-se a condição de militar. Nesse sentido, a jurisprudência:

> ―EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE DESERÇÃO. ACUSADO CIVIL QUE, AO TEMPO DO CRIME, OSTENTAVA A CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA DO EXÉRCITO. LEI Nº 13.774/2018. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. Delito de deserção previsto no art. 187, caput, c/c o art. 189, inc. II, ambos do Código Penal Militar. Hipótese em que, ao tempo do crime, o Acusado ostentava a condição de militar da ativa do Exército. A Lei nº 13.774/2018, embora tenha provocado, por via oblíqua, signifi-

> cativa redução da competência dos Conselhos para julgar os réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar, dela não retirou a de julgar aqueles que ao tempo do crime eram militares, independentemente de, após, terem se tornado civis. Provimento do Recurso interposto pelo MPM para, cassando a Decisão hostilizada, reconhecer a competência do Conselho Permanente na espécie. Decisão por maioria. (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N.º 7000493-98.2019.7.00.0000/STM, Ministro Relator para Acórdão LUIS CARLOS GOMES MATTOS, J. 27/06/2019, Publicação 14/08/2019 in DJ de 14/08/2019).

Não obstante, é digno de nota ressaltar que a hipótese de o acusado, mesmo após ser licenciado, responder pelo crime não é unânime, de modo que questionamentos em torno da legalidade desse procedimento são palco de debates. No STM há o entendimento de que, mesmo após o licenciamento, a Justiça Castrense é competente. Já o STF, por sua vez, considera que o licenciamento configura ausência de condição de procedibilidade, haja vista a perda da condição de militar. Cita-se as jurisprudências de ambas as Cortes que evidenciam essa questão:

> EMENTA: APELAÇÃO. DPU. DESERÇÃO (ART. 187, C/C 189, I, DO CPM). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU PARA JULGAR CIVIS. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. SUPOSTA PERSEGUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ENUNCIADO Nº 3 DA SÚMULA DO STM. APLICABILIDADE. MANUTENÇÃODA SENTENÇA CONDENATÓRIA. Militar do Exército Brasileiro que se afasta do serviço militar, sem a devida autorização, por mais de oito dias, comete o crime de deserção previsto no art. 187 do CPM. O crime de deserção é de mera conduta, consumando-se com a ausência injustificada e sem a devida autorização da Unidade Militar quando ultrapassado o prazo de graça definido pelo tipo penal incriminador. Apelação defensiva na qual argui-se, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar civil, e tendo em vista o licenciamento superveniente do Réu, o qual passou a ostentar a condição de civil. A teor do que dispõem o art. 124 da CF/1988 e o art. 9º da Lei Penal Castrense, compete à JMU processar e julgar os crimes militares definidos em lei, sejam eles cometidos por militares ou civis. O Juiz Natural, no caso, é o Conselho Permanente de Justiça, conforme Enunciado nº 17 da Súmula do STM. Preliminar que se rejeita por unanimidade. Preliminar defensiva - de perda da condição de prosseguibilidade da ação penal militar, devido ao licenciamento do Réu do serviço ativo do Exército, para que seja declarada a nulidade da Sentença recorrida e a extinção do feito sem julgamento do mérito - rejeitada. Decisão majoritária. Não houve a caracterização das alegações de presença da excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, por suposta perseguição sofrida em ambiente de trabalho. Era exigível do Réu conduta diversa da de se afastar da Organização Militar a que pertencia de forma deliberada e sem qualquer comunicação ou autorização de seus superiores hierárquicos. As alegações de cunho particular desprovidas de comprovação não elidem o crime em tela, a teor do Enunciado nº 3 da Súmula do STM. Apelo desprovido. Decisão Unânime. (APELAÇÃO N.º 7000064-63.2021.7.00.0000/STM, LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 12/08/2021, Data de Publicação: 03/09/2021, in de 03/09/2021).‖
>
> "Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Rafael da Silva Sousa, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que negou provimento à Apelação nº 234-

> 73.2016.7.11.0211/DF. A impetrante sustenta, em síntese, que o paciente está sendo processado pelo crime de deserção (CPM, art. 187). Porém, o fato de ter sido desligado das fileiras das Forças Armadas, em virtude do término do período de serviço militar obrigatório, afasta —a condição de procedibilidade/prosseguibilidade para a persecução penal militar (...)‖. Requer o deferimento da liminar para suspender o andamento do processo-crime na origem. No mérito, pleiteia a concessão da ordem a fim de —extinguir a ‗Ação Penal Militar' por perda da condição de procedibilidade/prosseguibilidade, caracterizando ilegitimidade passiva superveniente, em virtude do licenciamento que causou a perda do status de militar da ativa‖. Examinado os autos, decido. Transcrevo o teor do julgado questionado: —APELAÇÃO. DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CPM. SENTENÇA A QUO QUE JULGOU EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, A AÇÃO PENAL MILITAR REFERENTE A DESERTOR. Militar que se ausenta sem autorização por mais de oito dias de sua OM consumando a deserção, ocasionando sua exclusão do serviço ativo do Exército. Após apresentar-se voluntariamente, foi considerado apto para o serviço militar, reincluído ao serviço ativo e denunciado. Posteriormente, em face da notícia de que o Réu havia sido licenciado da Força, o Conselho Permanente de Justiça julgou extinto o processo sem resolução do mérito. O licenciamento de militar não é abrangido pelas hipóteses legais previstas no CPPM de extinção do processo sem julgamento do mérito e, conforme entendimento majoritário desta Corte, não cria óbice ao prosseguimento da Ação Penal Militar. Analisa-se a conduta do militar que cometeu o crime de deserção, devendo ser julgado e processado pelo ato que praticou, independente de sua condição de militar da ativa. Precedentes. Recurso ministerial provido para cassar a Sentença recorrida e determinar a baixa dos autos ao Juízo de origem para o regular prosseguimento do feito. Maioria‖ (anexo 3). Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste writ. O deferimento de liminar em habeas corpus, como se sabe, é medida de caráter excepcional, cabível apenas se a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano, ou quando a situação apresentada nos autos demonstrar manifesto constrangimento ilegal, o que se vislumbra na espécie. No caso, reconheço a plausibilidade jurídica dos argumentos relativos à perda da —condição de procedibilidade/prosseguibilidade‖ da ação penal, à qual o paciente, que não mais integra as Forças Armadas, responde pelo crime de deserção (CPM, art. 187). Com efeito, o entendimento do Superior Tribunal Militar a respeito da possibilidade de o paciente ser julgado e processado pelo crime de deserção, independente de sua condição de militar da ativa, contrasta, salvo melhor juízo, com o entendimento deste Supremo Tribunal, que já se manifestou no sentido de que —a condição de militar é necessária para ‗o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção [CPPM 457, § 2º]'.‖ (RHC nº 138.449/DF-MC, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 6/12/16). Perfilhando esse entendimento: —HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício‖ (HC nº 108.197/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/2/12).

Assim, em defesa da não aplicação da jurisdição penal militar aos civis, as teses nesse sentido orientavam-se pelo contido na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual

foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, no sentido de que a Justiça Militar deve julgar apenas militares em atividade, não sendo possível aplicar a mesma regra aos civis. Contudo, várias são as justificativas de amparo normativo para embasar a aplicação da jurisdição militar aos civis. A CRFB/1988, no art. 124, definiu a competência para julgamento de crimes militares definidos em lei, sem distinção da condição de militar ou civil.

Acrescenta-se, ainda, que o art. 9º do CPM preceitua as condições pelas quais o agente poderá responder por crime militar, também sem distinguir o militar ou civil, salvo nos casos de crimes propriamente militar, quando forem aqueles que só o militar pode praticar.

Por fim, no âmbito do STM, e considerando a polêmica que permeava o assunto, foi ajuizado pela Procuradoria Geral da Justiça Militar (PGJM) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 70000425-51.2019.7.00.0000, tendo o Tribunal, por unanimidade, considerado que competia aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas.

ESTELIONATO

O Estelionato (art. 251) consiste em outro crime que tem destaque em números de julgados pela pesquisa estatística do STM. Percebe-se que o fator que merece especial atenção está direcionado à conduta dolosa do agente com vistas a ―obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento‖ (CPM, 1969, p. 47).

De toda sorte, é imperioso salientar que, dentre os casos recorrentes nos julgados do STM, está o Estelionato na pensão militar. A doutrina tem se manifestado a respeito, haja vista ser comum essa prática delituosa na ação de se apropriar, indevidamente, do benefício da pensão militar. Nessa esteira,

> [...] Um pensionista militar falece, mas a administração militar, por não tomar conhecimento da morte do pensionista, continua a efetuar os depósitos relativos à pensão. Um terceiro, geralmente pertencente à família do pensionista ou responsável por cuidar dos negócios dele, se aproveita da situação e passa a efetuar os saques indevidamente. Tal conduta configura o delito de estelionato, pois esse terceiro se faz passar pelo pensionista, usando o cartão bancário daquele e a senha da qual era conhecedor, obtendo vantagem indevida, mediante saques, em prejuízo da administração militar. (CRUZ e MIGUEL, 2013, pp. 183 e 184).

Por oportuno e a título de conhecimento, cabe mencionar a modificação recente na legislação militar, com o advento da Lei nº 13.954/2019, que promoveu alterações no Regime Jurídico Militar. A pensão militar, objeto de estelionado na caserna, agora encontra-se inserida no instituto do Sistema de Proteção Social dos Militares, que consiste no conjunto de todos os direitos e benefícios inerentes à carreira militar:

> [...] Art. 50-A. O Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas é o conjunto integrado de direitos, serviços e ações, permanentes e interativas, de remuneração, **pensão**, saúde e assistência, nos termos desta Lei e das regulamentações específicas. (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019) [...].

O STM tem se debruçado sob variadas formas de induzimento ao erro ou outro meio fraudulento que levam ao estelionato como, por exemplo, o simples fato de não participar

à Administração Militar o falecimento do militar ou do pensionista. A falsificação de procuração e a realização de casamentos com militares da reserva ou reformados, quando o beneficiário já se encontrar próximo do leito de morte, também são fraudes cometidas. Esses exemplos só demonstram o tamanho do desafio das Forças Armadas no enfrentamento desse ilícito, de modo a reduzir ao máximo o prejuízo ao erário sob a administração militar.

A jurisprudência do Tribunal é farta nesse sentido, senão vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ESTELIONATO. ART. 251, CAPUT, DO CPM. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE ÓBITO DE PENSIONISTA MILITAR. SILÊNCIO NÃO INTENCIONAL. INVIABILIDADE. NÃO PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. Os elementos coligidos identificam, com grau de certeza, as movimentações financeiras realizadas pela agente, a qual se locupletou, indevidamente, do *quantum* recebido na conta de pessoa falecida. A autoria e a materialidade delitiva restaram cabalmente comprovadas em face da confissão da ré, que não esconde ter praticado a conduta. A tese do silêncio não intencional até seria crível para fins de afastamento do delito, caso os agentes não se apossassem dos proventos. Destarte, encontram-se plenamente demonstradas as movimentações financeiras realizadas pela acusada entre novembro de 2018 e julho de 2019, as quais perfizeram a quantia de aproximadamente R$ 81.376,70 (oitenta e um mil, trezentos e setenta e seis reais e setenta centavos), não havendo justificativas mínimas para a ação. Apelo não provido. Decisão unânime.‖ (APELAÇÃO N.º 7000239- 57.2021.7.00.0000/STM, Ministra Relatora para Acórdão MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, J. 19/08/2021, Publicação 03/09/2021 in DJ de 03/09/2021).
>
> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ART. 251 DO CPM. VÍNCULO MATRIMONIAL FRAUDULENTO. RECEBIMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. *In specie*, houve a demonstração, após decisão da Justiça Federal Ordinária, de que a união estável entre a acusada e o de *cujus* subtenente reformado era fraudulenta. A recorrente e o militar, juntos, arquitetaram o vínculo conjugal para fraudar a Administração Militar, no intuito de, após a morte do reformado, a ré percebesse benefício previdenciário de pensão por morte, incorrendo no delito de estelionato previdenciário. A embargante obteve, para si, vantagem ilícita consistente no recebimento da pensão por morte, em prejuízo da Administração Militar, induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante fraude, descortinando seu agir nos exatos termos do art. 251 do CPM. Indene de dúvidas quanto à autoria e à materialidade delitivas. Do conjunto probatório se extraiu que a agente, auxiliar de enfermagem, era cuidadora do falecido e não sua companheira, o que afastou a existência de união estável, arredou o direito à pensão por morte e, ainda, consubstanciou o crime militar, haja vista a apresentação de documentação ideologicamente falsa à Administração Castrense, bem como a inequívoca prova de que nunca houvera se separado de fato do seu suposto ex-companheiro. Embargos Infringentes e de Nulidade defensivo desprovido. Decisão unânime." (EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 7000082-84.2021.7.00.0000/STM, Ministra Relatora para Acórdão MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, J. 21/05/2021, Publicação 10/06/2021 in DJ de 10/06/2021).

TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR

O terceiro tipo penal que os dados estatísticos do STM constataram ser frequente na rotina da caserna é o tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, disposto no art. 290 do CPM com a seguinte redação:

> Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (CPM, 1969, p. 55).

Para tanto, entre os debates que pairam sobre a figura típica, está a alegação do princípio da insignificância pela defesa dos acusados. Já é notório o entendimento de que, na Justiça Castrense, não importa a quantidade apreendida da substância ilícita para determinar a tipificação do crime. A alegação da quantidade mínima ou suficiente para o consumo não se sustenta quando estamos diante do prejuízo causado, em área sob a Administração Militar, à violação à saúde pública, à segurança da Organização Militar e aos princípios alicerçantes da hierarquia e da disciplina.

O STM já firmou entendimento sobre a matéria:

> "EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ART. 290 DO CPM. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA CASTRENSE. PRELIMINAR. JULGAMENTO. SESSÃO VIRTUAL. CONVERSÃO. MODALIDADE DE VIDEOCONFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. LAUDO PRELIMINAR. PRESCINDÍVEL. CONFISSÃO. NATUREZA DA SUBSTÂNCIA. DEMONSTRADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCABÍVEL. SAÚDE PÚBLICA. HIERARQUIA E DISCIPLINA. MILITAR DE SERVIÇO. PORTE DE ARMA DE FOGO. ALTA PERICULOSIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. INAPLICÁVEL. DELITO DE MERA CONDUTA. PERIGO ABSTRATO. RECURSO DEFENSIVO. NÃO PROVIDO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. 1. A conversão de sessão virtual de julgamento para a sistemática da videoconferência exige, além da tempestividade do pedido, a demonstração de prejuízo. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. 2. A falta da Perícia Preliminar da substância apreendida não impede a condenação, porquanto a natureza do material pode ser demonstrada pelos demais elementos probatórios colhidos ao longo da instrução, como a confissão do réu e o Laudo Definitivo. 3. O Princípio da Insignificância não incide nos delitos de posse de entorpecentes em área sob a Administração Militar, ante a gravidade da violação à saúde pública, à segurança orgânica da OM e aos vetores basilares da Hierarquia e da Disciplina. Precedentes do STM e STF. 4. O porte de tóxicos, durante o cumprimento do serviço, evidencia alta periculosidade, porquanto o consumo de droga, aliado ao contato com arma de fogo de elevado potencial ofensivo, pode causar graves danos ao patrimônio material, imaterial e humano da ultima ratio do Estado. Nesse contexto, a bagatela não deve ser aplicada. 5. A posse de pequena quantidade da substância entorpecente, em área sob a Administração Militar, também perfaz a tipicidade material do crime, pois, sendo de mera conduta, gera perigo abstrato, o qual, por si só, entre outros óbices, afeta a saúde do agente integrante do Plano de Reação do Quartel, movimenta a máquina investigativa do Estado e desestabiliza o Sistema de Defesa Orgânica da Unidade. 6. Recurso não provido. Decisão por

> unanimidade" (APELAÇÃO Nº 7000889-41.2020.7.00.0000/STM, Ministro Relator para Acórdão MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, J. 19/08/2021, Publicação 03/09/2021 in DJ de 03/09/2021).

Outra vertente, de igual forma considerada inadmissível na caserna, em razão do Princípio da Especialidade, está na assertiva de que caberia a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.), que aplica penas restritivas de direito para quem cometer o delito de uso de entorpecentes, conforme se depreende da jurisprudência da Corte Castrense, ***in verbis***:

> EMENTA: RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL. ÍNFIMA QUANTIDADE DE DROGA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE PERIGO EFETIVO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL. CRUELDADE DA PENA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM FRENTE AS CONVENÇÕES DA ONU. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ARTS 202 E 291 DO CPM. LEI Nº 11.343/2006. LEI Nº 9.099/95. ART 44 DO CÓDIGO PENAL. TESES REJEITADAS. NEGAÇÃO DE PROVIMENTO AO APELO. DECISÃO UNÂNIME. 1. As provas carreadas aos autos comprovam a materialidade e a autoria, contando com a confissão os depoimentos das testemunhas e a perícia na substância apreendida, identificada como "maconha" com a presença de tetraidrocanabinol (THC). 2. A norma penal castrense visa a preservação da saúde pública e não da saúde individual do usuário. O legislador preocupou- se em tutelar a segurança da Caserna e, por consequência, da sociedade, sem se olvidar, ainda, de buscar a manutenção dos princípios basilares das Forças Armadas, quais sejam, a hierarquia e a disciplina. 3. Quanto à aplicação dos princípios da insignificância, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, o art. 290 do CPM não apresenta crueldade na cominação da pena. A posse de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar gera efeito negativo na moral e na autoestima da corporação, bem como no próprio conceito social das Forças Armadas, não se restringindo aos efeitos na saúde do próprio usuário. 4. As Convenções de Nova York e de Viena - convenções da ONU - não afastam a aplicação do art. 290 do CPM em virtude do regime especial a que se submetem as Forças Armadas, haja vista a compatibilidade do maior rigor penal da norma Castrense com a Lex Magna. 5. Inviável a aplicação de medida administrativa disciplinar, eis que a pena prevista para o crime de posse e/ou porte de drogas se mostra dentro do critério escolhido pelo Legislador. 6. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inaplicabilidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 nessas lides, não reputando cabível isentar ou substituir a pena privativa de liberdade dos usuários de droga, dado a especialidade do Direito Penal Militar e os valores que o balizam. 7. A inaplicabilidade das penas alternativas previstas no Código Penal comum é matéria já pacificada nesta Corte Castrense. Apelo conhecido e não provido. Decisão unânime. (APELAÇÃO Nº 7000739- 60.2020.7.00.0000/STM, Ministro Relator para Acórdão JOSÉ COÊLHO FERREIRA, J. 30/06/2021, Publicação 11/08/2021, in DJ de 11/08/2021).

Ponderação que não prospera em sede de defesa está na tese de que aplicar inconvencionalidade do art. 290 do CPM estaria contrariando as Convenções de Viena, de 1988,

e da Convenção de Nova York, de 1961. Assim, é cediço que essa assertiva não possui sustentação, haja vista a orientação da Corte Castrense, em diversos julgados, no sentido de que não há conflito entre as normas em apreço com o CPM, no tocante à incidência sobre os acusados por delitos de uso de entorpecentes em área sob a Administração Militar. Assim se pronunciou o STM:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO ACOLHIMENTO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONVENÇÕES DE NOVA YORK (1961) E DE VIENA (1988). NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. UNANIMIDADE.
> Os elementos de prova colhidos desde a fase inquisitorial, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante e os Laudos Preliminar e Definitivo, conduzem à certeza de que a substância apreendida em poder do Acusado foi a mesma submetida a exame pericial pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, conforme descrito anteriormente no Relatório. Nessas circunstâncias, não pairam dúvidas acerca da materialidade delitiva, tampouco se evidencia quebra da cadeia de custódia. No delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente descrito no art. 290 do Código Penal Militar, o elemento subjetivo do tipo é o dolo consistente na vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas enunciadas pelo tipo. Segundo a doutrina e a jurisprudência dos Pretórios, a infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato), circunstâncias que revelam a incompatibilidade do referido Instituto com a conduta de tráfico, posse e uso de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, mormente porque se evidencia a gravidade da prática delituosa em análise no ambiente castrense, porquanto a norma penal militar prevista no art. 290 do CPM, além da saúde pública, tutela a manutenção da hierarquia e da disciplina, institutos basilares das Forças Armadas. Se, por um lado, o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece as penas de advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e medida educativa para quem "trouxer consigo", para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a despeito da dicção do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, alterado pela Lei nº 13.491/2017, não seria possível a perfeita adequação da conduta perpetrada pelo Acusado nos exatos termos da citada legislação, devendo prevalecer o critério da especialidade da norma penal castrense na medida em que a novel legislação de drogas não revogou nem promoveu alteração na redação do art. 290 do CPM, bastando, para tanto, o exame do art. 75 do citado Diploma. Além disso, como a conduta perpetrada pelo Acusado, e pela qual ele foi condenado, traz em seu bojo a figura nuclear "trazer consigo" substância entorpecente, ou que cause dependência física ou psíquica, a elementar "em lugar sujeito à administração militar" constitui o elemento especializante característico da norma incriminadora descrita no art. 290 do Estatuto Repressivo Castrense, encontrando perfeita adequação ao caso concreto. Embora as Conven-

> ções Internacionais de Nova Iorque e de Viena estejam incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, não detêm envergadura constitucional, conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, os mencionados Diplomas não vedam a criminalização da posse de droga para uso próprio. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade. (APELAÇÃO Nº 7000916-24.2020.7.00.0000 /STM, Ministro Relator para Acórdão CARLOS VUYK DE AQUINO 08/04/2021, Publicação 26/04/2021, in DJ de 26/04/2021).

Dessa forma, extrair uma leitura diferente seria desconsiderar todo tratamento específico do regime jurídico militar, notadamente, quanto aos princípios e regramentos próprios alicerçados na disciplina e hierarquia. Trata-se, pois, de se estabelecer uma aplicação da legislação fundamentada no princípio da Especialidade, o que não pode deixar de ser levado em consideração quando confrontado com a legislação comum, razão pela qual registrou-se não existir qualquer dissonância da Legislação Castrense com as referenciadas Convenções.

Por fim, outro assunto que tem alcançado destaque em decisões do STM diz respeito à cadeia de custódia e, em especial, com a inserção dos artigos 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal Comum.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, objetivou-se detalhar todos os procedimentos com vistas a não se vislumbrar qualquer dúvida quanto à documentação e história cronológica do vestígio e coleta de dados. Nesse mister, verifica-se que se trata de um procedimento cujo objetivo é estabelecer ações de natureza técnicas e científicas, aptas a garantir a integridade da prova e sua origem, informação, essa, relevante para a formação e juízo de convencimento.

Tem-se constatado, em casos apreciados pela Corte Castrense, a alegação, por parte da defesa, de ausência de procedimentos que, muito embora não correspondam à formalização literal da legislação, não significa dizer que a cadeia de custódia não foi atendida, de modo a gerar a nulidade processual. Percebe-se que, na maioria das vezes, meras irregularidades ocorrem, porém insuficientes para macular o processo. A jurisprudência tem reconhecido que irregularidades de menor monta não são capazes de anular o feito:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DPU. ART. 290 DO CPM. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DO AUTO OU TERMO DE APREENSÃO. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA. COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. NULIDADE.
>
> INEXISTÊNCIA. 1. Este Tribunal, em vários julgamentos, tem decidido que a ausência do "auto ou termo" de apreensão, por si só, não enseja a nulidade de todo o processo, quando os demais elementos de prova, carreados durante a fase inquisitorial e de instrução criminal, convergem para a certeza da autoria e da materialidade delitiva, não caracterizando, em tais hipóteses, a quebra da cadeia de custódia probatória. A jurisprudência da Primeira e da Segunda Turmas do Supremo Tribunal Federal se orientam nesse mesmo sentido. 2. Embargos Infringentes e de Nulidade conhecidos e rejeitados. Decisão por maioria. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 7000088-91.2021.7.00.0000/STM. Ministro Relator para Acórdão CELSO LUIZ NAZARETH. Data de Julgamento: 13/05/2021, Data de Publicação: 21/06/2021, in DJ de 26/04/2021).

Com efeito, em que pese a respeitável orientação em sentido oposto, que entende pelo formalismo expresso na legislação, é fato que, não existindo provas capazes de afiançar que os vestígios coletados seguiram um procedimento indevido, não há razão para justificar a quebra da cadeia de custódia. Nessa esteira, uma postura razoável e proporcional da Corte Castrense tem firmado entendimento que meras irregularidades não desrespeitariam os princípios constitucionais e processuais nos casos julgados.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu tecer considerações sobre os tipos penais com maior incidência de julgamento pelo Superior Tribunal Militar entre 2018 e 2020.

A título de exórdio, foi apresentado um breve histórico sobre a Justiça Castrense quando, em 1808, o Príncipe Regente D. João criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça, por ocasião da chegada da Família Real no Brasil. A partir da Constituição de 1946, o Tribunal da Justiça Militar passaria à denominação de Superior Tribunal Militar e seria, posteriormente, normatizado pelos artigos 122, 123 e 124, na Carta Magna de 1988.

Desenvolveu-se, então, um estudo sucinto sobre a aplicação do arcabouço jurídico, em consonância com a Constituição Federal, os quais sustentam, juridicamente, as Forças Armadas, em especial, no que concerne aos princípios da hierarquia e da disciplina.

De acordo com dados estatísticos do STM, os crimes de Deserção, Estelionato e Tráfico ou posse de entorpecente são os de maior incidência dentre os julgados pela Corte Castrense.

Dessa forma, este trabalho cumpre seu objetivo ao trazer comentários sobre os crimes mais recorrentes na caserna, desde 2018, a fim de subsidiar futuras ações preventivas nas Forças Armadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

_____. **Código Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em 20 set. 2021.

_____. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: 20 set 2021.

_____. **Estatuto dos Militares**. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acesso em 20 set. 2021.

_____. **Lei Orgânica da Justiça Militar da União**. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm>. Acesso em 20 set. 2021.

CRUZ, Ione de Souza; e MIGUEL, Claudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

CRUZ, Ione de Souza; e MIGUEL, Claudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar**. Parte Especial. São Paulo: Método, 2013.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. **Os 200 anos da Justiça Militar no Brasil**. In: Encontro no Instituto Histórico-Cultural da Aeronáutica (Comunicação oral). Rio de Janeiro: 2008.

ROSA FILHO, Cherubim. **A justiça militar da união através dos tempos: ontem, hoje e amanhã**. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2017.

ADMINISTRAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL, PAPEL DO ESTADO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Débora Cristina Veneral[124]

RESUMO

O que se expõe cientificamente aqui neste artigo científico são apontamentos acerca da execução penal e das parcerias público-privadas. Os raciocínios aqui constantes se aplicam tanto à execução penal na Justiça Militar da União quanto à execução penal na Justiça Comum (estaduais ou federal).

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Justiça Militar da União. Justiça comum. Parcerias público- privadas.

ABSTRACT

What is scientifically exposed here in this paper are notes about criminal enforcement and public-private partnerships. The reasoning contained herein applies both to criminal enforcement in the Military Court of the Union and to criminal enforcement in the Common Court (state or federal).

KEYWORDS: Penal execution. Union´s Military Justice. Common justice. Public-Private Partnerships.

SUMÁRIO

Intróito. 1- O papel do Estado e o direito administrativo. 2- Políticas neoliberais e o processo de privatização no Estado brasileiro. 3- Formas de transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada. 4- Parcerias público-privadas: modelo adotado no Brasil – origem e enquadramento legal. 5- Referências.

Summary

Introit. 1- The role of the State and administrative law. 2- Neoliberal policies and the privatization process in the Brazilian State. 3- Ways of transferring the provision of public services to the private sector. 4- Public-private partnerships: model adopted in Brazil – origin and legal framework. 5- References.

---

[124] Doutora em Direito pela *Universidad Católica de Santa Fe* (UCSF, Argentina). Mestre em Educação e Novas Tecnologias pelo PPGENT da UNINTER. Diretora da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança da UNINTER. Instrutora de Cursos da Escola de Educação em Direitos Humanos (ESEDH/PR) do Governo do Estado do Paraná. Consultora em Unidades Penais Terceirizadas. Consultora do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP) para o Departamento de Assuntos Acadêmicos. Palestrante. Advogada criminalista.

Dedicatória

Este texto foi escrito para publicação no livro em homenagem ao General Luis Carlos Gomes Mattos, digníssimo Presidente da mais antiga Corte do Brasil, o Superior Tribunal Militar (STM). Faço-o a convite da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O que se expõe cientificamente aqui neste artigo científico são apontamentos acerca da execução penal e das parcerias público-privadas. Os raciocínios aqui constantes se aplicam tanto à execução penal na Justiça Militar da União quanto à execução penal na Justiça Comum (estaduais ou federal). Ao Ministro Mattos, os nossos parabéns pela sua notável gestão à frente do STM.

Intróito

Para o estudo sobre a administração da execução penal, bem como a respeito do papel do Estado, suas teorias e conceituações, utilizamos como referências as obras de Bresser Pereira (2010; 2011), Hobbes (2003), Bobbio (1997; 2004), Carvalho (2003), Azevedo (2002), Peroni; Adrião (2006; 2020), Giddens (2001), Mészaros (2002), entre outros.

Ao investigar a questão da delegação (à iniciativa privada) da execução penal, é imprescindível o desenvolvimento de estudos sobre as teorias do Estado, suas conceituações, as linhas ideológicas que as norteiam e a forma como acontece, na prática, a administração pública. Nesse sentido, buscamos, a seguir, fundamentar teoricamente os conceitos sobre Estado e suas correlações com as ideias econômico-sociais.

1. O papel do Estado e o direito administrativo

Primeiramente, é preciso esclarecer o significado do termo *Estado.* Para Duguit (1939, p. 30), *Estado* "designa toda a sociedade humana em que existe diferenciação política, diferenciação entre governantes e governados, segundo a expressão consagrada uma autoridade política."

Contrapondo-se a esse posicionamento, Bonavides (2000, p. 29) manifesta-se no seguinte sentido:

> A presença, por conseguinte, dessa conotação subjetivista (a crença do autor de que o Estado exprime a dominação dos mais fortes sobre os mais fracos) obriga-nos a rejeitar o conceito de Duguit. Gostaríamos, pois, de substituí-lo por um outro, que se nos afigura tão completo quanto aquele em enumerar também os elementos constitutivos do Estado. Formulou-o Jellinek quando disse que o Estado "é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando".

Por sua vez, Hobbes (2003, p. 131) define a essência do Estado:

> Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Quanto à origem, a palavra *Estado* tem seu nascedouro no latim – *Status* – e significa modo de estar, situação, condição. Segundo Bobbio (2004, p. 34), o termo *Estado* foi usado pela primeira vez com o atual sentido, isto é, como "conjunto das instituições que controlam e administram uma nação", por Nicolau Maquiavel em seu livro *O Príncipe* (2000).

Nunes Pereira (2004, p. 14) afirma que, sob o ponto de vista jurídico, a definição de Estado divide-se em duas correntes:

> A primeira prioriza a compreensão do Estado como um agrupamento humano organizado em um determinado espaço (território), enquanto a segunda prioriza a organização normativa do Estado. Nessas correntes do pensamento priorizam-se sempre os elementos constitutivos do Estado, ou seja, o povo, o território e o governo. Uma avaliação sucinta já demonstra a estrita limitação da análise, principalmente no que se refere às origens do Estado.

Azambuja (2008, p. 146) conceitua Estado "como um dos meios pelos quais o homem realiza seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual. E isso é que justifica a existência do Estado". Assim, parece concordar com a conotação defendida por Jelinek e assumida por Bonavides (2000).

Ao apresentar o Estado sob o prisma da sociologia, Weber (2009, p. 53) assim o define: "Por Estado há de se entender uma empresa institucional, de caráter político, onde o aparelho administrativo leva avante, em certa medida e com êxito, a pretensão do monopólio da legítima coerção física, com vistas ao cumprimento da lei".

Verifica-se, portanto, que as definições de Estado se alteram de acordo com as diversas ideologias e abordagens que a ele são conferidas, bem como com a área do conhecimento a que tal denominação se encontra afeta.

Em se tratando das atribuições do Estado, Azambuja (2008, p. 147-148) explica que há inúmeras teorias a respeito do que deve ou não ser dever do Estado:

> Umas entendem que o Estado deve fazer quase tudo; outras afirmam que ele deve reduzir sua atividade ao mínimo e deixar aos indivíduos o máximo de atribuições". Mais adiante, o autor complementa: "Sobre os fins do Estado, as teorias são uniformes em sua essência: todas afirmam que sua finalidade é realizar o bem público, variando apenas os termos, as palavras com que se exprimir o conceito de bem público.

Para o economista brasileiro Bresser Pereira (2010, p. 12), "o papel estratégico e crucial do Estado moderno, decorre, portanto, do fato de que ele é a grande instituição normativa e organizacional que regula e coordena a ação social em uma sociedade nacional; é a matriz das demais instituições formais do Estado-nação".

Portanto, dependendo da corrente ideológica adotada pelos respectivos teóricos, o bem comum pode ser alcançado por vias diversas, e é nesse contexto que se inserem as ideias do Estado liberal, do Estado de bem-estar social, do neoliberalismo e do pós- neoliberalismo, cada qual apontando para uma forma de condução do Estado.

O modelo de Estado liberal foi o agente propulsor da representatividade do cidadão, garantindo liberdade e paz social, sem deixar de influenciar a economia capitalista, uma vez

que os recursos arrecadados pelo Estado sempre tiveram importância no desenvolvimento econômico, principalmente como forma de garantir a manutenção do sistema social.

As crises de valores enfrentadas pelo Estado liberal possibilitaram, porém, a partir de meados do século XIX, mudanças de rumos e de conteúdo, passando o Estado a assumir a prestação de serviços públicos, de modo a assegurar os direitos inerentes à cidadania, como relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde e educação.

As ideias liberais, fortemente defendidas até o início do século XX, tinham como pressuposto o Estado mínimo, desvinculado da preocupação com questões referentes ao bem-estar social da população e à oferta de serviços nas áreas de saúde, educação, habitação, transporte e segurança. Essas eram as necessidades emergentes do interior da sociedade e requeridas, ao longo do século, como direitos de todos.

A situação econômica mundial agravou-se no final da década de 1920, provocando alterações nas relações entre capital e trabalho e entre estes e o Estado. As convulsões sociais trouxeram em seu bojo a necessidade de revisão do modelo econômico vigente, dando ensejo a algumas proposições, entre as quais a de se entender política social como estratégia de intervenção e regulação do Estado, o qual passaria a responsabilizar-se pela formulação e pela execução das políticas econômicas e sociais. Nesse sentido, há de se destacar a participação de segmentos da sociedade civil organizada em prol da garantia dos direitos civis, políticos e sociais, emergentes no período.

No Brasil, as crises institucionais recorrentes, tanto na ditadura de Getúlio Vargas, na década de 1930, quanto na ditadura militar, nas décadas de 1960, 1970 e início dos anos 1980, arrefeceram as discussões sobre o papel do Estado com relação ao bem- estar social, inclusive da população.

O contraponto entre a versão do Estado-pai, preocupado com a sorte de seus filhos, divulgada pela propaganda liberal institucionalizada e a realidade de pobreza, de falta de acesso aos serviços públicos vivida pela população, acabaram por desaguar em medidas paliativas para a solução do crescimento da população e da demanda premente por postos de trabalho, por saúde, por educação, exigindo novas posturas e a introdução de um Estado que se preocupasse de fato com seus cidadãos, originando, então, o Estado do bem-estar social, rapidamente minado pela onda neoliberal instaurada no pós- fordismo.

Segundo a teoria neoliberal, não é o capitalismo que está em crise, mas o Estado. A estratégia, portanto, é reformar o Estado ou diminuir sua atuação para superar a crise. O mercado é que deve superar as falhas do Estado, de modo a prevalecer a lógica de mercado, inclusive no Estado, para que este possa ser mais eficiente e produtivo. (PERONI; ADRIÃO, 2020)

2. Políticas neoliberais e o processo de privatização no Estado brasileiro

As políticas sociais sempre estiveram ligadas à questão econômica, tendo em vista a concepção subjacente do Estado como regulador natural das relações sociais e do papel do indivíduo nos meios de produção de bens, traduzindo-se, em geral, essas políticas em exclusão da maioria, tanto da produção quanto do consumo desses bens.

O esgotamento, no final dos anos 1970 e início da década de 1980, do "milagre econômico", pedra basal da propaganda militar, propiciou uma conjuntura econômica favorável ao movimento da sociedade em direção à redemocratização e, com isso, à reorganização da sociedade civil, por meio da participação popular em acontecimentos sociopolíticos que culminaram na instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Nesse contexto, vieram também os avanços em direção à possibilidade de uma nova ordem social, sob novas bases, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir da década de 1980 no Brasil, o liberalismo conservador adquiriu novas nuances, trazendo como consequência a privatização, entendida como medida necessária para a redução do tamanho do Estado, uma vez que, por meio dela, o Estado transfere para a iniciativa privada parte de suas atribuições e promove a desregulação, isto é, a diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, duas características marcantes do neoliberalismo.

Sobre o neoliberalismo e os princípios básicos dessa teoria econômica, deve ocorrer, se ainda não houve, uma mudança de mentalidade dos governantes e governados. Para Friedman (1982), essa mudança está relacionada à participação mínima do Estado, à restrita intervenção do governo no mercado de trabalho, à privatização de empresas estatais, à desburocratização, que sempre foi um grande empecilho no Brasil, entre outros aspectos. Ademais, há de se pensar na eficácia do Estado, pois de nada adianta um grande território, porém ineficiente em sua gestão. A carga tributária é outro entrave para o crescimento do país, o que certamente exerce influência negativa no crescimento da economia.

Como estratégias de reforma do Estado, segundo Bresser Pereira (1997) o Brasil adota: a privatização (transferência de instituições estatais para a iniciativa privada); a publicização (transformação de uma organização estatal em uma organização de direito privado, pública, não estatal); e a terceirização (transferência para o setor privado dos serviços auxiliares ou de apoio).

Bobbio (1997, p. 87) define neoliberalismo como:

> uma doutrina econômica consequente, da qual o liberalismo político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário; ou em outros termos, uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário.

Perry Anderson (1995, apud GROSS, 2002, p. 23) apresenta uma análise crítica sobre o neoliberalismo, afirmando que, do ponto de vista econômico,

> o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples ideia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas. Provavelmente nenhuma sabedoria convencional conseguiu um predomínio tão abrangente desde o início do século como o neoliberal hoje. Este fenômeno chama-se de hegemonia, ainda que, naturalmente, milhões de pessoas não acreditem em suas receitas e resistam a seus regimes.

Giddens (2001, p. 80), na perspectiva de apontar outra possibilidade político- econômico-administrativa, salienta que "os neoliberais querem encolher o Estado; os social-democratas, historicamente, têm sido ávidos para expandi-lo. A Terceira Via (*the ´Third Way´*) afirma que é necessário reconstruí-lo".

E, ainda, a Terceira Via é a democratização da democracia, uma vez que considera como principais características do Estado democrático "a descentralização, dupla democratização, renovação da esfera pública-transparência, eficiência administrativa, mecanismos de democracia direta e governo como administrador de riscos." (GIDDENS, 2001, p.87)

Gross (2002, p. 24) referenda essa breve revisão histórica ao ensinar que:

> A ideologia neoliberal constituiu-se em fundamento de políticas públicas e configurou-se como ideologia hegemônica no Ocidente a partir do final dos anos 70 e, sobretudo, durante os 80. Contudo suas bases doutrinárias já estavam colocadas desde as primeiras décadas do século XX, e Hayek e outras grandes figuras da ideologia neoliberal já realizavam reuniões internacionais da Sociedade Mont Pelerin, desde 1947. Na realidade, desde as primeiras décadas deste século, os economistas austríacos Mises e Hayek já haviam identificado o intervencionismo de Estado, o *New Deal* norte-americano, o planejamento econômico inspirado em Keynes e os grupos organizados – o movimento trabalhador principalmente – como inimigos públicos do capitalismo, da ordem de mercado e da liberdade individual.

A Carta Constitucional de 1988, chamada por seu relator, o Deputado Ulisses Guimarães, de *Constituição Cidadã*, refletiu o anseio da população brasileira por direitos sociais aos quais, até então, a maioria não tinha acesso, exigindo reformas de base, entre elas: o privilegiamento do crescimento sustentado, a ampliação de postos de trabalho, o aumento dos níveis salariais, a melhor distribuição de renda, a reforma agrária, a revisão da legislação trabalhista e sindical, a descentralização político-administrativa e a universalização do acesso à educação e à saúde. (BRASIL, 1988)

Corroborando o anseio da população, Azevedo (2002, p. 57) assim destaca:

> Essa herança é a que recebemos com o processo da abertura política que permitiu, a partir dos anos 80, a intensificação de demandas por políticas sociais e por mudanças nos padrões de sua gestão, quando significativas forças sociais clamavam contra as estruturas centralizadoras, trazendo para a discussão pública a temática da descentralização política, administrativa e financeira.

Nesse sentido, Carvalho (2003, p. 17) afirma que as diretrizes constitucionais "introduziram modelo de gestão baseado na descentralização político-administrativa, na responsabilidade do Estado e na participação da população na formulação e no controle das ações de atenção à população em todos os níveis de governo."

Bresser-Pereira, mentor do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, na primeira gestão de Fernando Henrique Cardoso, denomina de *Estado social liberal* um arranjo político-administrativo no qual o Estado permanece como responsável pelos direitos básicos de saúde da população, mas que "de forma crescente os executa por intermédio de organizações públicas não estatais competitivas". (BRESSER-PEREIRA, 1996, apud PERONI; ADRIÃO, 2020, p. 9)

Di Pietro (2011, p. 5-6) contribui para o esclarecimento do conceito de privatização, explicitando que:

> tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado e prestigiar a iniciativa privada, compreendendo a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão e permissão de serviços públicos à empresa privada e não mais à empresa estatal; a terceirização; a desestatização ou desnacionalização, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado; a introdução do gerenciamento dentro da Administração Pública; a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico.

Bresser-Pereira (2011), em entrevista concedida à jornalista Maria Inês Nassif, reconhece que: "O Estado social veio aqui como uma solução muito forte, muito boa, e é um elemento absolutamente fundamental. Do ponto de vista ético, é um elemento de fraternidade e de solidariedade, mas do ponto de vista social e político é um fenômeno de coesão". Essa constatação aponta para um Estado que busca, de diferentes maneiras, objetivar a justiça social por meio de políticas públicas que valorizem o ser humano, entre elas as relacionadas à segurança pública e à recuperação dos indivíduos delituosos para a convivência harmônica na sociedade.

As teorias econômicas aqui analisadas embasam o estudo sobre a delegação da execução penal, pelo Estado, para a iniciativa privada, de maneira a elucidar as motivações político-administrativas que subjazem a essa opção adotada por alguns estados federativos brasileiros.

Nesse aspecto, interessam especialmente a este trabalho investigativo os princípios que dizem respeito às políticas de privatização de empresas estatais e à diminuição do tamanho do Estado, com a finalidade de torná-lo mais eficiente, bem como a verificação dessa eficácia com relação ao respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados e à sua ressocialização.

3. Formas de transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada

O capitalismo tem demonstrado, nas últimas décadas, vestígios de esgotamento, e sua crise estrutural deixa aparentes contradições tão significativas que acabam por provocar rupturas com o atual sistema socioeconômico, ocasionando o surgimento de novas possibilidades político-econômico-administrativas em todas as esferas de poder, tanto no Brasil quanto na maioria dos países europeus e americanos.

Entre as medidas adotadas pelo Estado para promover a suposta eficácia do Poder Público quanto ao atendimento de seus deveres constitucionais, como oferta de educação, saúde, habitação e segurança, políticas sociais estas que poderiam ser executadas não exclusivamente pelo Estado, o Brasil optou pela concessão de tais serviços, considerados de propriedade pública não estatal ou privada, conforme referem Peroni e Adrião (2006, p. 14):

> O papel do Estado para com as políticas sociais é alterado, pois com este diagnóstico duas são as prescrições: racionalizar recursos e esvaziar o poder das instituições, já que instituições democráticas são per-

> meáveis às pressões e demandas da população, além de serem consideradas como improdutivas, pela lógica de mercado. Assim, a responsabilidade pela execução das políticas sociais deve ser repassada para a sociedade: para os neoliberais através da privatização (mercado), e para a Terceira Via pelo público não estatal (sem fins lucrativos).

Di Pietro (2006, p. 23-24, grifo do autor) aponta as seguintes modalidades de transferência de responsabilidade pela prestação de serviços públicos, pelo Estado, à iniciativa privada:

a) a **desregulação** (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);

b) a **desmonopolização** de atividades econômicas;

c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);

d) a **concessão de serviços públicos** (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo);

e) os ***contracting out*** (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras de prestação de serviços); é nesta última forma que entra o instituto da **terceirização**.

A privatização de presídios resulta na utilização de meios privados para a consecução de fins públicos e, nesse caso especificamente, na delegação da execução da pena à iniciativa privada.

Para fins de elucidação e da devida diferenciação entre as várias formas de transferência, pelo Estado, à iniciativa privada, da oferta de serviços sociais, é fundamental conhecer suas principais modalidades, quais sejam, a terceirização, a concessão, a permissão e as parcerias público-privadas (PPPs), estabelecendo parâmetros comparativos entre essas medidas político-administrativas. Vejamos:

- **Terceirização**: técnica administrativa que possibilita a transferência a terceiros da responsabilidade sobre as atividades gerenciais e de apoio. Com relação ao sistema penitenciário, significa a cogestão dos estabelecimentos prisionais, por meio da parceria entre o setor público e o setor privado, com vistas a melhorar a prestação dos serviços penitenciários.

- **Concessão e permissão**: técnicas administrativas por intermédio das quais a Administração Pública transfere ao particular a prestação de serviços públicos, mediante PPPs, que são sistemas de colaboração entre entes estatais e privados para a obtenção de benefícios mútuos, notadamente sociais para o Estado e econômicos para as empresas.

- **Parcerias público-privadas**: de acordo com Hely Lopes Meirelles (2006, p. 400), as PPPs constituem uma "nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias,

ferrovias, hidrovias, portos, energia, etc., como alternativa à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas".

Quanto aos princípios gerais da atividade econômica, o art. 175 da Constituição Federal de 1988 assim preceitua: "incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a exploração de serviços públicos", as concessões podem ser classificadas em Comum e Especial (BRASIL, 1988). Para melhor compreensão, vejamos tais conceitos:

a)Concessão comum: a Lei n. 8.987/1995 prevê a delegação de serviços públicos em duas modalidades, ambas tratando de delegação contratual:

- Concessão de serviço público nos casos em que o equipamento está pronto;

- Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

b)Concessão especial: prevista na Lei n. 11.079/2004, é também chamada de parceria público-privada (PPP). De acordo com a modalidade de implantação adotada, pode ser dividida em:

- Concessão patrocinada ou não autofinanciável: prevista na Lei n. 11.079/2004, § 1º do art. 2º, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado.

- Concessão administrativa: modalidade de PPP que, em razão do contexto do serviço de interesse público a ser prestado pelo parceiro privado, não é possível ou conveniente a cobrança de tarifas dos usuários de tais serviços. Nesse caso, a remuneração do parceiro privado é integralmente proveniente de aportes regulares de recursos orçamentários do Poder Público com quem o parceiro privado tenha celebrado o contrato de concessão.

Segundo Di Pietro (2005, p. 172), essa forma de transferência de responsabilidades públicas para a iniciativa privada, ou seja, a PPP, viabiliza-se por meio de um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Entre os modelos de gestão dos serviços públicos adotados pelos diferentes governos, as PPPs aparecem com grande ênfase e são assim descritas por Gomes et al. (2007, p. 40):

> As PPPs devem seu protagonismo recente à tendência geral de enfraquecimento (para uns) e emagrecimento (para outros) do Estado nas últimas três décadas, que tem sido associada ao neoliberalismo. A necessidade de manter serviços públicos, cujo desaparecimento seria impopular, aliada à dificuldade de os sustentar como outrora, levam governos a recorrer a um sector privado novamente pujante, desejosos de novas áreas de investimento, dotado de capacidades de engenharia institucional e financeira que possibilitam empreendimentos antes considerados demasiado arriscados.

Dessa maneira, a ausência de políticas sociais que promovam o Estado social trouxe, como consequência, a expansão do Estado penal, conforme pontuado por Wacquant (2007, p. 16-17):

> A expansão da rede policial, judiciária e penitenciária do Estado desempenha a função, econômica e moralmente inseparável, de impor a disciplina do trabalho assalariado dessocializado entre as frações superiores do proletariado e os estratos em declínio e sem segurança da classe média, através, particularmente, da elevação do custo das estratégias de escape ou de resistência, que empurram jovens do sexo masculino sobretudo, para a classe superior e a sociedade em conjunto, o ativismo incessante e sem freios da instituição penal cumpre a missão simbólica de reafirmar a autoridade do Estado e a vontade reencontrada das elites políticas de enfatizar e impor a fronteira sagrada entre os cidadãos de bem e a categoria desviante, os pobres "merecedores" e os "não merecedores", aqueles que merecem ser salvos e "inseridos" (mediante uma mistura de sanções e incentivos) no circuito do trabalho assalariado e instável e aqueles que, doravante, devem ser postos no índex e banidos, de forma duradoura.

Em última análise, a privatização compreende todas as formas de delegação de atividades pertinentes ao setor público para o setor privado, na perspectiva da redução da intervenção do Estado como ente produtor de serviços.

Quando a privatização se refere ao sistema prisional, cabe ressaltar que, segundo Rostirolla (2018, p. 76):

> O modelo começou nos EUA em 1980. Idealizado pelo Presidente Ronald Reagan, desonerou o Estado das despesas advindas das construções penitenciárias e aplicou técnicas de gestão empresarial na administração das prisões. Há cerca de 150 prisões privatizadas nos EUA e a constitucionalidade é garantida pela Suprema Corte Americana.

4. Parcerias público-privadas: modelo adotado no Brasil – origem e enquadramento legal

Com base nos conceitos acima, primeiramente, compete-nos, a título de esclarecimento aos leitores, apontar as diferenças entre os estabelecimentos prisionais estritamente privados e aqueles regidos sob o regime de PPPs, inseridos no Brasil pela Lei n. 11.079/2004.

Nesse sentido, quanto aos modelos de governança privada em prisões, Araújo (1995, citado por CABRAL; AZEVEDO, 2012, p. 57) afirma: "podem ser identificados dois grandes modelos de participação privada na gestão e operação de prisões: o modelo estadunidense e o modelo francês".

Nas PPPs, modelo adotado pelos governos francês e brasileiro, a empresa pode participar desde o projeto arquitetônico até a gestão completa do estabelecimento prisional, competindo ao Estado efetuar o pagamento e fiscalizar a execução do contrato. Nos contratos de PPPs, há pagamento de contraprestação pela Administração Pública, com ou sem cobrança de tarifa dos usuários. No caso dos estabelecimentos prisionais, os usuários são os presos, portanto, não há nenhuma cobrança desses, pois quem arca com o contrato é o Estado. Nesse modelo, o Estado nomeia Diretor e Chefia de Segurança, bem como dispo-

nibiliza policiais militares para a vigilância externa da unidade prisional e escolta de presos, ou seja, o uso da força e a atuação judiciária na execução penal competem ao Estado. Na França, que serviu de exemplo ao Brasil,

> O governo permanece como responsável pelas atividades de direção, vigilância interna e externa, controle de fluxo de presos (greffe) e, se for o caso, punição dos internos. Combina-se, assim, a atuação de funcionários públicos e da empresa privada na mesma unidade, sob o comando dos primeiros. (CABRAL; AZEVEDO, p. 57)

Nesse caso, "cabe ao operador privado a provisão de todos os serviços necessários à operação da unidade, o que inclui a alimentação, limpeza, serviços de saúde, educação, atividades laborais e supervisão dos internos" (CABRAL; AZEVEDO, 2012, p. 58)

Nos contratos estritamente privados, modelo estadunidense, implementado nos anos 1980, segundo (CABRAL; AZEVEDO, 2012, p. 57), "os operadores privados podem se envolver com todas as dimensões do serviço prisional, da construção de novas unidades à operação e gerenciamento total, o que inclui a parte de hotelaria, assistência aos internos e atividades de segurança". Nesse modelo, os gestores privados cobram dos governos uma taxa diária por preso. Desse modo, o desempenho financeiro da empresa privada depende do número da taxa de presos por dia, o que faz presumir que há um incentivo para que essas prisões sejam mantidas com capacidade máxima (MORRIS, 2007; CABRAL; AZEVEDO, 2012). Imagina-se que este seja o principal motivo para as criticas contra tal modelo, ou seja, o fato de o preso ficar totalmente "nas mãos" do administrador até o final de sua pena.

A terceirização de serviços públicos também uma modalidade inserida pela legislação, em que os serviços de gestão penitenciária podem ser realizados por uma empresa privada.

Sobre o tema, Martins (1995, citado por DI PIETRO, 2019, p. 279) assim esclarece:

> Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive quanto aos seus empregados.

Nesse sentido, DI PIETRO (2019, p. 279) complementa:

> O que é possível, como forma de terceirização válida, é o contrato que tenha por objeto a prestação de serviço, à semelhança do que ocorre com a empreitada, em que o contratante quer o resultado, por exemplo, o serviço de limpeza, de transportes, de vigilância, de contabilidade e outros que não constituam a atividade-fim da empresa tomadora do serviço.

Esse modelo possibilita a terceirização de apenas parte dos serviços, como, por exemplo, no âmbito do sistema penitenciário, a vigilância interna, a limpeza e a refeição dos presos.

Do ponto de vista legal, com a finalidade de diminuir a atuação do Estado e assim equacionar os problemas relacionados à falta de recursos financeiros para fazer frente às necessidades da população nas áreas sociais, como saúde, educação, moradia, segurança, foi promulgada a Lei n. 8.031/1990, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (PND), depois alterado pela Lei n. 9.491/1997 e pela Medida Provisória n. 2161-35/2001. (GARANI, 2011)

Segundo Meirelles (2006, p. 777), os objetivos fundamentais do PND, indicados em seu art. 1º, sinalizam para a delegação, pelo Estado para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos:

> - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
>
> - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
>
> - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
>
> - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
>
> - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
>
> - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
>
> - e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

No Brasil, as PPPs têm como condicionantes legais: a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal (LEP), o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Licitações e Contratos, além de outras normatizações que definem, com a devida clareza, os procedimentos permitidos pela legislação vigente no que tange à delegação, para a iniciativa privada, da prestação de serviços públicos.

A Constituição da República não proíbe a participação privada, tampouco investimentos nos complexos prisionais, portanto, não há óbice legal à intervenção da iniciativa privada no setor público. Ao contrário, a Constituição, em seu art. 174, *caput*, assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica quando determina: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". (BRASIL, 1988)

A Lei n. 13.190/2015 inseriu o art. 83-A na Lei de Execução Penal, contemplando a possibilidade da execução indireta das atividades prestadas no sistema prisional. Significa dizer que tais atividades poderão ser delegadas à empresa terceirizada, o que é um avanço na legislação, que passa a admitir a intervenção de empresa privada na prestação dos serviços públicos quando se trata de gestão penitenciária e administração prisional:

> Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente:
>
> I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos;
>
> II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.
>
> § 1º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.
>
> § 2º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais. (BRASIL, 1984)

Por outro lado, a própria lei deixa claro que as funções de direção, chefia e coordenação não serão delegadas e continuam sob a fiscalização do Estado, especificando-as, nos seguintes termos:

> Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente:
>
> I - classificação de condenados
>
> II - aplicação de sanções disciplinares;
>
> III - controle de rebeliões;
>
> IV - transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais. (BRASIL, 1984)

Em se tratando do processo licitatório, a Lei n. 8.666/1993 estabelece, em seu art. 2º, *caput* e parágrafo único,[125] a necessidade de realização de licitação para que se possa estabelecer um contrato administrativo entre o ente público e o privado, respeitando-se, dessa forma, o princípio da isonomia a fim de selecionar a empresa que melhor prestará o serviço solicitado, oferecendo o melhor preço. Entre as legislações que tratam de licitações e contratos, encontram-se as seguintes leis:

· Lei n. 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

· Lei n. 9.074/1995, que estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

· Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal[126] e dá outras providências.

---

[125] "Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (BRASIL, 1993).

[126] "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (BRASIL, 1988).

A Lei n. 11.079/2004, que institui normas gerais para a licitação e a contratação de PPPs no âmbito da Administração Pública, em seu art. 4º e respectivos incisos, assim especifica:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

> I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
>
> II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
>
> III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
>
> IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
>
> V – transparência dos procedimentos e das decisões;
>
> VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
>
> VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (BRASIL, 2004).

Em se tratando das PPPs federais, a Lei n. 11.079/2004 prevê que será instituído órgão gestor, descrevendo suas competências em seu art. 14 da seguinte forma:

> Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:
>
> I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
>
> II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
>
> III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital; IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.
>
> § 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:
>
> I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;
>
> II – Ministério da Fazenda;
>
> III– Casa Civil da Presidência da República. (BRASIL, 2004)

No âmbito dos estados, o programa de PPPs terá como como órgão superior de decisão o Comitê Gestor, que será subordinado ao governador. Nesse caso, compete a cada estado editar o decreto que regulamentará o assunto.

Neste artigo científico, vimos o papel do Estado e suas atribuições, bem como os conceitos advindos do direito administrativo aplicáveis às PPPs. Passamos, ainda que de forma objetiva, pelas políticas neoliberais e pelo processo de privatização no Estado brasileiro, que, com o advento da Constituição de 1988, refletiu o anseio da população pelos direitos sociais e maior participação no governo. Inferimos, também, que a privatização, como estratégia de reforma do Estado, foi adotada por Bresser Pereira como uma das formas de transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada. Em 2015, a Lei de Execução Penal sofreu alterações para contemplar a possibilidade da execução indireta

das atividades prestadas no sistema prisional, o que deve feito mediante licitação, obedecendo às regras gerais e legais para contratação de PPPs no âmbito da Administração Pública.

Após a efetivação dos procedimentos contratuais, a empresa pode dar início à operacionalização das atividades na unidade prisional. Para tanto, deve dispor de profissionais devidamente capacitados para atuação em cada uma das frentes relacionadas ao tratamento penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, S. S. As origens da Escola Nacional de Serviços Penais: histórico de implantação e consolidação. **Revista Brasileira de Execução Penal**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 15-31, jan./jun. 2020. Disponível em: http://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/article/view/117. Acesso em: 25 set. 2021.

AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

AZEVEDO, J. M. L. de. Implicações da nova lógica de ação do Estado para a educação municipal. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 80, set./2002. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/24485/1/S0101-73302002008000004.pdf. Acesso em: 25.set.2021.

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Justiça. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 3.123, de 3 de dezembro de 2012. **Diário Oficial da União**, dez. 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt_3123_2012_MJ.pd f. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil**. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Ministério dos Direito Humanos. Conselho Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em- direitos-humanos/DIAGRMAOPNEDH.pdf. Acesso em: 25.set.2021.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Portaria n. 98, de 9 de julho de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2003. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-98-2003_185641.html. Acesso em: 25.set.2021.

BRESSER-PEREIRA, L. C. G. Estado, Estado-Nação e Revolução Capitalista. **Textos para discussão da Escola de Economia de São Paulo da FGV**, São Paulo: FGV, n. 272, nov. 2010. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7715/TD+272+-+Luiz+Carlos+Bresser+Pereira.pdf?sequence=1. Acesso em: 25.set.2021.

BRESSER-PEREIRA, L. C. G. "Por uma ideia de nação". Entrevista a Maria Inês Nassif sobre seu desligamento do PSDB. **Valor**, 8 de abril de 2011. Acesso em: 25.set.2021.

CABRAL, S.; AZEVEDO, P. F. Terceirização de prisões: notas de uma análise comparada. In: COELHO, M.T.Á.D.; CARVALHO FILHO, M. J. (Org.). **Prisões numa abordagem interdisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2012, p. 53-73. *E-book.* Disponível em: http://books.scielo.org/id/7mkg8/epub/coelho-9788523217358.epub. Acesso em: 25.set.2021.

CARVALHO, S. de. **Penas e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUGUIT, L. **Os fundamentos do direito**. Lisboa, Portugal: Inquérito, 1939. FRIEDMAN, M. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova Cultural, 1982.

GARANI, J. P. Privatização de prisões no Brasil. **Jus**, Teresina, ano 16, n. 2.989, 7 set. 2011. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/19945/privatizacao-de-prisoes-no-brasil. Acesso em: Acesso em: 25.set.2021.

GIDDENS, A. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GROSS, D. B. **Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas: Unicamp, 2002.

HOBBES, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. São Paulo: Livraria Cultura, 2000.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MÉSZAROS, I. **O poder da ideologia**. São Paulo: Ed. PUC-SP, 2002.

MIRANDA, J. Os direitos fundamentais e os Estados de língua portuguesa. *In*: ROCHA, M. E. G. T.; COSTA, M. M. M; HERMANY, R. (Org.). **O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos**. Brasília: STM & Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017, p. 11-29. Disponível em: https://www.stm.jus.br/images/STM/eventos/lusofonia/E- book_Lusofonia.pdf. Acesso em: 25.set.2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/. Acesso em: 25.set.2021.

PEREIRA, W. E. N. Do Estado liberal ao neoliberal. **Revista Interface**, Natal, v. 1, jan./jun. 2004.

PERONI, V.; ADRIÃO, T. Mudanças na configuração do Estado e sua influência na política educacional. In: PERONI, V.; BAZZO, V.L.; PEGORARO, L. (Org.). **Dilemas da educação brasileira em tempos de globalização neoliberal**: entre o público e o privado. Porto Alegre: UFRGS, 2006. p. 11-23.

PERONI, V. M. V.; ADRIÃO, T. **Reforma da ação estatal e as estratégias para a constituição do público não estatal na educação básica brasileira**. Disponível em: https://anped.org.br/sites/default/files/t0521.pdf. Acesso em: 25.set.2021.

ROCHA, M. E. G. T. Os direitos da mulher nos 30 anos da Constituição Federal brasileira. **Justiça & Cidadania**, 11 out. 2018. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/os-direitos-da-mulher-nos-30-anos-da-constituicao- federal-brasileira/. Acesso em: 25.set.2021.

ROSTIROLLA, L. A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. *In:* **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, ano XXI, n. 35, p. 63-94, jan./jun. 2018. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf. Acesso em: 25.set.2021.

WACQUANT, L. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos – a onda punitiva. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da UnB, 2009.

DIREITO AO ESQUECIMENTO[127]

Denise Caldas Figueira

"Sua privacidade não é o que você diz, é o que o Google diz que é."

RESUMO

No mundo digital existe, no momento, um debate sobre uma questão que discute a existência e a extensão do chamado Direito ao esquecimento ou Direito a ser Esquecido. As informações e os dados pessoais que, até pouco tempo, eram muito difíceis de serem disponibilizadas ao grande público, hoje com a Internet são imediatas e transparentes. Essa transparência, sem dúvida, traz benefícios para a sociedade, mas também riscos para a preservação de direitos como honra, privacidade e proteção de dados pessoais. O presente trabalho pretende contribuir para a melhor compreensão e aplicação do denominado Direito ao esquecimento na sociedade contemporânea. Para atingir ao fim que se busca, inicialmente, o estudo terá como objetivo situá-lo juridicamente no âmbito dos Direito da Personalidade, confrontando-o com os direitos à honra, à imagem e à privacidade. A parte principal do artigo constará de um estudo comparado do Direito ao esquecimento na União Europeia e nas Américas do Norte e América Latina, com a finalidade realizar uma observação comparativa necessária para encontrar coincidências e diferenças em relação ao Direito ao esquecimento na sociedade mundial.

PALAVRAS-CHAVES: Direito da Personalidade. Direito ao esquecimento. Direito a ser esquecido. Direito a ser esquecido. Direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. Direito ao esquecimento Comparado.

ABSTRACT

In the digital world, there is currently a debate on an issue that discusses the existence and extent of the so-called Right to Forgetten or Right to Be Forgotten. Information and personal data that until recently were very difficult to make available to the general public, today with the Internet are immediate and transparent. This transparency undoubtedly brings benefits to society, but also risks to the preservation of rights such as honor, privacy and protection of personal data. This paper aims to contribute to a better understanding and application of the so-called Right to Forgetting in contemporary society. To reach the end that is initially sought, the study will aim to situate it legally within the scope of Personality Law, confronting it with the rights to honor, image and privacy. The main part of the article will be part of a comparative study of the Right to Forget in the European Union and North and Latin America, with the purpose of making a comparative observation necessary to find coincidences and differences regarding the Right to Forget in the world society.

KEYWORDS: Right of Personality. Right to forgetfulness. Right to be forgotten. Rights to honor, image and privacy. Right to be Forgotten Compared.

[127] O presente texto foi elaborado em 2020, razão pela qual a jurisprudência do STF aqui mencionada não ultrapassa este ano.

SUMÁRIO

DIREITO A SER ESQUECIDO OU DIREITO AO ESQUECIMENTO

I. Considerações Iniciais

II. Direito da Personalidade

III. Direito ao Esquecimento ou Direito a ser Esquecido

III. Direito ao esquecimento como um instituto do Direito da Personalidade

V. Colisão entre direitos fundamentais - Direito ao esquecimento versus direitos de liberdade de expressão, de informação e de imprensa. Direito à honra, privacidade e proteção de dados pessoais.

Teoria da Proporcionalidade.

VI. Direito ao esquecimento: análise à luz do Direito Comparado

a. União Europeia

b. América Norte e América Latina

VII. Considerações finais

VIII. Referências Bibliográficas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade da informação encontra-se em um momento histórico de crescimento acelerado concertado pela complexidade das tecnologias associadas, que lhe impulsiona e o desenvolve formando um ciclo virtuoso de descobertas tecnológicas. A divulgação dessas informações e seus desdobramentos podem, por vezes, conflitar e desafiar as bases democráticas das nossas sociedades. Estes desafios descortinam-se, por exemplo, quando a propagação de notícias ou dados que não interessam ao governante vem a público ou, ainda, quando a divulgação de dados por vezes pessoais de pessoas públicas são objeto de vedação de sua propagação. Esta vedação estaria inserida no escopo de uma sociedade democrática? Esta é uma das faces dos novos desafios que a sociedade da informação nos impõem.

Esses novos desafios levam à definição de novos direitos, que podem ser redefinidos ou tem que ser criados. No primeiro caso, encontram-se os conflitos entre os direitos relacionados à informação e à liberdade de expressão, bem assim aos direitos à honra e à privacidade pessoal. No segundo caso, para enfrentar as ameaças às liberdades democráticas, é necessário criar novos direitos para garanti-las, como, por exemplo, o Direito ao esquecimento.

Com o surgimento da Internet, a humanidade construiu um aparato gigantesco cujas características sistêmicas estão além da comparação com os sistemas até então conhecidos por nossas sociedades. Apesar de a internet ou rede mundial de computadores, que comemorou em 2019 cinquenta anos, ter ficado popular somente no início dos anos noventa, a população em geral apenas inicia seu uso, mas o que conhecemos e o que é facilmente

disponibilizado já é suficiente para justificar preocupações para os legisladores e para os operadores do Direito. As implicações da Tecnologia de Informação e Comunicação-TIC que a cada dia nos surpreende com inovações, criou um homem totalmente dependente da informação imediata e imediatista. Ou seja, a fim de propiciar acesso praticamente infinito e instântaneo à todo tipo de informação, a sociedade desenvolve novas tecnologias, como, por exemplo, o incremento exponencial dos celulares (telemóveis), mas também dos computadores pessoais, entre outros; donde surge o ciclo virtuoso de desenvolvimento tecnológico (e, portanto, econômico também) referido acima. Passamos a habitar o 'ciberespaço' como se ele fosse o nosso meio ambiente, uma memória gigantesca, uma memória eidética, "uma memória total", conforme descreve TERWANGNE (2012. P.54).[128]

Todas as preocupações têm motivos. A Internet não é uma mídia[129] igual às outras. Vejamos, por exemplo, um caso concreto julgado pelo Tribunal de Cassação francês em 15 de dezembro de 1999, ao decidir que as publicações na Internet são imprescritíveis. Em outras palavras, o fato publicado na Internet é considerado uma "publicação permanente ", o que contraria a lei de liberdade de imprensa do país de 29 de julho de 1881.[130]

Como se denota, o poder da Internet é imenso e o legislador terá que encontrar rapidamente uma maneira de não restringir a liberdade de imprensa e de expressão, bem como proteger a honra e a privacidade das pessoas, e ao mesmo tempo proteger a sociedade dos danos que as informações 'on line' podem causar às empresas e aos cidadãos.

Este cenário, extremamente desafiador e, até certo ponto, provocador, nos leva à discussão sobre uma nova face do Direito, qual seja: o Direito do Esquecimento, o Direito a ser Esquecido, Derecho al Olvido, em espanhol, Droit à l'Oubli, em francês, The Right to be Forgotten ou Right to Oblivion em inglês, e Diritto all'oblio (em italiano). Neste trabalho será utilizado a denominação de Direito ao esquecimento.

2. DIREITO DA PERSONALIDADE

A sociedade sofreu modificações estruturais marcantes desde o advento da Revolução Industrial. Essas modificações estão cada vez mais acentuadas devido aos vertiginosos avanços tecnológicos que ocorrem sobretudo nos dias de hoje, que, por via de consequência, obrigam que a ciência do Direito seja percebida por uma nova perspectiva, e por essa razão, seja necessário observar algumas revisões em seus institutos, com o surgimento de novos ramos de estudo que chegam a alterar mesmo o conceito de personalidade.

---

[128] TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Febrero 2012. p. 54.

[129] Em Portugal verificamos a palavra 'os mídia" para significar jornais, revistas, internet, etc. No Brasil, falamos em "mídia". Trata-se de um gênero para designar todos os meios de comunicação em geral. No Brasil, qualificamos os meios de comunicação (espécie) e assim teremos: a mídia eletrônica (internet & al), a mídia impressa (jornais e revistas), a mídia das redes sociais (twiter, instagran, etc). Se quisermos, portanto, nos referir à vários meios de comunicação utilizamos mídia (no singular ou no plural, concordando com a frase). Se quisermos nos referir a um tipo específico (mas não único), qualificamos a palavra, por exemplo: mídia digital, cujo significado é: twiter, instagran, whats apps, etc.. Utilizamos o português do Brasil no presente estudo.

[130] Cour d'appel de Paris. 11ème chambre correctionnelle. section A. Arrêt du 15 décebre 1999. Disponível em https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-11eme-chambre- correctionnelle-section-a-arret-du-15-decembre-1999/. Acesso em 27 out. 2019

Em verdade, o Direito, que é uma das expressões das relações humanas, atravessa um período de transformações intensas advindas pelo uso maciço da internet pela sociedade, que está a vivenciar uma verdadeira revolução tecnológica. Sob esta perspectiva, cabe-nos emoldurar, em apertada síntese, o Direito da Personalidade.

O Direito da Personalidade moderno tomou vulto na Alemanha no início do século XIX, quando os advogados privados alemães admitiram ou, pelo menos, discutiram a existência de uma categoria de direitos conhecidos como Persönlichkeitsrechte ou Individualrechte- uma noção derivada, por um lado, da filosofia legal dos séculos XVII e XVIII, proclamando a "lei da natureza" como fonte suprema dos princípios legais. Sob esse nome foram reunidos e reconhecidos, por lei positiva, certos direitos, tais como "Direito a Honra e ao nome da pessoa."[131]

No ocaso do século XIX, no entanto, vários autores começaram a advogar o reconhecimento desses direitos - ainda vagamente definidos - como um elemento do direito positivo. O marco mais importante foi artigo publicado por Gareis em 1877, onde ele reivindica "o direito de um indivíduo para organizar sua vida como quiser, direito ao nome de uma pessoa e para sua honra,"[132] entre outros.

Ainda, na Alemanha, outro importante defensor dos "direitos da personalidade" foi Otto von Gierke, que postulou a inclusão na "categoria dos direitos ao corpo e à vida de uma pessoa, liberdade, honra, posição social, atividade livre, esfera comercial de atividade, nome e marcas e finalmente propriedade intelectual."[133]

Inicialmente, podemos definir Personalidade como o "conjunto das características marcantes de uma pessoa; é a força ativa que ajuda a determinar o relacionamento das pessoas com base no seu padrão de individualidade pessoal e social, referente ao pensar, sentir e agir (...) Ela está ligada à postura de valores, à tendência de julgar determinados objetivos, como a liberdade, ou disposições de ação como a honestidade, como desejável ou não."[134]

A pessoa tem o direito de proteção total e eficaz da sua dignidade como um valor fundamental. Segundo BITTAR,[135] esses direitos são: "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes"

Portanto, pode-se dizer que o Direito da Personalidade está incluído no campo dos Direitos Fundamentais, como reconhece o mestre CANOTILHO,[136] para quem cada vez mais, "os direitos fundamentais do cidadão tendem a ser considerados direitos da personalidade e vice-versa."

---

[131] ST R Ü M H O L M, Stig. Right of privacy and rights of the personality a comparative survey. Working Paper preparados para a Nordic Conférence on Privacy organized by the International Commission of Jurists, Stockholm May. 1967.p. 29. Disponível em https://www.icj.org/wp-content/uploads/1967/06/right- to-privacy-working-paper-publication-1967-eng.pdf. Acesso em 31out. 2019. Tradução livre.

[132] Ibid. p.29

[133] Ibid. p.29

[134] SIGNIFICADOS. Disponível em https://www.significados.com.br/personalidade/. Acesso em 30/10/2019

[135] BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995.

[136] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constituição e Teoria da Constituição. 4a Edição. Coimbra: Almedina, p. 390.

Não obstante vale registrar o alerta de DIAS,[137] segundo a qual o "direito geral de personalidade, de raiz germânica, não é figura pacífica na doutrina portuguesa, sendo certo que é aceite pela Escola de Coimbra, já não se verifica o mesmo na Escola de Lisboa, enquanto a jurisprudência se tem abstido de tomar posição quanto a esta figura, uma vez que ele apareceria como objeto de si mesmo, não favorecendo a criação de modalidades de intervenção, o que poderia pôr em causa a segurança jurídica."

Neste sentido, esclarece DIAS[138] que "os direitos de personalidade cabem na esfera civilística ao passo que os direitos fundamentais cabem na esfera do Direito Constitucional", isto porque segundo o artigo 26º da Constituição da República Portuguesa-CRP refere-se à tutela de direitos da personalidade humana, advindos do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito da personalidade é considerado um direito absoluto, indisponível, imprescritível e extrapatrimonial. Suas espécies são a honra, a intimidade, a imagem, o direito de expressão e informação, dentre outros. A doutrina, comumente, atribui duas dimensões aos direitos da personalidade: objetiva e subjetiva.

O direito objetivo de personalidade pode ser compreendido como "a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade consagrada, quer no direito supranacional, na lei constitucional, na lei ordinária, cuja ratio se funda em razões de ordem pública e de bem comum, sendo esta alheia à autonomia privada", leciona VASCONCELOS (2006. P. 50).[139]

No tocante à tutela subjetiva da personalidade, de um "direito subjetivo de defender a dignidade própria, exigindo o seu respeito e se valendo dos meios juridicamente lícitos que se façam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito."[140]

Outro mestre português, Jorge Miranda, assim nos ensina:

> Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; São condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanações da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana ou a defesa da própria dignidade.[141]

Por sua vez, o jurista brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet, assim se expressa:

> Os direitos de personalidade, pela sua vinculação com a dignidade e aspectos essenciais à vida humana, passaram a assumir a condição de direitos humanos (notadamente pelo reconhecimento gradativo no

[137] DIAS, Patrícia Cardoso. Direitos fundamentais vs Direitos de Personalidade. Disponível em https://independent.academia.edu/Patr%C3%ADciaCardosoDias. Acesso em 17/11/2019.
[138] Ob. Cit.
[139] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito de personalidade. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.
[140] Ibid. p. 52.
[141] Ibid. p. 52.

> plano do direito internacional dos direitos humanos) quanto de direitos fundamentais, aqui considerados os direitos de personalidade consagrados pelas constituições. Neste sentido, é possível afirmar que os direitos de personalidade são sempre direitos humanos e fundamentais, mas nem todos os direitos humanos e fundamentais são direitos de personalidade. No que diz com a forma de reconhecimento e proteção dos direitos de personalidade, há como afirmar que hoje é dominante o entendimento de que paralelamente a uma cláusula geral de proteção da personalidade (e dignidade da pessoa humana), a ordem jurídico constitucional assegura uma proteção ampla e em princípio isenta de lacunas, buscando cobrir todas as manifestações da personalidade humana.[142]

Podemos inferir dos ensinamentos acima transcritos que o Direito da Personalidade são aqueles inerentes a qualquer ser humano e devem ser reconhecidos para todos os fins em todos os lugares ou, ainda, são direitos normalmente definidos como o direito irrenunciável e intransmissível que todo indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

A Constituição Federal brasileira[143] reconhece expressamente diversos direitos da personalidade em seu texto. O Código Civil de Portugal, por sua vez, na Secção II, quando trata dos Direitos da personalidade, afirma no seu Artigo 70º,[144] sobre a Tutela geral da personalidade. O Código ainda estabelece regras bastantes claras de defesa dos direitos da personalidade nos art. 71º, 72º, 74º, 75º e 76º, 78º,79º e 80º .

Os direitos da personalidade podem ser classificados em inatos e adquiridos. Os inatos são absolutos, portanto, são *erga omnes*, isto é, a coletividade tem o dever de respeitá-los e possuem ainda outras características, segundo NOBRE (2000, P. 185):[145]

> a) são outorgados a todas as pessoas, pelos simples fatos de existirem;
>
> b) não possuem conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente;
>
> c) não podem trocar de titular, nem por vontade própria do indivíduo
>
> d) imprescritibilidade, inexiste um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo seu não-uso;
>
> e) não são passíveis de penhora; e,
>
> f) acompanham o titular desde seu nascimento até sua morte, ou seja, são vitalícios.

---

[142] SARLET, Ingo W. Artigo veiculado na 26ª edição do Jornal Estado de Direito, ano IV, 2010. Disponível em http://estadodedireito.com.br/entrevista-direitos-de-personalidade-e-outros/. Acesso em 31 out. 2019

[143] 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:
[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
[...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

[144] "Art. 70. 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida."

[145] NOBRE, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 37, número 145, jan./mar. 2000, p. 185-196.

Os direitos da personalidade adquiridos, ensina GAGLIANO; PAMPLONA (2002, p. 159)[146] "são aqueles que não existem como atributos da pessoa na vida social, porém constituem-se ou se disciplinam em função do ordenamento jurídico lhes dar forma e instituírem mecanismos específicos de proteção. Eles têm sua existência vinculada ao direito positivo que os disciplina e são suscetíveis de serem examinados em relação ao Estado, sendo possíveis de serem relativizados. Como exemplo, o direito autoral, ainda que os direitos morais do autor sejam inalienáveis e irrenunciáveis, coexistem os direitos patrimoniais, que permitem que seu titular utilize, frua e disponha de sua obra." Outro exemplo, seria a liberdade de expressão.

No tocante ao tratamento legal do Direito ao esquecimento em Portugal podemos dizer que este direito, embora não faça parte explicitamente da Constituição da República Portuguesa, e seja regido na sua grande parte pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados-RGPD da União Europeia, possui um embasamento tanto constitucional quanto infraconstitucional no sistema jurídico português.

A Constituição da República Portuguesa garante a integridade moral das pessoas (art. 25º, 1), bem assim os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (art. 26º, 1). Também explicita que a lei deve estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias (art. 26º, 2). Ainda, em seu art. 35º, diz que o cidadão possui direito de saber acerca dos fins destinados à utilização de seus dados individuais.

A Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto de 2019, assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento UE/2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Esta Lei cuida, portanto, de proteção dos dados pessoais e traz para o sistema jurídico português o Regulamento Geral de Proteção de Dados-RGPD do Parlamento Europeu, que normatiza o tema no âmbito da União Europeia-UE.

No que diz respeito ao campo infraconstitucional, o Código Civil Português estabeleceu a proteção geral aos direitos da personalidade, e os cuidados de forma bastante ampla do direito à intimidade e à vida privada, art. 70º e 80º, respectivamente, além de outos dispositivos, como se viu acima.

No mesmo sentido, o Código Penal Português, possui vários artigos que, por sua vez, tipificam os crimes que podem ser enquadrados dentro do escopo do Direito ao Esquecimento: os crimes contra a intimidade da vida privada a partir do art. 190º. O art. 192º e o art. 193º trazem, respectivamente, os crimes de devassa da vida privada (pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias) e devassa por meio da informática (pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias).

O nosso entendimento, porém, é no sentido de que o Direito ao Esquecimento constitui um princípio constitucional implícito no Ordenamento Jurídico Português, razão pela qual seria até redundante a sua explicitação na Constituição da República. Com efeito,

[146] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.pp.153-154

mesmo que Portugal não integrasse a Comunidade Europeia e não tivesse aderido às respectivas diretivas quanto à temática – ainda assim – o Direito ao Esquecimento poderia ser invocado em Portugal, devido o princípio da dignidade da pessoa humana porque está destacado na Constituição da República Portuguesa.

3. O QUE SE ENTENDE POR DIREITO AO ESQUECIMENTO OU DIREITO A SER ESQUECIDO

A realidade atual, da qual não podemos fugir, é que vivemos em dois mundos, o físico e o digital, e os nossos dados pessoais podem ser encontrados em uma lista de resultados dos vários mecanismos de pesquisa ou de busca, quando ficamos totalmente expostos. Como a informação digital é permanente, e o indivíduo pode ter sua privacidade invadida a qualquer momento, o direito de ser esquecido levanta questões importantes sobre liberdade de expressão e privacidade, afetando a sociedade, a lei e as políticas de informação, portanto, o direito de esquecer é a resposta para ameaça ao desenvolvimento do livre armazenamento de informações pessoais permanentes, cuja disseminação pode afetar negativamente a pessoa, quando há uma incompatibilidade entre os dados da realidade por ocasião de sua publicação com os dados da realidade atual, isto é, quando ocorre um descompasso de informações passado algum tempo após o fato divulgado; ou, ainda, quando a pessoa (objeto da informação) não deseja que aquele determinado fato seja de conhecimento universal.

Podemos afirmar, que o direito de ser esquecido é a última manifestação da necessidade de preservar a privacidade das pessoas contra as ameaças do progresso tecnológico.

Este desejo de proteger dados relativos à vida privada não é algo que surge com o advento da internet, embora possa se afirmar que a rede mundial de computadores popularizou a sua disseminação. O conceito de um "Direito ao esquecimento" remonta à década de 70, na França, onde o termo *droit à l'oubli (right to oblivion)* foi cunhado, segundo FRAJHOF (2019. P. 21).[147]

A ligação entre o direito à privacidade e o avanço tecnológico apareceu pela primeira vez nos Estados Unidos da América, num artigo denominado "The Right of Privacity", publicado 1890, pelos juristas Samuel Warren e Louis Brandeis na "Harvard Law Review,"[148] onde os autores propunham um novo direito fundado no direito comum para proteger a dignidade pessoal, em resposta às mudanças provocadas pela expansão do uso de novas tecnologias da época, principalmente, a máquina fotográfica e os jornais sensacionalistas, advertindo que os aspectos da vida privada poderiam ser expostos, contra a vontade das pessoas, muitas vezes com o intuito comercial de lucro. Warren e Brandeis cunharam, nesta época, a seguinte frase: "*o que é sussurrado no closet pode vir a ser proclamado, em alta voz, a partir do telhado*",[149] que foi ampliada, nos dias de hoje, por PARENTONI (2015):[150]

---

[147] FRAJHOF, Isabella Z. O Direito ao esquecimento na Internet: Conceito, Aplicação e Controvérsias. Almedina.2019. p. 21.

[148] WARREN Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol. 4. No. 5. 1890. pp. 193-220.

[149] Ibid. p. 203.

[150] PARENTONI, Leonardo Netto. O Direito ao esquecimento (Right to Oblivion). Direito e Internet III. Marco civil da Internet. Quartier Latin. São Paulo. 2015.

> o que é sussurrado no closet pode vir a ser reproduzido não apenas no telhado e para poucas pessoas, mas em qualquer canto do mundo, para um número indeterminado de pessoas, a um custo geralmente muito baixo. E mais, pode continuar sendo reproduzido indefinidamente, enquanto houver alguém interessado em acessar esse conteúdo, mesmo contra a vontade dos sujeitos envolvidos.

Infere-se, portanto, que mesmo naquela época, isto é, na década de 70 do século passado, havia já o intuito de se manter alguma reserva, isto é, uma esfera de privacidade protegida do grande público, ou seja, havia a preocupação de se manter uma esfera da vida privada em segredo com o intuito de evitar a divulgação de dados próprios por tempo indeterminado, cuja divulgação ficava a cargo dos jornais e revistas sensacionalistas daquela época, bem assim evitar essa propagação de notícias da vida privada para quem quer que fosse, uma vez que estas revistas e jornais eram públicas e ficavam arquivadas, seja nas Bibliotecas, ou nos arquivos das editoras e empresas responsáveis pela publicação.

Como definir o Direito ao esquecimento? De um modo geral, é o direito que a pessoa possui de impedir que determinado fato de sua vida, ainda que verdadeiro, continue sendo exposto, ou seja, é o desejo de o sujeito de direito que fato específico relativo à sua esfera privada não seja de propagação infinita, disponível indiscriminadamente, causando-lhe danos emocionais e transtornos em sua vida pessoal.

Existem na literatura diversas definições, como, por exemplo, a dada pelo jurista francês FRANÇOIS OST (2005. P. 160):[151]

> Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

Ou para o jurista DOTTI *(*1988. P.300*):*[152]

> O Direito ao esquecimento consiste na faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade.

Ou, ainda, para FLORÊNCIO (2011. P216):[153]

> É o direito dos indivíduos de terem seus dados não mais processados e apagados quando não forem mais necessários para propósitos legítimos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, MENDES *et al (2007),*[154] pondera:

---

[151] OST, François. O Tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 160.

[152] DOTTI, René Ariel. O Direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 300.

[153] FLORÊNCIO, J. Abrusio. Direito ao esquecimento na Internet. In: MESSA, A. F.; THEOPHILO NETO, N.; THEOPHILO JUNIOR, R. (Org.). Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216

[154] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixado de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Dos ensinamos acima podemos inferir, em resumo, que o direito ao esquecimento é o direito que a pessoa possui de impedir que determinado fato de sua vida, ainda que verdadeiro, continue sendo oferecido à vista de toda gente, causando-lhe danos emocionais e transtornos em sua vida pessoal.

A ideia do "direito a ser esquecido" é dar a uma pessoa uma segunda chance na sociedade. Não obstante, nem todas as formas de esquecimento e lembrança podem se valer dessa proteção legal, como se fosse um forte a proteger dos fatos que não deseja se tornem públicos. Ou seja, nem todos os fatos podem ser abrangidos por essa ideia, por esta limitação legal à divulgação. Existe um fundamento normativo útil para a distinção entre (1) tentativas legítimas de reintegração, (2) tentativas legítimas de reabilitação e (3) recurso injustificado a um direito de ser esquecido, e que veremos a seguir.

O Direito ao esquecimento, um ramo do Direito que já vem sendo estudado há muitos anos nos Estados Unidos e na Europa, ainda não é reconhecido formalmente no Brasil, embora já esteja sendo aplicado pelas Cortes Superiores em diversos casos, pois está intimamente ligado à proteção dos direitos de personalidade. Devido a este fato, é importante esclarecer esta ligação.

4. O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA PERSONALIDADE

Como foi visto, os Direitos da Personalidade são aqueles inerentes a qualquer ser humano e devem ser reconhecidos para todos os fins em todos os lugares ou, ainda, são direitos normalmente definidos como o direito irrenunciável e intransmissível que todo indivíduo tem de controlar o uso de seu corpo, nome, imagem, aparência ou quaisquer outros aspectos constitutivos de sua identidade.

Essa seria, então, a ligação entre o Direito ao esquecimento com o Direito da Personalidade, pois o primeiro está intimamente ligado, à imagem, à vida privada (privacidade e intimidade) e à honra. "Tutelar tais direitos significam tutelar a própria dignidade humana, objetivo final de todo o ordenamento jurídico", ensina RIBEIRO (2019).[155] Pode-se dizer que, para o ordenamento jurídico brasileiro, o Direito ao esquecimento é um Direito da Personalidade adquirido.

Assim, quando o indivíduo tem alguns de seus direitos da personalidade violados pela exposição em qualquer tipo de mídia, ele também tem o direito de peticionar que determinados fatos sejam extintos, com o objetivo de que sua vida civil não seja prejudicada. O Direito ao esquecimento é uma maneira de ele se reabilitar na esfera civil do direito.

---

[155] RIBEIRO, Thiago Santos. Direito ao esquecimento como decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Disponível em https://jus.com.br/artigos/52214/direito-ao-esquecimento-como-decorrencia-dos-direitos-da-personalidade-e-da-dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em 31 out. 2019.

É certo que a sociedade tem o direito de preservar a sua história; contudo as pessoas necessitam de uma proteção ampla dos seus direitos da personalidade, tendo em vista que estes são decorrentes do princípio da dignidade humana, tido como o fundamental e direito sagrado em qualquer Carta Magna democrática.

Neste ponto, o ordenamento jurídico brasileiro e português divergem. Na hipótese do direito brasileiro, o Direito ao esquecimento, pode-se dizer, é um instituto do direito da personalidade, faz parte deste, ainda que na forma de um núcleo de direitos dentro de uma esfera de direitos, todos protegidos sobre o manto do direito da personalidade.

No caso português, voltamos à lição de DIAS[156] que esclarece a diferença:

> ... há direitos de personalidade previstos na CRP, coincidindo alguns com os previstos e regulados no CC. Pese embora os direitos previstos na CRP possam tutelar o mesmo objeto, como sejam os previstos na lei civil entre o artigo 70º e 81º, são direitos fundamentais, devendo a distinção entre uns e outros fazer-se através dos seguintes critérios: Os direitos de personalidade vêm regulados no CC e os direitos fundamentais na CRP, tendo cada um dos diplomas os seus mecanismos de tutela; direitos de personalidade supõem uma relação de igualdade entre sujeitos particulares, não tendo projeção especial em relação ao Estado, ao contrário, os direitos fundamentais supõe uma relação de vinculação direta com o Estado; por fim, se uns e outros têm por vezes objeto idêntico, há direitos de fundamentais que não têm relação com bens de personalidade.

Infere-se, portanto, a diferença entre os ordenamentos jurídicos: o direito português diferencia os direitos da personalidade regulados no Código Civil Português e os direitos fundamentais, prescritos na Constituição da República Portuguesa. É a mesma proteção ao direito do esquecimento, porém, regulamentados em normas diferenciadas e com seus procedimentos próprios de tutela.

No ordenamento jurídico brasileiro, de seu lado, o direito ao esquecimento integra o instituto do direito da personalidade e faz parte deste, conforme esclarecido acima. O direito ao esquecimento no Brasil poderá ser arguído tanto no juiz de 1º grau (mediante a proteção difusa dos direitos constitucionais), como diretamente nos Tribunais Superiores (a depender de quem tem legitimidade para arguir, neste caso, trata-se de uma questão de legitimidade para propor a ação diretamente nos Tribunias superiores, sem passar pelas instâncias inferiores). Já no ordenamento português, a depender da sua fundamentação, ou seja, se o direito ao esquecimento estiver a ser evocado com base no Código Civil ou na CRP, sua arguição será realizada perante o juiz de 1º grau ou perante o Tribunal Constitucional, pois aquele pressupõe a contenda entre particulares, e no Tribunal Constitucional quando a tutela decorre de uma relação direta com o Estado.

No caso brasileiro, de outro lado, surge um questionamento que permeia as discussões sobre o assunto, pois há uma dicotomia do direito do esquecimento com o princípio da liberdade de expressão, conforme retro mencionado. Ou seja, o direito à intimidade, o direito à imagem e honra, estão incluídos no rol dos direitos da personalidade, mas será

[156] DIAS, Patrícia Cardoso. Op. Cit.

que o direito à liberdade de expressão pode invadir a esfera privada, sem se tornar crimes de calúnia e difamação?[157]

---

[157] **Código Penal brasileiro:**
CAPÍTULO V
DOS CRIMES CONTRA A HONRA
Calúnia
Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
§ 1o - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
§ 2o - É punível a calúnia contra os mortos.
Exceção da verdade
§ 3o - Admite-se a prova da verdade, salvo:
I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no no I do art. 141;
III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.
Difamação
Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Exceção da verdade
Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.
Injúria
Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
§ 1o - O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.
§ 2o - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem
aviltantes:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.
§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa
ou portadora de deficiência:
Pena - reclusão de um a três anos e multa.
Código penal Português:
CAPÍTULO VI
Dos crimes contra a honra
Artigo 180.o Difamação
1 — Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo,
ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até seis meses ou
com pena de multa até 240 dias.
2 — A conduta não é punível quando: a) A imputação for feita para realizar interesses legítimos; e b) O agente provar a verdade da
mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.
3 — Sem prejuízo do disposto nas alíneas b), c) e d) do n.o 2 do artigo 31.o, o disposto no número anterior não se aplica quando se
tratar da imputação de facto relativo à intimidade da vida privada e familiar.
4 — A boa fé referida na alínea b) do n.o 2 exclui-se quando o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias
do caso impunham, sobre a verdade da imputação.
Artigo 181.o Injúria
1 — Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua
honra ou consideração, é punido com pena de prisão até três meses ou com pena de multa até 120 dias.
2 — Tratando-se da imputação de factos, é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2, 3 e 4 do artigo anterior.

A Constituição Federal brasileira de 1988 demonstra no seu artigo 220[158] que o direito de expressão não é um direito absoluto. Da mesma forma, não poderia ser diferente com os direitos da personalidade, sendo estes também limitados. Esses direitos estão subordinados a limitações eventuais de outros interesses superiores.

Existem outras limitações ao direito de expressão no caso brasileiro como, por exemplo, a exigência da verdade. Porém, a verdade não é absoluta. Ademais, a rapidez com que as informações são difundidas fica muito difícil apurar com precisão o que está sendo divulgado. Tudo isto, ainda, é tumultuado pelas chamadas *fake news: isto é,* a divulgação intencional de notícias falaciosas com objetivo determinado, seja político, social, econômico, etc.

A solução desse conflito só pode ser encontrada analisando cada caso concreto, já que não existe hierarquia entre normas constitucionais. Assim, uma norma constitucional deve ser sempre interpretada em harmonia com outra aparentemente conflituosa, de forma que as normas constitucionais se harmonizem entre si.

Portanto, para o ordemamento jurídico brasileiro, o Direito ao esquecimento permeia a expressão de outros direitos da personalidade, seja no âmbito constitucional, seja no âmbito infralegal, uma vez que existem zonas cinzentas onde o Direito ao esquecimento encontra-se intimamente ligado ao direito á honra, ao direito à imagem e ao direito à privacidade.

A utilização do Direito ao esquecimento pode afetar outros direitos da personalidade tanto no âmbito constitucional quanto no âmbito civil, como, por exemplo, o Direito à Honra, o Direito à Imagem e o Direito à Privacidade. Como isso pode acontecer?

O Direito à Honra, no direito brasileiro, compreende tanto a "dignidade e a moral intrínseca do homem (honra subjetiva), como a estima, a reputação e a consideração social que as pessoas nutrem por determinado indivíduo (honra objetiva), sendo um bem jurídico que ao ser violado não há como trazer ao '*status quo ante'",* ensina JUNIOR (2012. P. 5).[159]

Artigo 182.o Equiparação
À difamação e à injúria verbais são equiparadas as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão.
Artigo 183.o Publicidade e calúnia
1 — Se no caso dos crimes previstos nos artigos 180.o, 181.o e 182.o: a) A ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias
que facilitem a sua divulgação; ou b) Tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação;
as penas da difamação ou da injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.
2 — Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena
de multa não inferior a 120 dias.

[158] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. *§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

[159] JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 5.

O Direito à Imagem esclarece DURVAL[160] (1988.P.105) "é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior."

Sobre esse direito é bom lembrar que ele é inalienável e intransmissível, uma vez que não há como dissociá-lo de seu titular. Entretanto, não é indisponível, pois existe a possibilidade de dispor ou não da própria imagem para que outros a utilizem para diversos fins, quer se dizer, a pessoa pode explorar a sua própria imagem, se tal lhe convier.

Por último, temos o direito à privacidade, que segundo BASTOS[161]

> "consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano."

Por sua vez, MACHADO (2002. P.795)[162]preleciona que entre as esferas da privacidade se destaca a "esfera íntima, onde se situa o núcleo essencial da privacidade", sediando o "mundo dos sentimentos, emoções, da existência biopsíquica, da sexualidade etc." Este autor distingue, portanto, a esfera privada de determinada pessoa com outra ainda mais nuclear, mais especial, qual seja: a esfera íntima.

De outro lado, o Direito ao esquecimento tem como objeto jurídico a memória individual, o modo de ser da pessoa. Portanto, o Direito ao esquecimento não deve ser entendido como uma continuação do direito a privacidade. A figura que nos vem à mente é como se o direito à privacidade fosse um lado da moeda, e o Direito ao esquecimento o outro lado.

5. LIMITES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A coexistência de outros direitos e interesses protegidos pela Constituição brasileira, obriga uma interpretação sistemática do texto constitucional para limitar o escopo de aplicação de cada direito. O Direito ao esquecimento não poderia ficar de fora, pois ele permite que um indivíduo exclua certos dados que podem prejudicá-lo. No entanto, existe uma dificuldade de saber como esse direito pode realmente ser aplicado ou como a exclusão é feita na prática. Vários problemas neste contexto devem ser levados em consideração:

1- Inicialmente, temos a questão da censura na internet. A censura na rede não é bem vista (nem é bom que se admitida), e, com o auxílio da tecnologia cada vez mais aprimorada, os usuários sempre encontram um meio de desbordá-la, dessa forma a dificuldade de ocultar informações se torna praticamente impossível.

2- A memória seja individual ou coletiva, é certo que demarca nosso lugar na sociedade. Portanto, existe uma ligação profunda entre a memória, privacidade, e a identidade, e

[160] DURVAL, Hermano. Direito à imagem. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p. 105.

[161] Citado em José Afonso da Silva, "in" Curso de Direito Constitucional, p. 101.

[162] MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002. pp. 795-796.

a garantia de persistência dos dados digitais, fato esse que desafia a certeza que os dados serão esquecidos.

3- Um limite da aplicação do Direito ao esquecimento foi estabelecido em janeiro de 2019, pelo Advogado-Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) quando analisando o processo C-136/17, ao afirmar

> que bloqueio de solicitações relacionadas a dados confidenciais não pode ser aceito sistematicamente; os mecanismos de pesquisa devem ponderar entre os direitos em jogo: respeito à privacidade e à proteção de dados, por um lado, e o direito do público de acessar informações e o direito à liberdade de expressão daquele de quem as informações emanam, por outro. Ele acrescentou que esse mesmo critério de ponderação deve ser aplicado em solicitações de dados pessoais incompletas, imprecisas ou obsoletas, e que, no caso de solicitações relacionadas a dados incluídas em artigos de jornal.[163]

4- A privacidade ou o direito de manter informações pessoais confidenciais pode estar em conflito com outros direitos, como liberdade de expressão e outras relacionadas à liberdade de expressão. Obviamente, a exclusão pode ser feita por meio de uma medida judicial. No entanto, no contexto da Internet é muito difícil a proteção do direito à privacidade. Além disso, esse conceito tradicional é cada vez mais confrontado com o fato de que redes sociais estão assumindo a função de disseminação de informações, inclusive, com o envio de fotos. Por outro lado, o Direito ao esquecimento tem o poder de transformar informações públicas em informações privadas não permitindo que terceiros possam acessar essas informações", segundo WEBER (2011. P. 122).[164]

No caso do Direito Português, o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados-RGPD[165] estabelece uma série de exceções ao exercício do Direito ao esquecimento, ou seja, nos casos de o processamento for necessário para:

exercer o direito à liberdade de expressão e informação;

cumprir uma obrigação legal que exija o tratamento ao abrigo da legislação da União ou dos Estados-Membros a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito ou executar uma tarefa que seja de interesse público ou no exercício da autoridade oficial delegada no responsável pelo tratamento;

por razões de interesse público no domínio da saúde pública, em conformidade com o artigo 9º, n.º 2, alíneas h) e i), e com o artigo 9º, n.º 3, do RGPD;

para fins de arquivamento de interesse público, para fins de pesquisa científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do Artigo 89º (1) RGPR; ou, afirmar, exercer ou defender reivindicações legais.

---

[163] ALONSO, Ane. Quais são os limites do "direito de ser esquecido"? O Advogado-Geral do TJUE. Blog CuatreCasas.18 de janeiro de 2019. https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/limites-del- derecho-al-olvido/ Acessado em 03/11/2019.

[164] WEBER Rolf H., The Right to Be Forgotten: More Than a Pandora's Box?, (2011) JIPITEC 120. p. 122 Disponível em http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8.Acesso em 03 nov. 2019

[165] O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, apresenta um conjunto único de regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Assistencia-Tecnica-e-Formacao/Regime-Geral-de-Protecao-de-Dados.aspx. Acesso em 17.nov.19

Neste sentido, há alguma limitação quando verificamos o conflito entre o Direito ao esquecimento e outros direitos. Esta questão preocupa os estudiosos da matéria pois envolve uma ponderação entre os dois direitos conflitantes, ponderação esta nem sempre fácil de ser solucionada.

Não obstante, o Tribunal de Justiça da União Europeia-TJUE estabelece diretrizes a serem seguidas nesses casos de ponderação. Assim, por exemplo, uma das soluções adotadas é que o direito de ser esquecido deve prevalecer contra o interesse econômico do mecanismo de busca. De outro lado, o interesse público e o direito à informação prevalecem no caso de o proprietário dos dados ter um papel relevante na vida pública.

É importante ressaltar que o Direito ao esquecimento não é um direito absoluto. O Direito ao esquecimento poderá ceder a outros interesses relevantes sempre que necessário para atingir o objetivo legítimo pretendido e deverá respeitar o conteúdo desse direito restrito. Esses mecanismos de interpretação conduz à conclusão de que na sua aplicação pode haver um confronto com outras garantias constitucionais. Portanto, como agir quando existe essa oposição de direitos? Isso ocorre, por exemplo, quando o Direito ao esquecimento é confrontado com o direito da liberdade de informação, que, por sua vez, também não é absoluto.

Uma resposta parece ser a utilização da Teoria da Ponderação de Robert Alexy como solução para a colisão dos direitos fundamentais. Para ALEXY, na sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais",[166] o choque entre regras de um mesmo ordenamento jurídico impõe invalidade de uma das normas, assim:

> Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.[167]

Para elucidar, ALEXY[168] propõe um exemplo simplório:

> Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Por uma feliz coincidência, Alexy cita outro exemplo da sua teoria, utilizando o caso dos soldados de Lebach, caso este que é citado em quase todas publicações sobre o Direito ao esquecimento.

Lebach é o local onde ocorreu, em 1969, um roubo e assassinato de quatro soldados alemães que vigiavam um depósito de munições. O crime foi considerado um latrocínio,

---

[166] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. SP.2ª edição, 4ª tiragem. 2015.

[167] Ibid. p. 92.

[168] Ibid. p. 92.

pois todas as armas do exército foram roubadas e resultou em três condenados, sendo que dois foram penalizados com a pena perpétua e o terceiro foi condenado a reclusão por 6 meses, tendo em vista que participou apenas dos atos preparatórios do crime.

Acontece que dias antes da soltura do terceiro condenado, a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Um dos condenados, que estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1 º, § 2º, e 2º, § 1 º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões.[169]

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, numa ponderação entre os dois direitos, deu razão ao reclamante, determinando que o documentário poderia ser exibido ao público desde que não fossem divulgados o nome e a imagem do reclamante em observância ao princípio da proporcionalidade.

SARLET (2015)[170] assim comentou a decisão:

> O tribunal entendeu que embora a regra seja o da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance.

É bom ressaltar: o Direito ao esquecimento nem sempre prevalecerá, posto que deve ser sopesada a sua aplicação em relação ao direito contrário à sua proteção. Como visto acima, o Tribunal Constitucional Alemão ponderou os dois direitos: o direito ao esquecimento do cidadão que já havia cumprido sua pena, e o direito à informação e liberdade de expressão da mídia, sopesando-os e encontrando uma meio termo para a observância de ambos os princípios, sem que ocorresse a prevalência de um princípio em detrimento do outro.

Nesse sentido, o professor brasileiro SCHREIBER (2013. P. 468)[171] discorreu:

> É certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do Direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculia-

[169] Ibid. p.

[170] SARLET, Ingo Wolfang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. Conjur. 2015. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dadosmario-gonzalez. Acesso em: 01 nov. 2019.

[171] SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo. Atlas. 2013.p. 468.

> ridades, sopesando-se a utilidade informativa na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida. Não há direito a reescrever a história ou apagar o registro de dados pretéritos, mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe- se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

6. DIREITO AO ESQUECIMENTO: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Segundo ALMEIDA (1998. P.9)[172] "o direito comparado (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas."

Sua importância, pode ser resumida nas palavras de DAVID (1989. P. 3):[173]

> [...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.

Portanto, a análise do Direito ao esquecimento não poderia deixar de passar pelo crivo comparatista, a fim de se ter uma visualização como essa novel face do Direito é encarada no mundo.

Neste capítulo serão abordados como os países da União Europeia e das Américas do Norte e Latina aplicam em seus julgamentos os pressupostos jurídicos do Direito ao esquecimento.

1- UNIÃO EUROPEIA (UE)

O caso seminal do Direito ao esquecimento na UE é uma reclamação que teve início em 05.03.2010, apresentada por Mario Costeja González à Agência Española de Protección de Datos (AEPD) contra o jornal La Vanguardia Ediciones SL e os motores de busca Google Inc., a matriz norte-americana responsável pelo tratamento de dados, e a Google Spain SL, filial espanhola responsável pela comercialização de publicidade do grupo na Espanha, para que dois anúncios de leilões de imóveis de sua propriedade, decorrente de um arresto com vistas à recuperação de débitos previdenciários e publicados em 09.03.1998 pelo referido jornal, fossem (i) suprimidos ou alterados pelo jornal La Vanguardia de seu site e (ii) suprimidos ou ocultados dos resultados de pesquisas pertinentes a esses anúncios pelo motores de busca Google Spain SL, (sucursal espanhola) e Google Inc.(matriz americana), pois como Mario Costeja González havia quitado a dívida, sem que houvesse necessidade da venda judicial, ele, em 2009, procurou administrativamente o jornal para pedir que seu

[172] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Introdução ao direito comparado, 2. ed. Coimbra. Almedina.1998. p. 9.
[173] DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1989.p .3.

nome não mais aparecesse no motor de busca em associação a esse fato. A resposta foi negativa com o argumento que o periódico servira apenas como instrumento para executar uma determinação do órgão público, isto é, uma decisão judicial qie determinou a venda judicial daqueles imóveis, em 1998. Em 2010, Mario Costeja González, novamente administrativamente, buscou Google Espanha a retirada de seus dados do motor de busca, e, também teve a sua solicitação rejeitada. Em virtude de não conseguir o seu pleito por via administrativa, protocolou uma reclamação junto a Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a empresa *La Vanguardia Ediciones SL,* que edita o jornal, e contra Google Spain e Google Inc.

O pedido do espanhol consistia em que fossem suprimidas ou alteradas as páginas eletrônicas nas quais seus dados estavam disponíveis, para impedir que essas informações fossem lidas por terceiros em razão da extinção da ação há vários anos.

A AEPD, em julho de 2010, rejeitou o pedido quanto ao jornal, pois entendeu que ele apenas havia publicado por ordem do Ministério do Trabalho e Seguridade Social. Contudo, condenou o Google, a sucursal e a matriz, a retirar as referências a Mario Costeja González, baseado que a exposição informações pessoais devem ser suprimidas, quando isso implicar lesão ao direito fundamental de proteção de dados e à dignidade das pessoas em sentido amplo.

A Google, inconformada, recorreu a Audiência Nacional, o órgão judiciário de Espanha, com competência sobre todo o território do país, de cujos julgamentos cabem recurso ao Supremo Tribunal da Espanha. A Audiência Nacional recusou o pedido e resolveu remeter o caso para o TJUE, baseada na premissa que a matéria envolvia a interpretação da Diretiva 95/46, de 24 de outubro de 1995,[174] relativa à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Sob o número C-131/12, em 09.03.2012, o processo foi admitido pelo TJUE (Grande Secção) e, em 13.05.2014, proferido um longo acórdão,[175] com os seguintes pontos principais:

> a) o estabelecimento pelo operador de um motor de busca de uma sucursal ou filial num Estado-Membro da União Europeia, ainda que somente para fins comerciais de espaços publicitários e mesmo que atividade de busca se dê externamente, é suficiente para caracterizar "tratamento de dados pessoais" naquele Estado-Membro e, consequentemente, dentro da União Europeia, incidindo, pois, a Diretiva 95/46/CE;
> b) a atividade de um motor de busca equivale a "tratamento de dados pessoais", sendo operador o seu responsável, quando as informações contenham dados pessoais;

[174] EUR-LEX. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046. Acesso em 04 nov. 2019.

[175] 9 LEE, Yun Ki. Direito ao esquecimento: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e Superior Tribunal de Justiça e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017. p. 141.

> c) em se tratando de dados pessoais desatualizados, inexatos, sem qualquer fim jornalístico e desprovido de interesse público, tanto de seu conteúdo quanto de seu titular, resolvendo o conflito (aparente) de direitos fundamentais, modulando-se a "liberdade de informação" em prol do respeito pela "vida privada" e da "proteção de dados pessoais" (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, arts. 7o , 8o e 11o e Convenção Europeia dos Direitos do Homem, arts. 8o e 10o), com base na proporcionalidade/razoabilidade, é obrigado o operador de um motor de busca a suprimir da lista de resultados as ligações a outras páginas web de terceiros, interligadas pelo nome do prejudicado/interessado, ainda que tais páginas continuem disponíveis e tenham sido licitamente publicadas.

A importância desse acórdão é que qualquer pessoa pode se valer do direito ao esquecimento para pleitear e obter informações pessoais ou dados desatualizados, inexatos e desprovidos de qualquer interesse para público, para que não sejam passíveis de visualização em pesquisas de Internet. Neste caso concreto, esta limitação de informações ficou adstrito ao território Espanhol, não atingindo esta decisão a Google inc., cuja matriz se localiza nos EUA.

Um marco que irá consolidar ainda mais o Direito ao esquecimento, é o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, conhecido como RGPD, o mais importante documento normativo sobre a proteção de dados no mundo.

Em 25 de maio de 2018, entrou em vigor o RGPD, aprovado em 2016, pelo Parlamento Europeu para substituir a Diretiva 95/46/CE, que mantém a tradição europeia de efetiva preocupação com a questão da privacidade e da proteção de dados, significando não uma ruptura com o sistema anterior, mas sim seu aprofundamento. Embora aplicável formalmente apenas no âmbito da União Europeia, a regra tem, na prática, alcance mundial, em razão da integração global típica da internet e da relevância do bloco europeu no contexto econômico internacional.

O RGPD visa equalizar, em todos os Estados-Membros, a mesma confiabilidade de proteção dos dados pessoais. Ele inclui direitos consagrados como o Direito de Acesso à Informação, Direito à Retificação, Direito ao Cancelamento ou Esquecimento e Direito de Oposição, cujo conjunto é chamado de ARCO.

No caso específico do Direito ao esquecimento, assegura, no artigo 17 os motivos pelos quais pode exercê-lo.

> A parte interessada terá o direito de obter, sem demora indevida da pessoa responsável pelo tratamento, a exclusão dos dados pessoais que lhe dizem respeito, que serão obrigados a excluir os dados pessoais sem demora indevida, quando qualquer uma das seguintes circunstâncias coincidir:
> a) os dados pessoais não são mais necessários em relação aos fins para os quais foram coletados ou processados;
> b) o interessado retirar o consentimento em que o tratamento se baseia, de acordo com o artigo 6, parágrafo 1, letra a), ou com o artigo 9, parágrafo 2, letra a), e isso não se baseia em outra base legal;
> c) o interessado se opuser ao tratamento nos termos do artigo 21, parágrafo 1, e outras razões legítimas para o tratamento não prevalece-

> rem, ou o interessado se opuser ao tratamento nos termos do artigo 21, parágrafo 2;
> d) dados pessoais foram tratados ilegalmente;
> e) os dados pessoais devem ser excluídos para o cumprimento de uma obrigação legal estabelecida na lei da União ou dos Estados-Membros que se aplica à pessoa responsável pelo processamento;
> f) Os dados pessoais foram obtidos em relação à oferta de serviços da sociedade da informação mencionada no artigo 8, parágrafo 1.

Uma interessante observação a ser feita é sobre os limites que o RGPD impõe ao Direito ao esquecimento.

Considerando-se que o Direito ao esquecimento não é um direito absoluto, pode haver a hipótese de, em certas ocasiões, dele ceder a outros interesses relevantes sempre que necessário para atingir o objetivo legítimo pretendido e sempre respeitar o conteúdo desse direito restrito. Em virtude disso, o RGPD estabelece uma série de exceções, onde se destaca o exercício do direito à liberdade de expressão e informação. Nesses casos, é necessário a utilização da teoria da ponderação para resolver os conflitos. Quem decide as diretrizes a serem seguidas é o TJUE, como por exemplo, que "Direito ao esquecimento deve prevalecer contra o interesse econômico do mecanismo de busca. Mas o interesse público e o direito à informação prevalecem no caso de o proprietário dos dados ter um papel relevante na vida pública."[176]

Embora exista a intenção de equalizar a aplicação do Direito ao esquecimento em toda a UE, a verdade é que cada membro tem suas peculiaridades. Sendo assim, cabe uma rápida análise de alguns casos acontecidos nos países mais relevantes.

a. ALEMANHA

Além do caso dos soldados de Lebach, já citado anteriormente, um caso atual de 2018 é interessante, pois chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos-TEDH.

Em junho de 2018, o TEDH negou a dois cidadãos alemães, que foram condenados em 1993 pelo assassinato de um ator famoso, o direito de retirar seus nomes do mecanismo de buscas de três mídias alemãs: a rádio pública alemã, e os periódicos Der Spiegel e Mannheimer Morgen, um jornal local na cidade de Manheim.

Os demandantes desejavam que os artigos contidos nas mídias não fossem mais acessíveis com base no Direito ao esquecimento digital devido ao cumprimento de suas respectivas penas.

Após passar por todas as instâncias da justiça alemã, inclusive, pela mais alta Corte do país, o Tribunal Federal de Justiça, o processo chegou finalmente ao conhecimento do

[176]Derecho al olvido y el RGPD – ¿Qué es? – Normativa & Obligaciones. Disponível em https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/01/28/derecho-olvido-rgpd/ Acesso em 02 nov 2019.

TEDH. Neste julgado, o TEDH considerou que a justiça alemã não violou o Direito à privacidade dos dois demandantes e que, nesse caso, prevaleceu o direito à liberdade de imprensa, sustentando, ainda, que os Estados Membros têm sua própria margem de apreciação para ponderar entre o Direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa.[177]

b. FRANÇA

Um caso emblemático sobre o direito ao esquecimento ocorreu na França, repercutindo em todos os membros da comunidade. Foi a decisão do Tribunal de Justiça da UE – TJUE estabelecido em Luxemburgo, que o direito ao esquecimento dos usuários

europeus da Internet não pode ultrapassar as fronteiras da UE. Esta decisão é o resultado de litígio dos franceses com a Google.

Em 2016, a Comissão Nacional de Computação e Liberdades -CNIL francesa aplicou uma multa de 100.000 euros à determinada a empresa por esta se recusar a estender o direito ao esquecimento ao resto do mundo, e não apenas nas versões europeias de seu buscador. A CNIL alegou em seu pedido que as exclusões, para serem efetivas, deveriam ser aplicadas a todas as versões do mecanismo de pesquisa no mundo.

A Google discordou da multa com a argumentação de que a aplicação do Direito ao esquecimento além da UE representava um risco à liberdade de expressão, e contestou sua condenação perante o Conseil d'Etat, que buscou a opinião do TJUE, por entender a existência de sérias dificuldades na interpretação do direito da UE.

O julgamento resultou numa sentença favorável a Google, e TJUE assim se expressou na sua declaração oficial:[178]

> O gerente de um mecanismo de pesquisa não é obrigado a remover os links em todas as versões de seu mecanismo de pesquisa. No entanto, você deve removê-los nas versões que correspondem a todos os Estados-Membros e tomar medidas que impeçam ou dificultem os utilizadores da Internet acedem, a partir de um dos Estados-Membros, aos controversos links que aparecem nas versões desse motor fora da União.

c. ESPANHA

Além do importante caso Mario Costeja González, já elencado anteriormente, um episódio onde o direito ao esquecimento foi negado, aconteceu quando Joan Antón Sánchez Carreté, um ex-consultor tributário de uma importante família espanhola conhecida por sua forte influência e escândalos políticos. O demandante solicitou ao Supremo Tribunal da Espanha que o Google parasse de indexar as notícias relacionadas a uma condenação por

[177] PÚBLICO. Estrasburgo niega el derecho al olvido a dos alemanes condenados por asesinato. Madrid. 28 jun 2018. Disponível em https://www.publico.es/sociedad/dereho-informacion-estrasburgo-niega-derecho- olvido-alemanes-condenados-asesinato.html. Acesso em 02 nov 2019.

[178] "El derecho al olvido no se aplicará en todo el mundo: la Justicia europea da la razón a Google en su última sentencia". Disponível em https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/derecho-al-olvido-no-se-aplicara-todo-mundo-justicia-europea-da-razon-a-google-su-ultima-sentencia. Acesso em 30/10/2019

crimes fiscais por atos cometidos em 1991, bem como ao perdão concedido pelo governo em 2009. O consultor acusou o Google de intrusão em sua privacidade e honra e reivindicou 12.000 euros por danos morais.

O Supremo Tribunal se recusou a conceder o direito ao esquecimento ao consultor, ao explicar:[179]

> Os direitos à proteção de dados pessoais e ao esquecimento digital não permitem que cada indivíduo construa um passado de acordo com suas vontades, não podendo ser exigido de editores de páginas web que eliminem ou modifiquem dados quando esses não são positivos. (...) o direito a que informações prejudiciais à honra e à privacidade de um indivíduo sobre fatos remotos sejam esquecidas beneficia apenas o cidadão ordinário, não as pessoas que detêm relevância pública. Afinal, a simples busca em um navegador de internet usando o nome ou sobrenome de uma pessoa comum não é capaz de disponibilizar todas as informações pessoais sobre alguém, logo, essa pesquisa genérica não é hábil a afetar seu bom nome e honra.

c. ITÁLIA

Um político do interior da Itália, foi preso por acusações de corrupção em 1993, mas terminou absolvido ao final do processo judicial. Sua demanda era que, embora tendo transcorrido tantos anos do acontecimento, a notícia ainda era acessível on-line, constando da página da rede do jornal Corriere della Sera, sem que houvesse qualquer citação da sua absolvição. Nesse cenário, o requerente alegou violação ao direito de proteção aos dados pessoais, à privacidade e ao Direito ao esquecimento.

A Corte Suprema de Cassação da Itália deu razão parcial ao demandante afirmando que o processamento da informação deve atender aos critérios de proporcionalidade, necessidade, relevância, precisão e coerência com a sua efetiva identidade pessoal ou moral. Aduzindo, [que] são legítimas, concomitantemente, a manutenção da notícia e a pretensão do interessado de que os dados sejam atualizados.

Dessa forma, não se pode determinar a remoção de conteúdo disponibilizado na internet, mas deve-se exigir que a informação seja atualizada com os fatos posteriores.[180]

e. REINO UNIDO

O Reino Unido está a trabalhar para implementar sua saída da EU,o que deverá ocorrer em 31 de janeiro próximo futuro. Entretanto, até esta data, são válidas as regras da Comunidade Europeia, logo o RGPD será obedecido até final de janeiro do presente ano.

De toda forma, vale consignar dois julgamentos[181] que ocorreram sequencialmente

---

[179] Boletim de Jurisprudência Internacional. Direito ao esquecimento. Supremo Tribunal Federal. Brasil. 2018. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5DIREITOAOESQUECIMENTO.pdf

[180] Ibid. p.29

[181] Ibid., pp. 30-32.

em fevereiro e março de 2018, nos quais os demandantes compartilharam a mesma equipe jurídica. Ambos os receberam o anonimato (como "NT1" e "NT2", respectivamente), para evitar prejudicar o objetivo de suas reivindicações.

O requerente NT1 foi acusado pelos crimes de formação de quadrilha e fraude de documentos contábeis com o objetivo de burlar impostos, tendo sido apenado com quatro anos de prisão. O pedido foi, como quase todos os outros, que o Google retirasse o conteúdo dos seus sítios. A Corte Superior da Inglaterra e do País de Gales, para onde o processo foi dirigido, esclareceu que embora o requerente já houvesse cumprido a pena, as informações sobre o seu passado seriam relevantes, pois ele continuava atuando no setor de negócios; os dados quanto a crime e punição são de natureza pública e relacionam-se com a vida profissional do requerente, não com a vida pessoal. Destarte, as informações serviriam para minimizar o risco de que ele continuasse a enganar no mercado de negócios, como fez no passado. A Corte, portanto, negou o pedido do requerente.

Caso contrário aconteceu com o NT2. Neste caso, o autor apontou onze URL relacionados ao cumprimento de sua condenação por realização de negócios com práticas controversas, com pena de seis meses de prisão, dos quais cumpriu apenas seis semanas. O requerente arguiu a respeito da imprecisão das informações. O Tribunal considerou-o como uma pessoa honesta e geralmente fiável, cujos elementos de prova são aceitos na maior parte dos pontos de litígio. Asseverou-se que as informações acerca do crime e da punição do requerente ficaram desatualizadas, irrelevantes e sem interesse legítimo suficiente para os usuários do Google que justificassem sua disponibilidade contínua. Ademais, as atividades comerciais atuais eram desenvolvidas em campo bastante diferente daquele em que atuava na época do crime, não havendo evidência de qualquer risco de repetição de conduta. Nesse sentido, concluiu que a ofensa cometida tem pouca ou nenhuma relevância para a avaliação de qualquer pessoa sobre sua adequação para se envolver em atividades comerciais relevantes agora ou no futuro. Assim, a Corte ordenou o pedido de desindexação a ser cumprido pela empresa Google.

Com a proximidade do Brexit, restará agora aguardarmos as posições dos tribunais britânicos quanto ao tema do direito ao esquecimento.

f. PORTUGAL

Portugal não possui, explicitamente, na sua Carta Magna dispositivos que garantam aos cidadãos o direito ao esquecimento. Conforme já dito acima, há duas correntes de pensamento sobre este aspecto, sendo que para uma delas "há direitos de personalidade previstos na CRP, coincidindo alguns com os previstos e regulados no CC."[182]

Entretanto, dois conhecidos constitucionalistas portugueses, professores Jorge Miranda e José Joaquim Gomes Canotilho, concordam no ponto que apesar do direito ao esquecimento não ser citado explicitamente na Carta Magna portuguesa, ele pode ser depreendido como válido no país.

Os dois mestres se baseiam no art. 1º da Constituição Portuguesa ao dizer que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana. Para MIRANDA

[182] DIAS, op. Cit.

(citado em ALMEIDA.2017),[183] tal assertiva confere unidade de sentido e de valor ao sistema dos direitos fundamentais, na medida em que indica a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual os direitos fundamentais encontrariam sua fonte ética na dignidade da pessoa humana.

ALMEIDA,[184] ainda citando a Jorge Miranda, acrescenta "que o valor reconhecido a cada indivíduo é o fundamento da introdução na Constituição Portuguesa dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem assim das garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias."

Na mesma linha trilha CANOTILHO[185] quando discorre sobre o princípio da universalidade no âmbito da titularidade dos direitos fundamentais e defende que o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos.

Portanto, o Direito ao esquecimento é um direito fundamental, apesar de não se encontrar expressamente elencado no rol dos direitos fundamentais. Constitui, enfim, um princípio constitucional implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, tal como ocorre no Brasil.

Na legislação infraconstitucional, o Código Civil Português estabeleceu a proteção geral aos direitos da personalidade em seu art. 70º. No art. 80º cuida de forma ampla do direito à intimidade e à vida privada. Por sua vez, o Código Penal Português, em diversos artigos, tipifica crimes contra a vida privada.[186]

Apesar do exposto, uma voz discordante vem de Alexandre Libório Dias Pereira[187] quando afirma que o "Sistema Jurídico Português, no que tange à proteção de dados e, por conseguinte, ao Direito ao esquecimento, limita-se à transposição da normatização da União Européia". Essa afirmação é contestada por ALMEIDA[188] ao afirmar:

> O nosso entendimento, porém, é no sentido de que o Direito ao esquecimento constitui um princípio constitucional implícito no Ordenamento Jurídico Português, razão pela qual seria até redundante a sua explicitação na Constituição da República. Com efeito, mesmo que Portugal não integrasse a Comunidade Européia e não tivesse aderido às respectivas diretivas quanto à temática – ainda assim – o Direito ao esquecimento poderia ser invocado em Portugal, extraindo- lhe da CR, que destaca a dignidade da pessoa humana.[189]

---

[183] ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. Direito ao esquecimento: uma Investigação sobre os Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro. Disponível em. https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171121-08.pdf. Acesso em 04 nov. 2019.

[184] MIRANDA, Jorge – Manual de direito constitucional, tomo IV, p. 180.

[185] Ibid. p. 17.

[186] CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Artigos 190 a 193.

[187] PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O marco Civil da internet e seus reflexos no direito da união Europeia. p. 17. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0053_0106.pdf. Acesso em 9 nov. 2019.

[188] ALMEIDA, Daniel. Op. Cit. p. 7.

[189] ALMEIDA, Daniel. Op.cit.p. 8.

No Portal de Transparência de 2019 do Google, encontram-se duas referências sobre Portugal:

> Solicitação
> Recebemos uma ordem judicial da Autoridade de proteção de dados de Portugal para remover um artigo de notícias sobre a investigação criminal de um empresário conhecido por suposta fraude, falsificação de documentos e evasão fiscal.
> Resultado
> Removemos a página em questão. Solicitação
> Recebemos uma solicitação de um professor universitário para remover duas postagens de blog que criticavam a decisão dele de implementar uma polêmica política de campus.
> Resultado
> Não removemos as postagens do blog, porque o conteúdo estava relacionado à função pública do docente como professor universitário. Após receber requerimento da Autoridade de proteção de dados de Portugal, reavaliamos o caso e removemos um URL do nosso serviço de pesquisas no país, com base na lei de difamação portuguesa, em vez de na lei de proteção de dados. Depois, recebemos uma ordem judicial da Autoridade de proteção de dados para remover o restante da postagem do blog. Cumprimos a ordem.[190]

Fora dos limites da UE, na Europa, um bom exemplo a ser observado é o que acontece com o direto ao esquecimento na Federação Russa.

RÚSSIA

Na Federação Russa, o projeto de lei destinado a estabelecer o Direito ao esquecimento possuía um conteúdo bem diferente da existente na UE. Por exemplo, previa a remoção de informações verdadeiras e precisas com mais de três anos (com exceção das informações sobre atividades criminosas) e não limitava a exclusão de listas a pesquisas no nome do indivíduo

A Lei Nº 264-Z, de 2016, concede aos cidadãos russos o direito de solicitar que os mecanismos de pesquisa removam os links que violam a lei russa, imprecisos, desatualizados ou irrelevantes. Devido ao seu fracasso em fornecer salvaguardas para proteger o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, a lei tem um efeito assustador na expressão e provavelmente levará à censura.

Outras discrepâncias incluem motivos adicionais para a remoção dos resultados da pesquisa, tais como: uma definição mais restrita do que é um mecanismo de pesquisa, requisitos rígidos para o processamento de solicitações de remoção e uma proibição de divulgar qualquer informação sobre essas solicitações.

A implementação do Direito ao esquecimento agora depende dos operadores dos mecanismos de busca e dos tribunais russos. Suas ações determinarão em grande parte se a nova lei será usada para favorecer os cidadãos russos ou para censurar a Internet.

---

[190] GOOGLE. Transparece report. Disponível em https://transparencyreport.google.com/euprivacy/overview?delisted_urls=start:1401321600000;end:1573084800000;country:PT&lu=privacy_requests&content_types=start:1453420800000;end:1573084800000;country:PT&privacy_requests=country:;y ear:;decision:;p:15. Acesso em 3 nov.2019.

2. AMÉRICA DO NORTE E AMÉRICA LATINA

Em ambas as Américas a aplicação do direito ao esquecimento ainda é bastante diversa, pois não existe, como na UE um marco legal que equalize sua adoção. Há países que o aplicam e outros em que o conceito sequer foi discutido.

a. ESTADOS UNIDOS AMÉRICA (EUA)

Nos Estados Unidos daAmérica não existe o direito ao esquecimento análogo ao da UE. Existem vários estatutos e decisões judiciais que podem, de certo modo, caracterizar um direito ao esquecimento muito limitado.

O principal entrave são as barreiras constitucionais e estatutárias. Primeiro, e principal ponto a ser considerado, está na resistência de os tribunais aceitarem quaisquer restrições sobre a Primeira Emenda.[191] Sob outro aspecto devemos considerar também os casos já julgados pela Suprema Corte que tem como princípio que a publicação de informações verdadeiras, raramente, pode ser punida criminal ou civilmente.

Segundo, mesmo anulando as proteções da Primeira Emenda, o *Communications Decency Act* na Seção 230[192] fornece uma imunidade aos intermediários que publicam textos on line criados e desenvolvidos por terceiros. Os tribunais sustentam, consistentemente, que a Seção 230 proíbe queixas contra mecanismos de busca com base em sua vinculação a material supostamente censurável.

Sobre essa dificuldade, a professora americana JONES (2016. P.56),[193] assim esclarece:

> O conflito entre expressão e privacidade é inevitavelmente desigual, pois é de direito constitucional versus direito comum ou estatutário. Os valores da privacidade e a Primeira Emenda foram "equilibrados", e foram traçadas linhas entre negligência e malícia real, figuras públicas e cidadãos particulares, e preocupações e interesses públicos para orientar os tribunais inferiores. As tentativas de juízes, legisladores e defensores de criar algum espaço para preocupações com a privacidade à luz da reverência à expressão, explicitamente concedida na Constituição, foram terrivelmente mal sucedidas.

b. MÉXICO

Em 2016, o Senado mexicano organizou um seminário denominado “Direito ao esquecimento, proteção integral da privacidade. Visão Ibero-Americana”. A finalidade foi ana-

---

[191] A Primeira Emenda aprovada em 1791, estabelece: “O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

[192] A Seção 230 da Communications Decency Act de 1996 (um nome comum para o Título V da Lei de Telecomunicações de 1996) é uma peça histórica da legislação da Internet nos Estados Unidos, codificada em 47 U.S.C. § 230. A seção 230 (c) (1) oferece imunidade de responsabilidade a fornecedores e usuários de um "serviço de computador interativo" que publica informações fornecidas por usuários de terceiros.

[193] JONES, Meg Leta. Ctrl + Z : the right to be forgotten. New York ; London : New York University Press, 2016.p. 56.

lisar e discutir o Direito ao esquecimento e sua abrangência para uma sociedade que vive mudanças tecnológicas, que exige a proteção de seus dados pessoais e exige sua tutela. Ficou evidenciado que esse tipo de direito é inexistente no México, embora o Poder Judiciário já ter decidido sobre aspectos processuais para garantir a segurança jurídica mediante o escopo do exercício dos direitos de oposição e cancelamento, principalmente.

Em 2018, uma nova Lei de Proteção de Dados entrou em vigor uma lei, comenta ENRíQUEZ (2017),[194] onde se prevê que os titulares dos dados têm o direito de solicitar o cancelamento de seus dados pessoais. Esse cancelamento resultará em um período de bloqueio após o qual a supressão dos dados ocorrerá. Não obstante o exposto, o responsável pelo tratamento dos dados pode manter esses dados pessoais exclusivamente para os fins das responsabilidades relacionadas ao tratamento. Da mesma forma, a lei estabelece alguns casos em que o controlador de dados não é obrigado a cancelar ou excluir os dados pessoais.

c. ARGENTINA

Desde 2014, os Tribunais e as Agências de Proteção de Dados Pessoais da América Latina enfrentam controvérsias que envolvem pedidos de Direito ao esquecimento. Esse fato tornou-se de certo modo discutível, pois os países da região sul passaram por regimes brutais de ditadura, e os participantes do período de exceção não desejam serem expostos.

Em outubro de 2014, a Corte Suprema de Justicia de la Nación (Suprema Corte de Justiça da Nação) da Argentina proferiu primeira decisão importante, principalmente, por considerar a ausência de uma lei nacional que regule esta responsabilidade. A decisão analisou de maneira aprofundada a questão da responsabilidade civil dos intermediários da internet, por conteúdo gerado por terceiros.

Um caso emblemático, aqui apresentado de modo resumido, foi de uma ex- modelo que ajuizou uma ação indenizatória contra a Google Inc e a Yahoo da Argentina SRL (Yahoo), onde a autora sustentava que os resultados de uma busca feita em seu nome nos respectivos provedores violavam sua reputação, privacidade e seu direito à imagem, uma vez que, quando seu nome era pesquisado, quem estava pesquisando era enviado para sítios de conteúdo erótico e pornográfico. Alegou-se, ainda, que as empresas estariam fazendo uso comercial e não autorizado de sua imagem. Ao final, a autora requereu que o uso de tais imagens fosse impedido; que seu nome não fosse mais vinculado aos sítios pornográficos, e, finalmente que ela fosse indenizada. O julgamento chegou à Suprema Corte com a requente vencendo.[195]

d. COLÔMBIA

No país não existe uma norma constitucional que acolha, expressamente, o Direito do esquecimento. Contudo, o artigo 15 da Constituição Política de 1991, estabelece em sua primeira subseção que:

---

[194] ENRÍQUEZ, Olivia Andrea Mendoza. The right to be forgotten from the mexican experience. Disponível em https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2017/06/article-rtbf-mexico.pdf. Acesso em 04 nov. 2019.

[195] FRAJHOF, Isabella Z. op.cit. pp. 82-89.

> Todas as pessoas têm direito à sua privacidade pessoal e familiar e a seu bom nome, e o Estado deve respeitá-los e fazê-los respeitar. De igual, assim elas têm o direito de conhecer, atualizar e retificar as informações que foram coletados delas em bancos de dados e em arquivos de entidade público e privado.

Além disso, o artigo 21 da Constituição garante o direito de honra é uma parte essencial do direito a um bom nome.

Na Colômbia ficou famosa uma ação que chegou a Corte Constitucional. É chamado caso Glória versus Casa Editorial El Tiempo, que, mais tarde, incluiu a Google Colômbia Ltda. Gloria interpôs uma ação de tutela contra a Casa Editorial El Tiempo, por considerar violados os seus fundamentos básicos, como a intimidade, o processo debitado, a petição e o trabalho.

Ela foi acusada e absolvida de acusações de tráfico de seres humanos, entretanto, a divulgação deste fato, por meio de notícia o jornal El Tiempo não veiculou o resultado do julgamento, prejudicando, desse modo sua reputação. A Google foi citada por haver incluído a notícia no seu sítio.

A decisão da Corte foi que a Google não poderia ser responsabilizada, uma vez que a empresa não teria responsabilidade sobre a veracidade do texto; sendo a Casa Editorial El Tiempo responsável por deixar a demandante vulnerável em seus direitos fundamentais, pela informação inexata publicada.

Por meio da Sentença T-277-15[196] ordenou à Editora El Tiempo que atualize as informações publicadas em seu site na Internet sobre os fatos que relacionam a vítima ao crime de tráfico de pessoas, para que seja relatado sua absolvição, e colocar mecanismos que impeça o acesso à notícia.

e. BRASIL

No Brasil o direito ao esquecimento não encontra explícito amparo constitucional, mas os tribunais já o aplicam em diversas questões, pois este direito integtraria o direito à dignidade humana, conforme vimos acima. Um fato é que desde 2002, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal -CEJ/CJF promove jornadas anuais, com a presença de juristas na área de direito civil, objetivando discutir as diferentes possibilidades de interpretação conferidas ao Código Civil brasileiro, cuja finalidade é auxiliar os operadores do Direito em seus trabalhos doutrinários ou jurisdicionais.

Em 2013, foi aprovado o Enunciado de Nº 531,[197] do Conselho da Justiça Federal, cujo texto é o seguinte:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o Direito ao esquecimento.

---

[196] COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Glória vs. Casa Editorial El Tiempo (Sentença T-277/15). Disponível em https://karisma.org.co/wpcontent/ uploads/2015/07/TUTELA-ELTIEMPO.pdf. Acesso em 03.nov. 2019.

[197] Conselho da Justiça Federal. Enunciado 531. Disponivel em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em 03 nov. 2019.

> ARTIGO: 11 do Código Civil JUSTIFICATIVA:
>
> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acu- mulando nos dias atuais. O Direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais espe- cificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Todavia, é importante ressaltar, como fazem os autores PASSOS e Silva:[198]

> (...) que o Enunciado 531 deixar de constatar que, ao mesmo tempo em que se inspira em preceitos constitucionais, tal Enunciado colide com outras diretrizes estabelecidas em nossa Carta Magna. A Constituição Federal de 1988 protege, em seu artigo 5o, a livre manifestação de pensamento, vedando o anonimato, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou de licença, e o acesso à informação, sendo resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Proíbe, ademais, em seu artigo 220, toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

Para se resguardar dessa inevitável incongruência, o proponente do Enunciado afirma que o direito ao esquecimento não deve se sobrepor à liberdade de informação e de manifestação de pensamento, devendo ser aplicado somente, ou seja, apenas quando se verificar a ocorrência de grave ofensa à dignidade da pessoa humana. Tem-se aqui, novamente, o conflito entre dois direitos, o que pode levar a aplicação da teoria da proporcionalidade de Alexy.

Um diploma legal que envolve o direito ao esquecimento foi aprovado no Brasil em 2014. É o Marco Civil da Internet, oficialmente chamado de Lei n° 12.965/2014. É a lei que regula o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

Esta Lei trata, principalmente, de três aspectos: a Neutralidade, que significa que todas as informações que trafegam na rede devem ser tratadas da mesma forma; Reserva Jurisdicional, que exige que a obtenção de dados referentes aos registros de conexões e de acesso a aplicações de internet será condicionada a prévia decisão judicial específica e fundamentada, e finalmente, o caso mais polêmico, o da Responsabilidade dos Provedores. Este último princípio é polêmico porque em seu artigo 18 afirma: "O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros."

Infere-se, portanto, que tal dispositivo torna, ainda, mais restritivo o direito do suposto reclamante. Ademais, o artigo 19 da Lei n° 12.965/2014 assevera:

---

[198] PASSOS, Ana Beatriz Guimarães e SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o Direito ao esquecimento. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 16 n. 109 Jun./Set. 2014 pp. 397-420.

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e evitar a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> Parágrafo único. A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Apesar desse cenário nebuloso acima trasncrito, o direito ao esquecimento tem sido aplicado nas altas Cortes Brasileiras.

Um caso, sempre citado na literatura, é o denominado caso da Chacina da Candelária, que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2013 , um ano antes da decisão do caso González pelo TJUE.

A Igreja da Candelária é um dos principais templos católicos situado no centro da cidade do Rio de Janeiro. A Chacina da Candelária aconteceu em frente à igreja quando, numa madrugada de julho de 1993, policiais à paisana abriram fogo contra as mais de 50 crianças e adolescentes que dormiam nas escadarias do templo. Oito morreram e várias ficaram feridas. As apurações chegaram a oito policiais e um civil, sendo que três policiais foram condenados pelo crime. Após permanecer mais de três anos preso, o civil foi absolvido de forma unânime pelo Tribunal do Júri em dezembro de 1996.

Em 2006, a Rede Globo exibiu o programa "Linha Direta com a Justiça" reconstituindo a Chacina da Candelária e vinculou o nome e sua imagem do absolvido ao crime. Mesmo constando a ressalva de ter sido absolvido, o civil se sentiu prejudicado pela sua exposição em rede nacional. Esse fato originou a ação que chegaria ao Superior Tribunal de Justiça-STJ.

O STJ condenou a Rede Globo a pagar R$ 50 mil reais de indenização por danos morais. Entendeu que a menção do nome do civil como um dos partícipes do crime, mesmo esclarecendo que ele foi absolvido, causara danos à sua honra, já que ele teve o direito ao esquecimento reconhecido.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual se caracteriza pelo uso da tecnologia e a rapidez na divulgação das informações. A esfera pública e a privada cada vez mais se entrelaçam resultando numa invasão de privacidade, o que acarreta que fatos pretéritos venham assombrar, muitas vezes, a vida pessoal e profissional dos indivíduos. A facilidade de acessar dados, principalmente, por meio dos motores de busca, nos deixa todos expostos a ter que explicar fatos que já deveriam estar num passado remoto. A frase "a internet não esquece" é verdadeira. E, portanto, como fazer para conviver com essa terrível realidade?

O ideal era que o sistema fosse markoviano,[199] mas como isso não é possível, o homem procurou uma maneira de se proteger, e como sempre se voltou para o Direito. Surge, então, o Direito ao esquecimento que visa justamente impedir qualquer divulgação não honrosa e irrestrita, em qualquer tipo de mídia. O direito ao esquecimento guarda uma relação muito próxima com os direitos fundamentais da personalidade, como foi mostrado nesse trabalho. Um conflito comum se encontra entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa, direito que foi arduamente conquistado em países que passaram por regimes ditatoriais e que se constitui como um direito essencial não só ao desenvolvimento, mas também à manutenção da democracia.

O ponto nodal do Direito ao esquecimento é a dificuldade de evitar que a sua aplicação entre em conflito com outros direitos fundamentais que podem ser antagônicos, pois não se trata de simplesmente apagar a história. Trata-se de permitir que a pessoa que tenha cometido erros no passado possa continuar a viver dignamente, ou, apenas resguardar o direito de qualquer pessoa não ter aspectos de sua vida íntima divulgados. Essa divergência pode ser sanada, como foi explicado no texto, pela incidência da Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy.

Finalmente, num trabalho desse fôlego, não poderia faltar a utilização do Direito Comparado para se ter a ideia como esta nova face do direito se comporta no mundo.

Como não poderia deixar de ser, a UE teve uma atitude de vanguarda. Preocupada com o problema de proteção de dados e com as crescentes ações ajuizadas no TJUE, rapidamente a Comunidade se organizou e editou a RGPD, com validade por todo seu território. Pelo levantamento feito, parece que embora o direito ao esquecimento não faça parte, explicitamente, das Cartas Magnas dos países membros, o seu uso nos tribunais locais já está parcialmente consolidado e o será cada vez, tendo em vista a edição da RGPD.

De outro lado, nos EUA as dificuldades para sua implantação são enormes, devido a posição arraigada da justiça americana no conteúdo da Primeira Emenda. Não obstante, já existem casos que as pessoas têm conseguido vitórias sem explicitar que o direito ao esquecimento está sendo usado.

A América Latina está no momento debatendo com os intermediários na Internet. Como não existe um norte comum, cada um dos países da região procura se adaptar à essa nova realidade com leis locais. No entanto, essa abordagem gerou soluções díspares e de curto prazo, além de soluções ineficientes. Os casos chegam aos tribunais em quantidade crescente e exigem decisões que abrajam um contexto mais amplo, para as quais o corpo jurídico nem sempre está preparado.

O mundo do direito está se modificando e interagindo positivamente com o mundo econômico e empresarial. Por via de consequência, novos tipos de juristas têm que ser formados para enfrentar a onda das novas tecnologias. Juristas que devem ser especializa-

[199] Um sistema Markoviano, também chamado de Cadeias de Markov, foi denominado assim em homenagem ao matemático russo Andrei Andreyevich Markov (1856-1922). O que caracteriza esse tipo de sistema, é que os estados anteriores são irrelevantes para a predição dos estados seguintes, desde que o estado atual seja conhecido. A frase que caracteriza os sistemas markovianos é: "Dado o presente, o futuro independe do passado."

dos para resolver conflitos que afetarão a vida privada das pessoas de uma maneira brutal como é o caso da invasão da esfera mais íntima das pessoas.

Finamente, como diria o poeta brasileiro Mário Quintana "Nós vivemos a temer o futuro; mas é o passado quem nos atropela e mata".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. Livros

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. SP.2ª edição, 4ª tiragem. 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**, 2. ed. Coimbra. Almedina.1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição**. 4ª Edição. Coimbra: Almedina. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

DOTTI, René Ariel. **O Direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

FLORÊNCIO, J. Abrusio. **Direito ao esquecimento na Internet**. In: MESSA, A. F.; THEOPHILO NETO, N.; THEOPHILO JUNIOR, R. (Org.). Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRAJHOF, Isabella Z. **O Direito ao esquecimento na Internet**: Conceito, Aplicação e Controvérsias. Almedina.2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

JONES, Meg Leta. **Ctrl + Z** : the right to be forgotten. New York ; London :New York University Press, 2016

LEE, Yun Ki. **Direito ao esquecimento**: seu alcance pelos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia e Superior Tribunal de Justiça e reflexos nas liberdades de informação, expressão e imprensa. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 2, jul./dez. 2017.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV – Direitos fundamentais, 2008.

NOBRE, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, número 145, jan./mar. 2000.

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PARENTONI, Leonardo Netto. **O Direito ao esquecimento** (Right to Oblivion). Direito e Internet III. Marco civil da Internet. Quartier Latin. São Paulo. 2015.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães e SILVA, Roberto Baptista Dias da. Entre lembrança e olvido: uma análise das decisões do STJ sobre o Direito ao esquecimento. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 16 n. 109 Jun./Set. 2014 pp.

PÚBLICO. **Estrasburgo niega el derecho al olvido a dos alemanes condenados por asesinato**. Madrid. 28 jun 2018. Disponível em https://www.publico.es/sociedad/dereho-informacion-estrasburgo-niega-derecho-olvido-alemanes-condenados-asesinato.html, Acesso em 02 nov 2019.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo. Atlas. 2013. SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional,

TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de Internet, derecho y política. **Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC**. Febrero 2012. p.54 BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2.a ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 1995

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

WARREN Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review. Vol. 4. No. 5. 1890.

b. INTERNET

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. **Direito ao esquecimento: uma Investigação sobre os Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/11/art20171121-08.pdf. Acesso em 04 nov.de 2019.

ALONSO, Ane. **Quais são os limites do "direito de ser esquecido"?** O Advogado-Geral do TJUE. Blog CuatreCasas.18 de janeiro de 2019. Disponível em: https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/limites-del-derecho-al-olvido/Acesso em 03 nov.2019.

BOLETIM de Jurisprudência Internacional. **Direito ao esquecimento**. Supremo Tribunal Federal. Brasil. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI5DIREITOAOESQ UECIMENTO.pdf. Acesso em 2 nov. 2019.p.18

BRASIL.Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531**. Disponivel em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em 3 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Glória vs. Casa Editorial El Tiempo (Sentença T-277/15). Disponível em: https://karisma.org.co/wpcontent/ uploads/2015/07/TUTELA-EL-TIEMPO.pdf. Acesso em 3.nov. 2019.

DERECHO al olvido y el RGPD – ¿Qué es? – **Normativa & Obligaciones**. Disponível em: https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/01/28/derecho-olvido-rgpd/ Acesso em 2 nov 2019.

DIAS, Patrícia Cardoso. **Direitos fundamentais vs Direitos de Personalidade**. Disponível em: https://independent.academia.edu/Patr%C3%ADciaCardosoDias. Acesso em 17.nov.2019.

EL DERECHO al olvido no se aplicará en todo el mundo: la Justicia europea da la razón a Google en su última sentencia. Disponível em: https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/derecho-al-olvido-no-se-aplicara-todo-mundo-justicia-europea-da-razon-a- google-su-ultima-sentencia. Acesso em 30 out 2019.

ENRÍQUEZ, Olivia Andrea Mendoza. **The right to be forgotten from the mexican experience**. Disponível em: https://blogdroiteuropeen.files.wordpress.com/2017/06/article-rtbf-mexico.pdf. Acesso em 4 nov. 2019.

EUR-LEX. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: https://eur- lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046. Acesso em 4 nov.2011

FRANÇA. **Cour d'appel de Paris. 11ème chambre correctionnelle. section A. Arrêt du 15 décembre 1999**. Disponível em: https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de- paris-11eme-chambre-correctionnelle-section-a-arret-du-15-decembre-1999/. Acesso em 27 out.2019

GOOGLE. **Transparecy report**. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/eu- privacy/overview?delisted_urls=start:1401321600000;end:1573084800000;country:PT &lu=privacy_requests&content_types=start:1453420800000;end:1573084800000;count ry:PT&privacy_requests=country:;year:;decision:;p:15. Acesso em 3 nov.2019

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **O marco Civil da internet e seus reflexos no direito da união Europeia**. p. 17. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_0053_0106.pdf. Acesso em 9. nov. 2019.

PÚBLICO. **Estrasburgo niega el derecho al olvido a dos alemanes condenados por asesinato**. Madrid. 28 jun 2018. Disponível em: https://www.publico.es/sociedad/dereho-informacion-estrasburgo-niega-derecho-olvido-alemanes-condenados-asesinato.html, Acesso em 2.nov.2019.

RIBEIRO, Thiago Santos. **Direito ao esquecimento como decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: https://jus.com.br/

artigos/52214/direito-ao-esquecimento-como-decorrencia-dos-direitos-da-personalidade-e-da-dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em 31.out.2019

SARLET, Ingo W. **Artigo veiculado na 26ª edição do Jornal Estado de Direito, ano IV, 2010**. h Disponível em: ttp://estadodedireito.com.br/entrevista-direitos-de-personalidade-e-outros/. Acesso em 31.out.2019

SARLET, Ingo Wolfang. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados. **Conjur**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dadosmario- gonzalez>. Acesso em: 01.11.2019

SIGNIFICADOS. Disponível em: https://www.significados.com.br/personalidade/. Acesso em 30.out.2019

ST R Ü M H O L M, Stig. Right of privacy and rights of the personality a comparative survey. **Working Paper preparados para a Nordic Conférence on Privacy organized by the International Commission of Jurists**, Stockholm May. 1967.p.29. https://www.icj.org/wp- content/uploads/1967/06/right-to-privacy-working-paper-publication-1967-eng.pdf.Acesso em 31 out.2019

WEBER Rolf H., **The Right to Be Forgotten**: More Than a Pandora's Box?, (2011) JIPITEC 120. p. 122. Disponível em: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8.Acesso em 3 nov.2019

A APLICABILIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL

Denise de Melo Moreira[200]

RESUMO

O presente artigo trata da análise da possiblidade ou não da utilização da Inteligência Artificial - IA - no campo da atividade judiciária mais especificamente na seara penal. Para tanto, realiza-se uma breve abordagem inicial sobre o conceito de IA, bem como um sucinto exame dos aspectos históricos, destacando os principais acontecimentos a nível mundial no que tange ao uso de ferramentas inteligentes. Ademais, enfoca-se na viabilidade ou não da utilização da IA nas atividades judiciárias criminais, trabalhando o seu uso tanto em atividades mais simples quanto naquelas mais complexas que possuem cunho decisório. Trazendo, portanto, diversos posicionamentos doutrinários sobre a legitimidade ou não do uso de máquinas na prestação do serviço jurisdicional, examinando aspectos positivos e negativos no emprego dessa nova tecnologia no campo criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Prestação de serviço jurisdicional. Direito penal e processual penal.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the possibility or not of using Artificial Intelligence - AI - in the area of judicial activity, more specifically in the criminal area. Therefore, a brief initial approach to the concept of AI is carried out, as well as a succinct examination of historical aspects, highlighting the main events at world level regarding the use of intelligent tools. Furthermore, it focuses on the feasibility or not of using AI in criminal judicial activities, working on its use both in simpler activities and in more complex ones that have a decision-making nature. Bringing, therefore, several doctrinal positions on the legitimacy or not of the use of machines in the provision of jurisdictional service, examining positive and negative aspects in the use of this new technology in the criminal area.

KEYWORDS: Artificial Intelligence. Provision of jurisdictional service. Criminal law and criminal procedure.

INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial da tecnologia no mundo contemporâneo é tão expressivo que o campo atinente à Inteligência Artificial - IA - é considerado por muitos como integrante da Quarta Revolução Industrial.[201]

---

[200] Juíza Federal Substituta da Justiça Militar. Pós-graduada lato sensu em Direito Penal, pós-graduada lato sensu em Direito Público, pós-graduanda lato sensu em Direito Penal Militar e graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

[201] FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. ENGELMANN, Wilson. *Inteligência artificial e decisão judicial: diálogo entre benefícios e riscos*. Curitiba: Appris, 2020, p. 29.

Essa evolução da IA foi tão distinta que entrelaçou pessoas em uma rotina envolta de mecanismos inteligentes como aparelhos celulares com reconhecimento facial para desbloqueio, sugestões de consumo de conteúdos virtuais de assuntos intimamente envolvidos com os interesses do público alvo, GPS orientador de trânsito calculando a melhor rota, diagnósticos de enfermidades na seara da medicina, atuação no campo financeiro atinente ao mercado de ações, análise de risco pelas seguradoras etc.

Essa imersão das atividades rotineiras no campo da IA não se limitou ao âmbito privado das pessoas, mas extrapolou alcançando também a seara dos serviços públicos, tal como a prestação do serviço jurisdicional.

Desse modo, verifica-se a importância do debate no tocante à legitimidade ou não do uso de IA nas atividades exercidas pelo Poder Judiciário que, por sua vez, não pode se manter alheio às transformações advindas da tecnologia. Esse exame encontra significativa pertinência na seara penal, em razão de ser um ramo jurídico capaz de restringir um dos direitos mais caros de um ser humano, a saber a sua liberdade.

Identifica-se, portanto, a pertinência de viabilizar reflexões sobre o uso de IA em um processo criminal estabelecido dentro de um Estado democrático de direito, guardião tanto de direitos e garantias fundamentais quanto da independência inerente ao magistrado no exercício de seu mister constitucional.

CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A conceituação de inteligência artificial não é pacífica. Afonso Fröhlich e Wilson Engelmann[202] esclarecem que alguns pesquisadores consideram a automação como aspecto relevante para a definição de IA, outros focam no comportamento e alguns destacam a resolução de problemas.

Tiago Bruch[203] condensa algumas características da IA que contribuem para a compreensão desse campo de estudos. Assenta que a Inteligência Artificial promove o desenvolvimento de sistemas habilitados a realizarem atividades inerentes à inteligência do ser humano como reconhecimento de objetos e sons, diálogos em linguagem natural, solução de problemas e interpretação de textos. O mencionado autor também relatou outras importantes características reportadas por Weslei Gomes de Sousa, tais como a capacidade de uma máquina realizar a compreensão de mensagens ambíguas e contraditórias e de reconhecer semelhanças e diferenças entre situações.

Não obstante a correlação feita entre IA e a inteligência humana, Daniel Boeing e Alexandre Rosa consignam que pesquisadores dessa seara não limitam suas atividades à imitação dos atributos inerentes ao pensamento racional humano, mas relacionam a IA ao desenvolvimento de agentes inteligentes. Isso porque a racionalidade do ser humano "é voltada para um ambiente bastante específico e decorre de um processo biológico evoluti-

[202] FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. ENGELMANN, Wilson. *Inteligência artificial e decisão judicial: diálogo entre benefícios e riscos*. Curitiba: Appris, 2020, p. 36.
[203] BRUCH, Tiago Bruno. *Judiciário Brasileiro e inteligência artificial*. Curitiba: CRV, 202, p. 65.

vo. A racionalidade, concebida de maneira abstrata, possui raízes matemáticas bem definidas e pode prescindir de pensamento, não se limitando, contudo e tão somente, a regras de inferência."[204]

Desta feita, esclarecem os supracitados os autores, citando Stuart Russel, que a racionalidade "abstrata" tem a possiblidade de se desdobrar em outros tipos de racionalidade, tendo em vista os diferentes contextos que os agentes estão inseridos. Assim, concluíram que o âmbito de estudos da Inteligência Artificial pode ser definido como "o conjunto de esforços 'concentrados em princípios gerais de agentes racionais e nos componentes para construí-los.'"[205]

Apesar de o conceito de IA não ser um consenso, estudiosos sobre o tema possuem convergência quanto a seguinte classificação: IA fraca ou limitada (*Artificial Narrow Intelligence - ANI*) e IA forte ou geral (Artificial General *Intelligence - AGI*). A IA fraca é aquela especializada em uma única área, como a tarefa de sugestionar canções em plataforma de *streaming* de música baseadas no histórico do usuário. Já a IA forte refere- se à equiparação dessa inteligência ao do ser humano.[206] Há quem defenda, ainda, a possibilidade de superinteligência que supera a capacidade de raciocínio do ser humano.[207]

BREVE HISTÓRICO SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Especialistas remontam à época das civilizações antigas o pensamento, mesmo que embrionário, da possibilidade de seres não humanos se comportarem como pessoas.[208]

Um importante destaque histórico da atuação da mulher no campo da tecnologia da informação mundial é destinada à Ada Lovelace, que, em 1843, foi considerada a primeira pessoa da história a elaborar um algoritmo a ser processado em uma máquina analítica, sendo a primeira programadora de toda a história.[209]

---

[204] BOEING, Daniel Henrique Arruda. ROSA, Alexandre Morais da. *Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e viesses no uso do aprendizado de máquina no judiciário*. Florianópolis: Emais Acadêmica, 2020. p. 21.

[205] Ibidem, p. 21.

[206] Ibidem, p. 22. Explicam os autores: "Assim, uma IA de propósito geral busca assemelhar-se à inteligência humana, o que se pressupõe habilidades de: raciocinar, representar conhecimento, planejar, aprender, comunicar-se em linguagem natural e utilizar todos esses atributos conjuntamente para atingir objetivos específicos 24. Importante salientar que, ainda que haja esforços para a criação de programas com escopos que envolvam tarefas de diferentes naturezas, tais como carros autônomos ou o Watson da IBM, ainda se está muito aquém das capacidades de abstração, raciocínio e processamento de dados do cérebro humano".

[207] BRUCH, *op. cit*., p. 66.

[208] SILVA, Alexandre M. BARONE, Dante A. C. Inteligência Artificial e o Futuro do Trabalho: entre Fausto e Prometeu. Instituto de Informática – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11041/10912>.
Acesso em 25/10/2021. Os autores consignam que: "As primeiras concepções de Inteligência Artificial têm sua origem nas narrativas mitológicas das civilizações antigas, na Filosofia e no desenvolvimento da Lógica Formal e da Matemática. Anterior à invenção dos computadores, os entes autônomos capazes de reproduzir as ações humanas já estavam presentes na Cultura [Evans 2013]. Assim, podemos afirmar que a gênese do desenvolvimento daquilo que hoje conhecemos como o campo da Inteligência Artificial está presente ao longo da História da Sociedade Ocidental".

[209] SANTOS, Vívian Ludimila Aguiar. CARVALHO, Thales Francisco Mota. BARRETO, Maria do Socorro Vieira. *Mulheres na Tecnologia da Informação: Histórico e Cenário Atual nos Cursos Superiores*, p. 3. Disponível

No ano de 1956, em New Hampshire nos Estados Unidos da América, aconteceu a Conferência do Dartmouth College, na qual se registrou a nomenclatura "inteligência artificial" como um campo de estudos. Esse evento foi organizado por John McCarthy, Marvin Minsky e Claude Shanon e de grande relevância mundial para a difusão do aprimoramento dos estudos da máquina no viés da inteligência.[210]

Ocorre que, antes da supracitada conferência, a Inteligência Artificial é vinculada, por muitos doutrinadores, ao ano de 1940 como momento de início dos estudos sobre a temática em razão da influência advinda da Segunda Guerra Mundial.[211] Assim, a referida guerra foi considerada como paradigma do uso da IA, tendo em vista que possibilitou a utilização de máquinas com habilidades balísticas diferenciadas como, por exemplo, o cálculo realizado por ela para obter mais sucesso no acerto de um alvo e quebras de códigos.

Há, ainda, quem identifica como a primeira produção literária sobre IA o artigo produzido em 1943 por Warren McCulloch e Walter Pitts com abordagem das estruturas de raciocínio artificiais por meio de modelo matemático que imitam o sistema nervoso humano.[212]

Por conseguinte, alguns fatos se destacaram nessa evolução da Inteligência Artificial, como se verá a seguir.

No ano de 1950, o matemático Claude Shannon publicou um artigo com a temática de como "ensinar" um computador a jogar xadrez. Assim, foi considerado o instituidor da teoria da informação, sendo o pioneiro em descrever com detalhamento o uso de algoritmo para jogar xadrez em computadores de utilização geral.[213]

No mesmo ano de 1950, destaque se deu ao matemático britânico Alan Turing, intitulado de "Pai da Computação" e conhecido pela concepção teórica da "Máquina de Turing". Nesse contexto, Alan Turing desenvolveu o "Teste de Turing" ou "Jogo da Imitação" cujo objetivo foi averiguar se uma máquina poderia ser programada para imitar um comportamento humano de maneira que uma pessoa não conseguisse distinguir as repostas emanadas de um computador e um ser humano.[214]

Seguindo essa linha de interação entre pessoa e máquina, em 1966 divulgou-se o primeiro robô conversação (*chatbots*) intitulado de Eliza. Esse software simulava diálogos

---

em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wit/article/view/15847/15688>. Acesso em 10/11/2021. Ensinam os autores que "Ada escreveu o primeiro algoritmo para ser processado por uma máquina, a máquina analítica de Charles Babbage2[Fuegi eFrancis,2003].Por esse trabalho é considerada a primeira programadora de toda a história".

[210] Disponível em <https://darthmouthconference.wordpress.com/>. Acesso em 25/10/2021.

[211] FRÖHLICH. ENGELMANN, *op. cit*., p. 31.

[212] BARBOSA, Xênia de Castro e BEZERRA, Ruth Ferreira. *Breve introdução à história da inteligência artificial.* Disponível em: <*https://periodicos.ufac.br/index.php/jamaxi/article/view/4730*>. Acesso em 10/11/2021.

[213] AMORIM, Cláudio Alves de. *A Máquina e Seus Limites: Uma Investigação Sobre o Xadrez Computacional,* Tese de dissertação de mestrado. Disponível em: <https://ppgefhc.ufba.br/sites/ppgefhc.ufba.br/files/dissertacao_-_claudio_amorim.pdf >. Acesso em: 30/10/2021, p. 64.

[214] ONODY. Roberto N. *Teste de Turing e Inteligência Artificial*. Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/teste-de-turing-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 30/10/2021.

entre seres humanos e uma psicóloga virtual, criada pelo pesquisador Joseph Weizenbaum.[215]

O mundo passou por período de um "Inverno da IA" na metade dos anos 70 e início dos anos 80, no qual houve poucas novidades e baixos investimentos nessa seara.[216]

No ano de 1996, é noticiada a existência da máquina Deep Blue programada pela IBM para jogar xadrez, sendo o primeiro computador a vencer o campeão mundial Gary Kasparov. Inês Almeida Francisco esclarece em sua tese de mestrado que "Dez anos depois, em 2007, a IBM começou a idealizar um computador (Watson) que conseguisse enfrentar os dois melhores jogadores humanos do quiz televisivo Jeopardy! Tal acontecimento ocorreu em 2011 quando Watson os derrotou, sem qualquer ligação à internet ou ajuda de outra ferramenta. (Ferrucci, 2012)."[217]

Por conseguinte, a evolução da inteligência artificial cresceu exponencialmente ocasionando a inserção das pessoas em uma rotina envolta de mecanismos inteligentes, alcançando inclusive o campo dos serviços públicos, tal como a prestação do serviço jurisdicional.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL

As transformações no contexto social advindas da aplicação prática da Inteligência Artificial no mundo contemporâneo impedem que os operadores do direito se mantenham alheios ao envolvimento do campo jurídico nessa nova realidade. Desse modo, são visíveis a atuação da IA na prestação do serviço jurisdicional.

Tiago Bruch assenta que a era de tecnologia disseminada pelo mundo promove a necessidade de atualização de vários ramos da ciência, sendo que a ciência jurídica também deve se adaptar e se reinventar em razão dessas modernas ferramentas. Para tanto, Bruch destaca países como a Estônia que utiliza juiz-robô para decidir pequenas causas e sem complexidade cuja deliberação pode ser revista por um magistrado. O projeto piloto do referido sistema é para apreciação de demandas contratuais com a possiblidade de melhorais pelo *feedback* dos interessados.[218]

No contexto da Administração Pública Federal brasileira, houve relevantes avanços relacionados à normatização[219] a fim de nortear a estratégia do Estado brasileiro em favor do desenvolvimento das ações que estimulem a pesquisa, inovação e elaboração de soluções em IA, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor.

---

[215] MANFIO, Edio Roberto. *A evolução dos chatterbots: PLN, I.A. e difusão cultural.* Disponível em: <https://inbot.com.br/apoio/artigos/A-EVOLUCAO-DOS-CHATTERBOTS-PLN-IA-FATEC.pdf>. Acesso em: 30/10/2021, p. 2.

[216] FRANCISCO, Inês Almeida. *Inteligência Artificial no Local de Trabalho Dimensões da sua intervenção.* Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28384/1/TFM_In%c3%aasFrancisco.pdf>. Acesso em: 30/10/2021. p. 30.

[217] FRANCISCO, Inês Almeida, *op. cit.,* p. 30.

[218] BRUCH, *op. cit.,* p. 69/70.

[219] Portaria GM nº 4.617 de 06/04/2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de- 2021-*-313212172>. Acesso em: 31/10/2021.

No âmbito do judiciário brasileiro, a IA também já é uma realidade. O Superior Tribunal de Justiça - STJ – noticiou em 09/03/2021 que um estudo inédito apontou que a IA já está presente em mais da metade dos Tribunais brasileiros.[220] A necessidade de se ter uma prestação de serviço jurisdicional mais célere e a considerável quantidade de demandas judiciais foram motivos relevantes para o uso da IA como ferramenta em prol do aperfeiçoamento da prestação desses serviços. Diante dos diversos sistemas inteligentes desenvolvidos por vários Tribunais nacionais, merece destaque o Victor do Supremo Tribunal Federal - STF - que junto com a Universidade de Brasília criou uma máquina capaz de averiguar o teor dos recursos extraordinários a fim de identificar aqueles que possuem matérias atinentes à repercussão geral. Do mesmo modo, no STJ, o sistema Sócrates viabiliza a identificação antecipada das controvérsias jurídicas de recurso especial.

A utilização da Inteligência Artificial no campo do direito penal é objeto de divergências. Alessandra Jirardi, em seu artigo "Inteligência artificial no processo penal,"[221] demonstra cautela no que tange ao uso da IA na esfera criminal. Salienta a autora que o direito penal não pode ser manipulado por algoritmos. Destaca que a liberdade de uma pessoa é um bem absoluto e que não há como excluir a sensibilidade humana de um julgamento. A Inteligência Artificial possui a capacidade de deter inúmeras informações, mas esses dados não correspondem ao conhecimento.

Esclarece a autora que o direito penal corresponde a uma ciência humana, sendo que a aplicação de princípios demanda a atuação de um julgador humano e não de um robô. Como a máquina é desprovida de sentimentos e percepções humanas, o julgamento por um sistema informatizado pode ocasionar mitigação de direitos e valores. Desta feita, um computador não é detentor de sensibilidade e não possui comoção com as realidades sociais. Além disso, a máquina responde de maneira sintática e a mente de uma pessoa de forma semântica com intencionalidade.

Gabrielle Casagrande Cenci, em seu artigo "A fundamentação da decisão e a inteligência artificial no Direito Penal,"[222] sustenta o perigo de danos severos no tocante aos direitos fundamentais se não houver um adequado controle no uso de uma máquina, pois os algoritmos de análise de dados e tomada de decisões podem ser alimentados com informações vinculadas a enviesamentos ideológicos promovedores de discriminações e preconceitos. Desse modo, a IA que não compreende conceitos, mas simplesmente os correlacionam, pode ocasionar injustiças nas decisões em virtude da sua alimentação com dados compostos de ideologias.

Afonso Fröhlich e Wilson Engelmann[223] destacam o risco da tomada de decisão por computadores, tendo em vista o cognitivismo característico do direito. Para tanto, citam o alerta emanado de Fernanda Borghetti Cantali que não descarta a hipótese de máquina

---

[220] Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta- presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 31/10/2021.

[221] JIRARDI. Alessandra. *Inteligência artificial no processo penal.* Disponível em: <https://alessandrajirardi.jusbrasil.com.br/artigos/847009808/inteligencia-artificial-no-processo-penal >. Acesso em: 31/10/2021.

[222] CENCI, Gabrielle Casagrande. *A fundamentação da decisão e a inteligência artificial no Direito Penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-05/cenci-fundamentacao-decisao-ia-direito-penal>. Acesso em: 31/10/2021.

[223] FRÖHLICH. ENGELMANN, *op. cit.,* p. 135.

gerar resultados tendenciosos e preconceituosos em virtude das informações repassadas pelas pessoas que alimentam os computadores. Os supracitados autores também advertem que a inserção dos algoritmos no processo de decisão não pode se esquivar da observância dos princípios para se obter uma decisão justa.[224]

Tiago Bruch traz relevante consideração sobre a "impossibilidade de um juiz- robô."[225] Consigna que há um crescimento de tensões entre a ordem jurídica e tecnológica no campo da justiça criminal. Isso se deve aos conflitos das racionalidades no que tange a alguns aspectos, dentre os quais destaca-se o linguístico, em que há a impossibilidade de se resumir a linguagem do direito à linguagem técnica/computacional, que é indiferente aos valores jurídicos. Esses embates fazem com que juristas e cientistas sociais busquem analisar um novo cognitivismo judicial advindo da combinação das gramáticas algorítmicas e jurídicas. Sendo por isso tão importante a transparência para evitar o "*blackboxing*" no que tange à dificuldade de identificação desse novo cognitivismo envolvido pela racionalidade algorítmica.

Ainda se remetendo às lições de Greco, Bruch[226] reporta que certas decisões, como administrativas e burocráticas, são passíveis de delegação para computadores. Todavia, seria uma violação da dignidade humana transportar para uma máquina o exame de provas e a aplicação do direito. Defende que o direito deve permanecer como sendo obra humana. Sustenta que um computador pode ser detentor de sensibilidade e raciocínio lógico, mas não é passível de responsabilização que deve ser imposta a todos que exercem o poder sobre a vida do outro.

Há também especialistas que defendem a inafastabilidade dos sistemas de IA do cotidiano privado, bem como da esfera jurídica que terá que conviver com essa nova realidade. Alexandre Morais da Rosa e Luiz Eduardo Cani trabalharam a temática com enfoque no âmbito criminal no artigo "O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?"[227]

Nessa publicação, elucidam que é possível o uso de recursos advindos da IA como apoio às decisões no âmbito penal. Esclareceram que isso seria viável mesmo em processo pautado na oralidade, no qual a deliberação será realizada pelos magistrados e não por terceiros. Assim, o juiz poderia em audiência ter acesso a sistemas inteligentes que fossem usados como ferramentas capazes de comparar jurisprudências de Tribunais, súmulas e legislações, por exemplo. Sustentam, ainda, que "No segundo momento, em que é necessário redigir a decisão, os algoritmos podem novamente agilizar o trabalho. Robôs- classificadores e Robôs-relatores, conforme a tipologia elaborada no livro "Ensinando um Robô a Julgar". Diante disso, entendem que os algoritmos não servem para engessar o julgador, mas para auxiliá-lo no desenvolvimento de suas atividades, sendo importante considerar as seguintes observações:

"O que nos importa com as máquinas é que, assim como os humanos devem "supervisionar" e "validar" as "sugestões decisórias das máquinas", na linha da diretriz do CNJ (Res.

---

[224] Ibidem, p. 136.

[225] BRUCH, *op. cit.,* p. 80.

[226] Ibidem, p. 85.

[227] CANI, Luiz Eduardo. ROSA, Alexandre Morais da. *O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial-processo-penal>. Acesso em: 31/10/2021.

332/20). A necessária validação das "sugestões decisórias" do nosso sistema implícito/automático (intuitivo; S1) no processo penal passa por criarmos mecanismos de "filtro", "supervisão" e "homologação" pelo sistema reflexivo/racional. Ao fim e ao cabo, as perspectivas se unem pelo acolhimento da premissa de que as decisões no processo penal devem ser "mediadas" pelo raciocínio lógico (válido e sólido), a partir dos referenciais internos ao Direito, mediante o controle efetivo da utilização de critérios externos (morais, ético, enfim, pessoais), por se tratar de decisões institucionais (do espaço público e não privado)."[228]

Note-se que o receio de que máquinas possam ser as detentoras do poder de decisão das demandas judiciais é plenamente compreensível, notadamente na seara criminal. A atuação de um magistrado é tão relevante para um Estado democrático de direito que o constituinte originário da Constituição Federal de 1988 designou o Judiciário como um dos três poderes integrantes da República Federativa do Brasil. Bem como a referida Carta Magna reportou em seu texto diversos mandamentos atinentes a esse campo, destacando-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, conforme o disposto, respectivamente, nos incisos XXXV e LIII do art. 5º da CF/88.

Essa relevância do papel de um magistrado encontra-se respaldo na sua função típica ocasionadora de impactos na vida das pessoas, uma vez que a função jurisdicional é "o poder-dever de aplicar autoritativamente as normas jurídicas, mediante a substituição de uma atividade pública por uma alheia, diante de questões contenciosas."[229]

No campo do direito penal essa influência torna-se mais sensível. Pelos princípios da intervenção mínima e fragmentariedade, esse ramo do direito atua somente em *ultima ratio*, uma vez que a sanção criminal, em virtude da importância do bem jurídico violado, impõe uma das mais severas limitações aos direitos fundamentais, qual seja a restrição de liberdade do ser humano.

Desta feita, a inclusão de uma IA nessa área tão delicada ocasiona resistências. Todavia, não se deve vedar peremptoriamente o uso dessa tecnologia. Pode-se usufruí-la como uma grande ferramenta para aprimorar a prestação dos serviços jurídicos, sem utilizá-la como um instrumento violador de pilares estruturantes do Poder Judiciário. Assim, o ponto fulcral é antes de se utilizar uma IA, deve-se fixar com cautela os limites de sua atuação a fim de evitar violações como, por exemplo, o engessamento da atuação do magistrado.

Mesmo antes da fase processual, a IA pode ser uma aliada no campo do direto criminal. Tiago Bruch reporta que na cidade de Nápoles na Itália, um sistema nominado de X-Law estima locais e horários mais propensos à ocorrência de crimes. Para tanto, em intervalos de meia hora, é enviado aos policiais os lugares com probabilidade de acontecerem crimes nas próximas duas horas. Informa, ainda, que esse algoritmo demorou 20 anos para sua conclusão e utiliza informações advindas de perfis de criminosos com a rotina da cidade.[230]

---

[228] Ibidem.
[229] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 8º ed., 2014, p. 1279.
[230] BRUCH, *op. cit.,* p.70.

Trata-se da chamada "polícia preditiva". Primonata Telles[231] explica que esse exame preditivo corresponde ao uso de um histórico de banco de dados a fim de delinear tendências de possiblidades futuras. Esclarece que o exame preditivo do delito não corresponde a um método novo, pois as forças de inteligência de segurança pública já utilizavam essa técnica, todavia, a revolução digital otimizou essa análise por meio do uso da IA. Há quem defenda o uso dessa tecnologia em virtude da diminuição da criminalidade, mas também existem aqueles que reprovam a sua utilização em razão de possível alimentação da máquina com informações preconceituosas. Existem, ainda, teses no sentido de que, não obstante esses softwares serem sistemas independentes, o ser humano possui papel exclusivo nas decisões.[232] Destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ -, enquanto órgão de controle da administração judiciária, posiciona-se contrário a estímulos de IA sugestionando modelos de decisões preditivas, no art. 23, *caput*, da Resolução n° 332/2020.

Na área penal, observa-se que diversos mecanismos classificados como IA fraca podem contribuir positivamente com a prestação jurisdicional, sem ofensa aos direitos e garantias fundamentais. Como exemplo, tem-se o sistema de cálculo de prescrição que, ao examinar todas as peculiaridades dos casos concretos, gera velozmente relatórios de grande volume de acervo processual e identifica aquelas demandas que já foram alcançadas pelo decurso do lapso prescricional, evitando, assim, o retardo na declaração da extinção da punibilidade de acusados ou equivocada manutenção de encarceramento de executados.

Como visto, a IA pode ser utilizada de forma benéfica na prestação do serviço jurisdicional, todavia, a grande polêmica surge quanto ao uso de um sistema inteligente no campo da tomada de decisão. A Resolução n° 332/2020 do CNJ trouxe diretrizes sobre a utilização da Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário, tendo como parâmetro, dentre outros, a sua contribuição com a agilidade e coerência do processo de tomada de decisões, a compatibilidade com os direitos fundamentais, bem como a preservação da não discriminação nas decisões apoiadas por um sistema inteligente. Ocorre que o CNJ consignou que não deve ser estimulado, em matéria penal, o uso de modelos de IA, sobretudo quando atinentes à sugestão de modelos de decisões preditivas.

Fazendo, todavia, ressalvas para possibilitar o uso dessa tecnologia no cálculo de penas, prescrição, reincidência, classificação e triagem de acervo para fins de seu gerenciamento, conforme o disposto no art. 23, §1° e §2°, da Resolução nº 332/2020 do CNJ.

Tiago Bruch, em sua obra publicada em 2021, a saber "Judiciário Brasileiro e inteligência artificial", reportou que, em pesquisa realizada perante Tribunais brasileiros no que tange ao uso da IA em matéria penal, obteve a seguinte resposta:

> Quando questionados sobre como e quais ferramentas de automatização/inteligência artificial são utilizadas no processo penal, juizado especial criminal ou execução penal, o STF referiu que utiliza o STFDigital, Victor e Solução de Jurisprudência. O STJ utiliza ferramentas nas

[231] TELLES, Primonata Silva Brilhante. *Inteligência Artifical e polícia preditiva- limites de possibilidade* - Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do- boletim/boletim-cientifico-n-57-julho-dezembro-2021/inteligencia-artificial-e-policia-preditiva-limites-e->. Acesso em: 01/11/2021, p. 249 e 251.

[232] Ibidem, p. 259/260.

> rotinas cartorárias para o processamento de feitos de qualquer ramo do direito. Todos os demais tribunais (TRF4, TJRS, TJSC e TJPR) informaram que não utilizam inteligência artificial no processo penal.[233]

No que tange ao STJ, observa-se que referido Tribunal é o titular do sistema de inteligência nominado de Athos que "está atualmente em desenvolvimento e deverá compor o Módulo de Jurisdição Extraordinária, iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF) que busca auxiliar os tribunais na análise de admissibilidade dos recursos especiais e recursos extraordinários."[234] Sobre a supracitada atuação do STJ, Tiago Bruch traz um contraponto com relação ao referido exame de admissibilidade recursal reportando que a presidência do STJ, a quem compete também fazer essa mencionada análise recursal, proferiu aproximadamente 8 mil decisões apenas no mês de julho de 2020. Salienta o autor que essa decisão de admissibilidade possui carga jurisdicional de decisão, mesmo que a verificação dos requisitos recursais trate de uma tarefa "burocrática". Para tanto, alerta que o não conhecimento, negar ou dar provimento monocraticamente ao recurso pode ser a última decisão naquele feito, inclusive no âmbito penal. E, assim, o autor faz a indagação se esse exame de admissibilidade é menos "jurisdicional" do que a prolação de um voto ou sentença.[235]

Para adentrar em análises de questionamentos como estes é importante examinar aspectos pertinentes que circundam a tomada de decisões e as particularidades do campo penal.

A fundamentação de uma decisão judicial é imperiosa em um Estado democrático de direito. A necessidade de o julgador exteriorizar os motivos ensejadores de determinada deliberação possibilita o controle da prestação do serviço jurisdicional não só pelas partes processuais, mas por toda sociedade, legitimando, assim, a atuação do magistrado, bem como possibilitando a transparência necessária para o exercício do direito de impugnações das decisões judiciais. Por isso a relevância de constar no art. 93, IX, da CF/88 a nulidade de decisões judiciais sem fundamentação.

Será que uma máquina conseguiria explicitar os motivos de sua decisão e, mesmo se conseguisse, seriam legítimos em demandas penais, nas quais as análises são casuísticas e, por isso, atreladas ao exame fático completamente individualizado em cada feito processual? A seara criminal é tão sensível que maior cautela deve ser dada à motivação de deliberações que possam alcançar o bem tão valioso que é a liberdade humana. O próprio Código Ibero-Americano de Ética Judicial, em seu art. 21, consigna que quando se trata de "decisões privativas ou restritivas de direitos ou quando o Juiz exerça um poder discricionário" o dever de motivar adquire uma intensidade máxima.

Sobre a fundamentação, é relevante que seja possível aferir da máquina se as razões explanadas (externa) realmente correspondem aos motivos que o computador utilizou para decidir em determinado formato (interno), conforme consigna Bruch, citando Fornasier.[236] Caso esse cotejo seja impossível, não pode se admitir decisões por sistemas de IA. Sustenta Fornasier que, mesmo diante de uma IA auxiliadora de um juiz humano, a tomada de decisão por um sistema inteligente deve ser passível de explicação tanto da linguagem

---

[233] BRUCH, *op. cit.,* p. 141.

[234] Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios- da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx ->. Acesso em: 02/11/2021.

[235] BRUCH, *op. cit.,* p. 147/148.

[236] BRUCH, *op. cit.,* p. 84/85.

de programação quanto do procedimento lógico-legal da deliberação. Isto é, para que se tenham os requisitos legais de motivação de uma decisão judicial, devem ser explícitos os fundamentos jurídicos, os fatos importantes e o conjunto probatório levados em consideração pela IA. Desse modo, há necessidade de programas que tenham a capacidade de documentar cada etapa perseguida pela IA para evitar que os algoritmos sejam caixas pretas, sem capacidade de aferição dos caminhos traçados de sua cognição.

Indaga-se, ainda, se um computador, mesmo que caracterizado como uma IA forte ou como um executor de suas tarefas por meio de um aprendizado profundo intitulado de *deep learning,*[237] poderia valorar cada prova oral e demais elementos probatórios, ponderar princípios e explicitar de forma translúcida as razões juridicamente validadas que respaldaram uma condenação penal ou absolvição. Ainda que possível essa tecnologia, ela seria legítima ou, de acordo com a transposição de dados para a máquina, poderia ocorrer hipóteses de julgamentos arbitrários ofensores do direito de ir e vir das pessoas?

O cunho valorativo em um processo penal possui uma significativa relevância principalmente na prova oral. O juiz colhe os depoimentos das testemunhas e interrogatório do acusado e, ao sentenciar, realiza a valoração de cada prova oral e o cotejo com os demais elementos comprobatórios dos autos a fim de explanar seu livre convencimento motivado. Destarte, seria temeroso transferir para uma máquina essa valoração que está intimamente ligada ao aspecto cognitivo do ser humano julgador.

Ademais, polêmico também seria a utilização de IA para realizar leitura de comportamentos externos e linguagem corporal do depoente no momento da sua inquirição com intuito de se concluir pela falsidade do testemunho. Mais temível ainda seria o uso desse método, mesmo que validado por estudos científicos, no interrogatório do acusado que possui o direito ao silêncio e a garantia de que isso não seja considerado em seu desfavor.

Da mesma forma, celeuma seria a atuação de uma máquina no que tange à aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo*. Por se tratar de uma conclusão muito intrínseca de cada julgador, existe a possibilidade de, diante de um mesmo caso concreto, um magistrado entender pela absolvição, pois se convenceu de existência de dúvida razoável em favor do acusado e outro juiz concluir pela condenação diante da existência de provas convincentes afastando a referida incerteza. Então, essa margem de discricionariedade existente entre os próprios julgadores humanos torna-se menos recomendável que um computador assuma essa função.

Há diversas outras questões sensíveis que o julgador humano se depara ao examinar uma demanda criminal que seria inseguro repassar para uma máquina nfrentalas, tais como a aplicação do instituto da política criminal para excepcionalizar determinada regra em um caso peculiar, o emprego do princípio da bagatela imprópria, com intuito de se concluir pela desnecessidade da pena considerando circunstâncias simultâneas e posteriores referentes ao caso concreto, bem como a ponderação de princípios, tais como da razoabilidade e proporcionalidade tão intrínsecos ao exame de uma demanda na seara penal.

Desse modo, note-se que, no momento, seria temeroso que um computador pudesse emitir deliberações baseadas em conclusões tão inerentes ao livre convencimento motivado de um julgador humano intimamente ligadas aos aspectos cognitivos e de cunho valorativo do magistrado.

---

[237] BOEING. ROSA, *op. cit.,* p. 24. Esclarecem, citando Grossfeld, que: "O que caracteriza o aprendizado profundo é que o próprio algoritmo detecta seus erros e realiza os ajustes necessários para aprimorar os resultados".

Salienta-se, ainda, que há defensores do uso de justiça preditiva na seara de ações em massa, pois facilita o gerenciamento de demandas, tais como feitos de execuções fiscais, despejo, cobrança, etc.[238] Todavia, não é recomendável a sugestão por IA de modelos de decisões preditivas na esfera criminal, como alerta o CNJ por meio de sua Resolução nº 332/2020, art. 23. Não obstante a lamentável possibilidade de um juiz humano eventualmente ser investido de preconceitos em suas decisões, isso não justificaria também a possiblidade de aceitar a repetição desse vício por uma IA que fosse alimentada por algoritmos que reproduzissem ou reforçassem preconceitos enraizados na sociedade e no direito penal.[239]

A despeito das supracitadas ressalvas do uso da Inteligência Artificial no campo preditivo, entende-se que ela pode ser utilizada de forma benevolente, no que tange ao seu viés estatístico, como colaboradora da segurança jurídica. Isso pode ser viabilizado, por exemplo, por meio de uma pesquisa realizada pela máquina de diversas decisões de concessão ou não de liberdade provisória proferidas por determinado juiz ou Tribunal, com intuito de identificar se, em um contexto fático semelhante e idêntica situação jurídica, o magistrado mantém coerência em suas deliberações, evitando a surpresa ao jurisdicionado, oscila em suas decisões ou se suas deliberações porventura são diferenciadas em razão de possível peculiaridade do caso concreto ou em decorrência de uma evolução de seu pensamento por meio de *overruling*.

Como visto, o direito penal possui diversas nuances que o distingue dos demais ramos do direito.

Há casos também que a IA pode ser aplicável de forma legítima quando a discussão penal estiver afetada à questão de direito. Sabe-se que tanto no recurso especial quanto no extraordinário não se reexaminam questões de prova, conforme os respectivos enunciados das Súmulas 7/STJ e 279/STF. Dessa forma, o receio de se transferir para uma máquina o complexo exame de provas não subsiste quando se trata de discussões penais estritamente ligadas ao direito e teses jurídicas. Destarte, em situações como essas, a IA pode ser uma excelente aliada no que tange à eficiência e celeridade na prestação jurisdicional. Trata-se, por exemplo, do sistema Victor do Supremo Tribunal Federal que, em pequeno lapso temporal, identifica a matéria debatida no recurso extraordinário e averigua se há correlação com algum tema de repercussão geral. O ganho de tempo do Poder Judiciário com essa atuação informatizada torna a prestação do serviço jurisdicional mais eficaz, tendo em vista que o decurso temporal poupado poderá ser redimensionado para a atuação em outras demandas mais complexas, inclusive aquelas não legitimadas para serem realizadas por uma IA.

Outra questão relevante é a possibilidade de uso de IA para proferir um resultado que não fosse diferente de uma decisão humana, pois as deliberações não divergiriam daquelas proferidas por uma pessoa. Como exemplo tem-se o cálculo de prescrição da pretensão punitiva, no qual, por não existir margem de discricionariedade do computador e nem do magistrado humano, as conclusões advindas tanto pela IA quanto pelo juiz deveriam ser as mesmas, não possuindo, portanto, óbice ao exercício desse serviço pelo computador.

---

[238] BRUCH, *op. cit.,* p. 119.
[239] BRUCH, *op. cit.,* p. 156.

Aprofundando nesse ponto, indaga-se a possiblidade de um computador poder decidir causas que estão sob o manto do poder vinculante de Tribunal *ad quem*, como as súmulas vinculantes emanadas do STF. Já que o verbete de súmula vinculante deve ser obedecido pelo juiz, poderia, então o algoritmo proferir essa decisão? Observa-se que o modo mais seguro ao jurisdicionado é no sentido de que, mesmo havendo a possibilidade de a máquina identificar a incidência de súmula vinculante no caso em tela, a atuação do magistrado é imprescindível como um supervisor do resultado dado pela IA, inclusive para averiguar se no feito concreto há algum *distinguishing* que porventura a máquina não foi alimentada com essa informação para conseguir identificar a peculiaridade do caso analisado.

Notáveis também são os ensinamentos dos especialistas em IA no ramo do judiciário, a saber Daniel Boing e Alexandre Rosa, em sua obra "Ensinando um robô a julgar". Esclarecem os autores que tecnicamente é possível aplicar a textos jurídicos algoritmos de aprendizado de máquina. Para tanto, elucidam que algoritmos de linguagem natural[240] que somente realizam a leitura de textos são insuficientes para laborarem em atividades jurídicas que exigem um raciocínio legal. Citando Ashley, os autores assentam que, para realizar as referidas atividades no campo do judiciário, o computador necessita explicar suas respostas de forma compreensível aos profissionais que trabalham com o direito. Destacam que há exigência de haver determinados padrões conceituais para formulação de argumentos legais, tais como padrões de provas e decisões de Tribunais superiores ou autoridade de normas legais.[241]

Salientam, ainda, que a complexidade do fenômeno linguístico é um entrave ao processamento de linguagem natural, notadamente nas atividades jurídicas, bem como os algoritmos estão vulneráveis aos vieses estruturais advindos da forma de treinamento e programação desses sistemas. Sendo assim, pelo menos neste momento, inviável a substituição total de um magistrado humano por uma máquina. Desta feita, a corrobótica viabilizaria o apoio da IA ao julgador humano, uma vez que possibilita uma coexistência de cooperação entre humanos e computadores. De modo que, em casos excepcionais, o robô poderá, sozinho, decidir causas de pequena complexidade enquadradas em situações com pouco ou nenhum poder discricionário por parte do magistrado, atuando o juiz como uma instância revisora em etapa posterior.[242] Para a melhor compreensão de algumas possiblidades de utilização da IA no judiciário, destacam-se, ainda, os seguintes três tipos de uso do aprendizado de máquina nesse ramo:

> Por fim, foram elencadas três abordagens mais recorrentes do uso do aprendizado de máquinas no judiciário. A primeira delas corresponde ao uso do robô-classificador, através do qual algoritmos auxiliam humanos em tarefas básicas, tais como encontrar e classificar processos. A abordagem do robô-parecerista consiste em condensar informações relevantes de um processo em um único documento, que eventualmente pode ser utilizado para sugerir decisões a um caso concreto. A terceira e última,

[240] BOEING. ROSA, *op. cit.,* p. 28. Sobre o processamento de linguagem natural pela IA ensinam que: "consiste em esforços voltados a ensinar algoritmos a 'interpretar' a linguagem humana, processo que, como será visto, apesar de conter algumas semelhanças, diferencia-se substancialmente da forma como humanos compreendem línguas naturais".

[241] BOEING. ROSA, *op. cit.,* p. 28/36.

[242] BOEING. ROSA, *op. cit.,* p. 92.

> robô-julgador, consiste em um passo adiante, já que seus resultados são considerados vinculativos e elimina-se do processo decisório completamente o ser humano, que se torna uma instância revisora. Entende-se que para gerar informação relevante para um decisor, o trabalho associado de máquinas e humano é a forma mais vitoriosa, possível tecnologicamente e, principalmente, democrática.[243]

Ademais, Daniel Boing e Alexandre Rosa elucidam que, como os algoritmos do judiciário são treinados tendo como respaldo decisões humanas, o uso da IA pode resultar em vieses que conseguiriam ser evitados com a utilização de modelos construídos de maneira transparente e conjunta com todos aqueles que são alcançados pelas consequências das decisões, não descartando também a necessidade de realização de um controle para que ocorra uma auditagem dos resultados advindos das máquinas.[244]

Portanto, diante de toda explanação realizada, entende-se que a Inteligência Artificial pode ser usada como uma excelente ferramenta contribuidora para o aperfeiçoamento da prestação do serviço jurisdicional, servindo a máquina como um apoio à deliberação dos magistrados, mas não como uma substituta do próprio ser humano que é o único responsável pelas decisões proferidas.[245]

CONCLUSÃO

A conjuntura contemporânea torna insustentável a manutenção da prestação do serviço jurisdicional longe das influências trazidas pela Inteligência Artificial que envolve diversos setores do mundo moderno.

Verifica-se no presente artigo que a IA pode ser usada como uma forte aliada para o aprimoramento da prestação do serviço no âmbito do processo penal, tais como no diagnóstico da prescrição da pretensão punitiva e na gestão de acervo processual.

Ocorre que, notadamente na seara criminal cuja repercussão na restrição da liberdade humana é passível de ocorrer, cautela é necessária para evitar que a máquina seja um instrumento violador de direitos e garantias fundamentais em vez de uma excelente aliada na celeridade e eficiência na prestação do serviço jurisdicional.

Desta feita, precaução é relevante no que tange ao uso de uma IA em situações mais complexas especificamente no que se refere à tomada de decisão. Sabe-se que a Carta Magna consigna que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, garantindo a todos a inafastabilidade da jurisdição, conforme o disposto nos incisos LIII e XXXV do art. 5º da CF/88.

---

[243] Ibidem, p. 109.

[244] Ibidem, p. 109.

[245] CANI, Luiz Eduardo. ROSA, Alexandre Morais da. *O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial-processo-penal>. Acesso em: 31/10/2021.

Para a escorreita prestação do supracitado serviço jurisdicional é imperiosa, em um Estado democrático de direito, a fundamentação da decisão judicial. Assim, as diversas particularidades do direito penal conduzem ao receio de possibilitar um computador realizar trabalhos afetados ao cognitivismo do magistrado humano.

Ademais, ainda que uma máquina pudesse explicitar os motivos de sua decisão, seria temeroso delegar tal função a uma IA em demandas penais. Note-se que nessa seara criminal a análise é casuística e, por isso, atrelada ao exame fático completamente individualizado em cada feito processual, podendo, assim, ser enquadrada como um "trabalho artesanal" se comparada com outros ramos do direito que possibilitam julgamentos em massa. Desta feita, entende-se pela não transferência dessa tarefa para uma máquina, tendo em vista que o livre convencimento motivado a ser exercido por um juiz criminal está intimamente ligado ao aspecto cognitivo do julgador humano no que tange à valoração de cada prova produzida no feito, principalmente no tocante à prova oral.

Pelas mesma razões, também seria inseguro repassar para uma máquina o exame de aspectos peculiares do direito penal, tais como a realização de ponderação de princípios, como da razoabilidade e proporcionalidade, a verificação de vertentes relativas à política criminal e à bagatela imprópria, bem como a análise da incidência ou não do instituto referente ao *in dubio pro reo,* tendo em vista que nessas análises poderá haver divergência até mesmo entre magistrados humanos ao ponto de um juiz condenar e outro absolver de acordo com a sua compreensão íntima advinda de sua valoração do conjunto probatório.

Desse modo, note-se que, no momento, seria temível que um computador pudesse emitir deliberações baseadas em conclusões tão inerentes ao livre convencimento motivado de um julgador humano intimamente ligadas aos aspectos cognitivos e de cunho valorativo do magistrado.

Todavia, a IA pode ser utilizada de forma legítima e segura no campo penal naquelas situações que a máquina não produziria um resultado diferente daquele advindo de um juiz humano. Trata-se, por exemplo, de situações nas quais vigoram o sistema da vinculação como nos casos de aplicabilidade de súmula vinculante, o que de modo algum dispensaria a participação do magistrado nesse processo a fim de verificar se o feito realmente se enquadra na conclusão feita pela IA ou se existe alguma particularidade ensejadora de eventual *overruling* ou *distinguishing*.

Portanto, como visto, a IA pode ser usada como importante apoio ao julgador humano. Para isso é indispensável manter a transparência no processo de treinamento e programação das máquinas com intuito de evitar resultados tendenciosos e preconceituosos nas intituladas "caixas-pretas", além de constante supervisão humana para validar as sugestões emitidas pelo computador. Assim, sempre tomando as devidas cautelas a fim de obstar violação a direitos e garantias fundamentais, a cooperação entre máquina e humano possibilita o uso da IA não como substituta do magistrado, mas como uma excelente ferramenta contribuidora para o aperfeiçoamento da prestação do serviço jurídico na seara penal tão sensível por atuar no campo da liberdade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Cláudio Alves de. **A Máquina e Seus Limites: Uma Investigação Sobre o Xadrez Computacional**, Tese de dissertação de mestrado. Disponível em:

<https://ppgefhc.ufba.br/sites/ppgefhc.ufba.br/files/dissertacao_-_claudio_amorim.pdf>. Acesso em: 30/10/21.

BARBOSA, Xênia de Castro e BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve introdução à história da inteligência artificial**. Disponível em: <https://periodicos.ufac.br/index.php/jamaxi/article/view/4730>. Acesso em 10/11/2021.

BOEING, Daniel Henrique Arruda. ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e viesses no uso do aprendizado de máquina no judiciário**. Florianópolis: Emais Acadêmica, 2020.

BRUCH, Tiago Bruno. **Judiciário Brasileiro e inteligência artificial.** Curitiba: CRV, 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 8º ed., 2014.

CANI, Luiz Eduardo. ROSA, Alexandre Morais da. **O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial- processo-penal>. Acesso em: 31/10/2021.

CENCI, Gabrielle Casagrande. **A fundamentação da decisão e a inteligência artificial no Direito Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-05/cenci- fundamentacao-decisao-ia-direito-penal>. Acesso em: 31/10/2021.

Disponível em <https://darthmouthconference.wordpress.com/>. Acesso em 25/10/2021.

Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de- abril-de-2021-*-313212172>. Acesso em: 31/10/2021.

Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020- Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx ->. Acesso em: 02/11/2021.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021- Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo- inedito.aspx>. Acesso em: 31/10/2021.

FRANCISCO, Inês Almeida. **Inteligência Artificial no Local de Trabalho Dimensões da sua intervenção**. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28384/1/TFM_In%c3%aasFrancisco.pdf>. Acesso em: 30/10/2021.

FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner. ENGELMANN, Wilson. **Inteligência artificial e decisão judicial**: diálogo entre benefícios e riscos. Curitiba: Appris, 2020.

JIRARDI. Alessandra. **Inteligência artificial no processo penal**. Disponível em: <https://alessandrajirardi.jusbrasil.com.br/artigos/847009808/inteligencia-artificial-no-processo-penal >. Acesso em: 31/10/2021.

MANFIO, Edio Roberto. **A evolução dos chatterbots: PLN, I.A. e difusão cultural**. Disponível em: <https://inbot.com.br/apoio/artigos/A-EVOLUCAO-DOS-CHATTERBOTS-PLN-IA-FATEC.pdf>. Acesso em: 30/10/2021.

ONODY. Roberto N. **Teste de Turing e Inteligência Artificial**. Disponível em: <https://www2.ifsc.usp.br/portal-ifsc/teste-de-turing-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 30/10/2021.

SANTOS, Vívian Ludimila Aguiar. CARVALHO, Thales Francisco Mota. BARRETO, Maria do Socorro Vieira. **Mulheres na Tecnologia da Informação**: Histórico e Cenário Atual nos Cursos Superiores, p. 3. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wit/article/view/15847/15688>. Acesso em 10/11/2021.

SILVA, Alexandre M. BARONE, Dante A. C. **Inteligência Artificial e o Futuro do Trabalho**: entre Fausto e Prometeu. Instituto de Informática – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11041/10912>. Acesso em 25/10/2021.

TELLES, Primonata Silva Brilhante. **Inteligência Artifical e polícia preditiva- limites de possibilidade** - Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 20, n. 57, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-57-julho-dezembro-2021/inteligencia-artificial-e-policia- preditiva-limites-e->. Acesso em: 01/11/2021.

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA REPÚBLICA

Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo
Ministro do Superior Tribunal Militar

RESUMO

O presente Artigo relata fatos relativos à Justiça Militar Brasileira, sua criação, desenvolvimento e momentos marcantes na História do Brasil. O Superior Tribunal Militar foi uma das primeiras instituições criadas pelo então Príncipe Regente D. João, em 1808. A importância da Justiça Militar, sua atuação no período Republicano e as Revoluções brasileiras vivenciadas desde a proclamação da República são tratadas nesse Artigo, onde se procurou demonstrar o quanto a Justiça Militar se fez presente em momentos críticos de nossa História. Com a Proclamação da República, as Forças Armadas foram arrastadas à política. Veremos ainda que, onde quer que as Forças Armadas estivessem presentes, a Justiça Militar também ali se postava assumindo seu papel de garantidora da hierarquia e da disciplina no seio da tropa. Assim foi na Revolta da Armada; em Canudos, pequeno município no interior da Bahia; na Revolta dos 18 do Forte de Copacabana, em 1922; na Revolução Paulista de 1924; e foi mais longe ainda, quando se intensificou a crise política, culminando com a Revolução de 1930, provocada pela quebra da política do café com leite pelo presidente Washington Luís, ela se fez presente, atuando de modo a conciliar o novo modelo surgido para comandar o Brasil. E, finalmente, em 1942, quando o Brasil declarou guerra aos países do eixo (Alemanha, Itália e Japão) o STM cruzou o Atlântico e foi até onde estavam as tropas brasileiras em operação de guerra, atuando, assim, no Teatro de Operações Europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar; Revoluções Republicanas; Teatro de guerra; Justiça.

ABSTRACT

This article reports facts related to the Brazilian Military Justice, its creation, development and remarkable moments in the History of Brazil. The Superior Military Court was one of the first institutions created by the then Prince Regent D. João, in 1808. The importance of Military Justice, its performance in the Republican period and the Brazilian Revolutions experienced since the proclamation of the Republic are dealt with in this Article, where we sought to demonstrate how much Military Justice was present in critical moments of our History. With the Proclamation of the Republic, the Armed Forces were dragged into politics. We will also see that, wherever the Armed Forces were present, the Military Justice was also there, assuming its role as guarantor of hierarchy and discipline within the troop. So it was in the Armada Revolt; in Canudos, a small municipality in the interior of Bahia; in the Revolt of the 18th of the Copacabana Fort, in 1922; in the Paulista Revolution of 1924; and it went even further, when the political crisis intensified, culminating in the 1930 Revolution, provoked by the collapse of the café au lait policy by President Washington Luís, it was present, acting in order to reconcile the new model that emerged to command Brazil. And, finally, in 1942, when Brazil declared war on the countries of the axis (Germany, Italy and Japan), the STM crossed the Atlantic and went to where the Brazilian troops were in war operation, thus acting in the European Theater of Operations. .

KEYWORDS: Military Justice; Republican Revolutions; Theater of War; Justice.

É um contrassenso falar de Justiça mais antiga do País e ter que admitir, nos dias de hoje, que a sociedade brasileira, que uma parcela considerável dos nossos profissionais do direito e até mesmo dos nossos militares não conseguem entender o porquê da Justiça Militar e o quanto somos úteis para o nosso país.

Vou apresentar dois exemplos, um envolvendo um ex-Presidente do Congresso Nacional e outro um ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, que retrata bem essa falta de conhecimento sobre a atuação da Justiça Militar.

O primeiro exemplo ocorreu em 1999, quando a existência da Justiça Militar em nosso país foi questionada por parlamentares no Congresso Nacional. O Presidente do Senado, o saudoso Senador Antônio Carlos Magalhães, durante todo aquele ano, fez uma campanha intensa pela extinção da Justiça Militar Brasileira, para tanto foi instaurada uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para avaliar a razão de sua existência. A polêmica foi amplamente explorada pela imprensa. Vejam o que noticiava a Folha de São Paulo em março de 1999: "ACM defende a extinção de órgãos que considera "inútil" como a Justiça Militar".

Essa distorcida concepção sobre a atuação da Justiça Militar foi esclarecida numa conversa reservada, quando o então Presidente do STM, Ten Brig Carlos de Almeida Baptista, convenceu o senador Antônio Carlos Magalhães do quanto a Justiça Militar era importante para a manutenção da integridade de nossas Forças Armadas.

O segundo é mais recente, o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, portanto do Conselho Nacional de Justiça, um profissional do Direito, Ministro Joaquim Barbosa, criou uma comissão, em 2013, para realizar um diagnóstico das Justiças Militares da União e dos Estados, com vistas, inclusive, de se verificar a possibilidade de sua extinção.

Os argumentos apresentados pelos próprios representantes do STM conduziram ao entendimento da necessária continuidade da Justiça Militar.

Então, esses dois exemplos demonstram que as polêmicas sobre a atuação da Justiça Militar, frequentemente, são estimuladas pela falta de conhecimento do relevante papel de nossa justiça castrense.

A grandeza da Justiça Militar Brasileira está consolidada nos anais de nossa história, mas, infelizmente, essa história, muitas vezes, é trazida a público de forma distorcida e polemizada. As críticas apresentadas pela imprensa brasileira, referindo-se à atuação da Justiça Militar, dão um cristalino exemplo dessa classe de desinformação, repetidas vezes inoculadas no seio da sociedade.

A História nos conta que o Conselho Supremo Militar e de Justiça, hoje Superior Tribunal Militar, foi uma das primeiras instituições criadas pelo então Príncipe Regente D. João, ao montar uma estrutura mínima para governar, em 1808. Naquela oportunidade, D. João deu o tom da relevância dessa instituição para o nosso país, ao estabelecer que o presidente do conselho seria o mandatário da nação. Foram então Presidentes da Justiça Militar: D. João VI, D. Pedro I, D. Pedro II, Marechal Deodoro e Marechal Floriano Peixoto.

É de se destacar ainda outras ilustres e importantes personalidades do cenário nacional que tiveram assento em nosso Tribunal: Almirante Tamandaré, Patrono da Marinha do Brasil; Duque de Caxias, Patrono do Exército Brasileiro, e o Dr. Salgado Filho, Primeiro Ministro da Aeronáutica.

A Constituição de 1891 muda a denominação do Conselho Supremo Militar e de Justiça para Supremo Tribunal Militar e com a Constituição de 1946, passamos a denominação atual de Superior Tribunal Militar.

Para uma melhor compreensão da importância da Justiça Militar, é essencial termos, com clareza, o entendimento de como atuaram os militares no período Republicano. Vamos recordar momentos com reflexos na Justiça Castrense.

A Revolução Republicana foi uma revolta de uma minoria formada por civis e militares, que surpreenderam a população brasileira. Não houve nem embate político, nem tão pouco participação popular. Na eleição de 1884, foram eleitos apenas dois deputados republicanos, Prudente de Moraes e Campos Sales, e, naquela legislatura, 1889, ano da Proclamação da República, não havia um só deputado republicano. Os militares, em função da recente vitória da Guerra da Tríplice Aliança, conhecida como Guerra do Paraguai, mesmo não tendo sido devidamente valorizados pela monarquia, gozavam de muito prestígio perante a sociedade. O General Deodoro, um dos heróis dessa guerra, relutou muito em aceitar liderar aquele movimento, até porque era muito amigo de D. Pedro II.

O imperador, por sua vez, sentia-se cansado, após governar o nosso País por mais de meio século.

A saúde do Imperador também estava bastante debilitada e D. Pedro II já não acreditava na monarquia como forma crível de governo para o futuro do Brasil. Ele não tinha mais filhos homens e não acreditava que os brasileiros aceitariam sua filha, uma mulher, a princesa Isabel, e muito menos o Conde d'Eu, seu marido, um estrangeiro, para governar o país.

Corroborando com suas convicções, no dia 15 de novembro de 1889, D. Pedro II deu uma bela demonstração de seu desapego ao poder. Naquela madrugada, deixa sua residência oficial em Petrópolis, após insistentes chamados do Marquês de Ouro Preto, seu Chefe de Gabinete de Ministros, e desloca-se para o Rio de Janeiro, porque um movimento estranho de tropas estava se intensificando, quando já havia uma expectativa de uma provável e iminente mudança em seu Gabinete de Ministros.

Ao desembarcar no Rio de Janeiro, imaginando que seria pressionado para efetivar mudanças em seu Gabinete de Ministros, foi surpreendido com a instalação da República no Brasil e queda da Monarquia.

Mesmo assim, não se abalou ao receber a mensagem com a intimação de Deodoro de que teria 24 horas para deixar o país com toda a família real, nem, tão pouco, ofereceu a mínima resistência. Pelo contrário, demonstrou um alto sentimento de amor pela pátria que o viu nascer, foi altruísta e respondendo a mensagem por escrito, externou o grande amor que sentia pelo Brasil com estas palavras:

> Amanhã, deixando esta Pátria, de nós estremecida, à qual me esforcei por dar constantes testemunhos de entranhado amor e dedicação, durante quase meio século. Eu, com todas as pessoas de minha família, conservarei do Brasil a mais saudosa lembrança, fazendo ardentes votos por sua grandeza e prosperidade.

Assim se deu a Proclamação da República que, proclamada, deu aos militares, que nunca tiveram acesso a cargos importantes no império, a oportunidade de ocuparem até o cargo mais importante do país: Presidente da República.

Com a Proclamação da República, as Forças Armadas foram arrastadas à política. O entusiasmo foi tão grande que para a Assembleia Constituinte, eleita em setembro de 1890, foram eleitos 54 constituintes militares, 40 deputados e 14 senadores.

Passada a crise política da derrubada da monarquia e consolidada a instalação do Regime Republicano no Brasil, o governo provisório tratou de criar uma instituição similar à Suprema Corte dos Estados Unidos para assumir muitas das responsabilidades até então atribuídas ao Imperador e para atuar também como Poder Moderador.

O Ministro Toffolli, um estudioso de nossa história, fez uma análise muito interessante sobre esse tema: **"Poder moderador no Brasil: os militares e o Supremo Tribunal Federal".**

Diz um trecho do seu trabalho:

> [...] O Poder Militar no Brasil assumiu os papéis de garantidor da República e de mediador de crises...até a promulgação da Constituição de 1988. Tal atuação se deu com verdadeira usurpação de competência ou por omissão de quem deveria atuar precipuamente como ator e mediador dos conflitos – o Poder Judiciário – mais especificamente da Suprema Corte (STF), a qual foi criada em 1891, com o intuito, entre outros, de substituir o Imperador no exercício do Poder Moderador.[...]

Comungo integralmente com esta assertiva do Ministro Toffoli: de que os militares assumiram os papéis de garantidor da República e de mediador de crises ao longo do século 20, mesmo sem previsão constitucional, utilizando-se do diálogo e, quando necessário, das armas.

Nesse contexto, ressalta-se a importância da Justiça Militar. Onde quer que as Forças Armadas estivessem presentes, a Justiça Militar ali também se postava assumindo seu papel de garantidora da hierarquia e da disciplina no seio da tropa.

Enfatizo que, caso as Forças Armadas venham a se desorganizar, tornam-se elas impotentes para o cumprimento de sua missão constitucional de defender a Pátria, de garantir os poderes constitucionais, e por iniciativa de qualquer um destes, a garantia da lei e da ordem, pondo em risco, desta forma, a soberania do Estado e a estabilidade da ordem democrática.

A elevada moral das tropas brasileiras, diante de tantas crises enfrentadas, é um atestado da eficácia da JMU no cumprimento de sua missão de guardiã dos pilares constitucionais básicos que regem a vida na caserna: a hierarquia e a disciplina.

Isso nos leva a reconhecer a importância da Justiça Militar, como uma Justiça especializada essencialmente voltada para a manutenção da integridade de nossas Forças Armadas.

No princípio da vida republicana em nosso País, 1893, a Justiça Militar se fez presente durante a Revolta da Armada, quando o presidente Marechal Floriano Peixoto resistiu às ameaças do Almirante Custódio de Melo de bombardear com sua Esquadra o Rio de Janeiro, caso não fossem realizadas eleições para Presidente da República, como previa a Constituição.

A Justiça Militar esteve em Canudos, pequeno município no interior da Bahia, com 25.000 habitantes, na revolta liderada pela figura mística de Antônio Conselheiro, que se dizia enviado de Deus e se rebelou contra a República. O governo federal teve que enviar brigadas para debelar aquele movimento. Foi uma revolução muito sangrenta. Morreram mais de 20.000 inocentes sertanejos nordestinos e 5.000 militares, isso nos anos de 1896 e 1897, no governo do Presidente Prudente de Moraes.

Mais uma vez presente, a Justiça Militar atuou no motim do marinheiro em 1910. O Movimento foi deflagrado na primeira semana do governo do Presidente General Hermes da Fonseca, ex-ministro do STM. Os revoltosos, liderados pelo Marinheiro João Cândido, tinham por objetivo a extinção dos castigos corporais existentes como forma de punição na Marinha do Brasil. Nessa revolta, também conhecida como Revolta da Chibata, foram assassinados, além do Comandante do navio Capitânia da Esquadra, vários oficiais e, ainda, muitos dos marinheiros que não aderiram ao movimento.

Ainda no Governo do Presidente Marechal Hermes da Fonseca, em 1912, eclodia a Campanha do Contestado, uma luta por terras a oeste dos Estados do Paraná e Santa Catarina, só resolvida no Governo de Venceslau Brás, em 1916. O Exército mais uma vez enviou brigadas para debelar o conflito e lá estava, mais uma vez, a Justiça Militar.

Na Revolta dos 18 do Forte, em 1922, também a Justiça Militar se fez presente. Essa Revolta marca o nascimento do Movimento Tenentista no Brasil. Um movimento que externava a insatisfação militar da jovem oficialidade com os rumos do país. Naquele momento, lutaram contra a candidatura de Artur Bernardes para Presidente da República, contra a política do café com leite, contra fraudes eleitorais, contra a corrupção e por um governo democrático. Os que resistiram à rendição do Forte de Copacabana, ao seguirem para o Palácio do Catete, foram surpreendidos com um intenso tiroteio por forças do governo próximo ao Posto 6. Dos 18 revoltosos, sobreviveram apenas os Tenentes Siqueira Campos e Eduardo Gomes. Foram gravemente feridos, hospitalizados, julgados pela Justiça Militar, condenados e presos na Escola de Aviação.

Em 1924, a Justiça Militar foi chamada a atuar na revolução paulista de 24, que visava à deposição do Presidente Artur Bernardes. As forças governistas foram vitoriosas e muitos dos integrantes do movimento tenentista se dirigiram para Foz do Iguaçu, onde se juntaram ao grupo que se deslocava do Sul liderado por Luiz Carlos Prestes, formando então a Coluna Prestes. Eles percorreram mais de 25.000 km nos anos de 1925 a 1927. Esse movimento saiu vitorioso em todas as 50 batalhas enfrentadas, porém não atingiu seus objetivos, que eram a deposição do Presidente e a implantação de um novo sistema de governo. Acabaram exilados na Bolívia e no Paraguai. Esse foi o maior movimento guerrilheiro da história do Brasil.

A crise política se intensifica com a Revolução de 1930, provocada pela quebra da política do café com leite pelo presidente Washington Luís ao indicar o paulista Júlio Prestes para candidato a Presidente da República, quando era a vez de Minas Gerais. Os gaúchos e os paraibanos se uniram aos mineiros contra os outros 17 Estados brasileiros e lançaram

Getúlio Vargas candidato a Presidente da República e João Pessoa, paraibano, ex-ministro do STM, para Vice, pela Aliança Liberal.

Em 1º de março de 1930, foram realizadas eleições para Presidente da República que, como se esperava, deram vitória ao candidato governista Júlio Prestes. Logo após a derrota nas urnas, foram retomadas as articulações para um movimento revolucionário.

Os homens do Forte de Copacabana, da Revolução de 1924 e da Coluna Prestes foram convocados a assumir o caráter impetuoso de uma nova Revolta. Os revolucionários ofereciam como primeiro ponto a anistia dos integrantes do movimento tenentista.

Nos primeiros dias de maio de 1930, o Capitão Luiz Carlos Prestes reuniu-se com os Tenentes Siqueira Campos e João Alberto em Buenos Aires (Juarez Távora não pôde comparecer, encontrava-se na Paraíba preparando o movimento) para decidir sobre a adesão ou não do movimento tenentista a essa revolta. Prestes disse que não gostaria de participar de uma Revolução ao lado daqueles que, em momentos anteriores, tinham sido seus inimigos políticos, como o mineiro Artur Bernardes, que se proclamava agora revolucionário ardoroso por Minas Gerais, e não iria participar pelo fato de ter se convertido ao comunismo.

Siqueira Campos e João Alberto foram favoráveis à adesão, e voltando ao Brasil, em uma aeronave de pequeno porte, foram vítimas de um acidente no Rio da Prata, sobrevivendo apenas o Tenente João Alberto.

Os três governos estaduais (Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba) com o suporte do movimento tenentista depuseram Washington Luiz pelas armas.

Deposto o Presidente, uns queriam que uma junta de "pacificadores" que, em um primeiro momento assumiu o governo, dirigisse o país até a sua reorganização, outros achavam que o poder deveria ser entregue ao líder revolucionário Juarez Távora. Góes Monteiro exigiu a chefia do Governo Provisório para Getúlio Vargas, que assumiu em 04 de novembro de 1930.

Muito embora houvessem transigido, ao consentir que Vargas assumisse o poder, os tenentes desfrutaram, ainda, durante os primeiros anos posteriores à Revolução, de um inegável prestígio. Os integrantes do movimento tenentista foram anistiados e nomeados para cargos importantes do governo. Getúlio dissolveu o Congresso, destituiu os governadores e nomeou interventores de sua confiança, sendo muitos deles tenentes.

Vejamos a avaliação da atuação do movimento tenentista na visão de um tenente que participou da Revolução de 30 e outra na visão do primeiro político da época,

O tenente Agildo da Gama Barata Ribeiro participou da revolução de 30 e, como Prestes, converteu- se ao comunismo e atuou ao seu lado na Intentona Comunista, quando foi condenado a 10 anos de prisão e perda da patente como capitão. Após cumprir a sentença, seguiu carreira política.

Afirmou Barata Ribeiro:

> Durante dez anos de árduas lutas, "Os tenentes" estavam em condições de conduzir vitoriosamente a luta no terreno militar e, nas frentes que atuaram, conquistaram, habilmente, a vitória no terreno das armas.

> Deposto o Presidente, "os tenentes" ficaram surpresos, espantados e incapazes de conduzir os acontecimentos políticos. "Não tinham um programa, não possuíam uma doutrina, não tinham uma organização e, a uni-los, havia apenas o desejo de conduzir os acontecimentos políticos".

Por outro lado, Virgínio Santa Rosa, o primeiro político a estudar o fenômeno do "Tenentismo", considerou a atuação do movimento decisiva para mudança da condução da política brasileira:

> [...] O Tenentismo, apesar das deficiências que possam ser erguidas aos seus principais dirigentes, representou um elevado papel. Foi ele o incontestável remexedor de ideias, o preparador da revolução espiritual que se seguiu à revolução armada. Graças à agitação provocada no nosso marasma partidário, o homem brasileiro sentiu a necessidade de uma política mais grandiosa e sem o tacanhismo e a miopia facciosa do passado.[...]

Para muitos historiadores, o maior erro de Getúlio na Revolução de 30 foi entregar ao pernambucano e líder tenentista João Alberto, o Governo do Estado de São Paulo. Assim, Getúlio acendeu o estopim da guerra e provocou a explosão do maior conflito militar do País no Século XX, a Revolução Constitucionalista de 9 de julho de 1932.

A Revolução Constitucionalista tinha por objetivo realizar novas eleições para Presidente da República, convocar uma assembleia nacional constituinte e uma nova Constituição. As forças Getulistas foram vitoriosas, não tivemos eleições para Presidente, mas o País voltou ao império da Lei.

Os paulistas não conseguem a adesão de um único Estado e resistem por dois meses. Os paulistas souberam fazer da sua, uma reivindicação nacional, por isso, embora esmagados, bem cedo viram os brasileiros o acerto de sua gloriosa e heroica luta contra a ditadura. Os rebeldes paulistas perderam nas trincheiras, mas comemoraram o sucesso de seus ideais. Tivemos a convocação da Constituinte e uma nova Constituição.

Os Constituintes elegeram Getúlio Vargas Presidente da República até outubro de 1937 e a Constituição de 34 inclui definitivamente a Justiça Militar da União na estrutura do Poder Judiciário Brasileiro. Foi também de grande importância para as Forças Armadas. Em face do crescimento do movimento comunista no Brasil, pela primeira vez uma constituição traz um capítulo dedicado à Segurança Nacional e trata da garantia da Ordem e da Lei.

Quando tudo parecia voltar à normalidade, o Brasil passou a viver uma época em que se enfrentavam comunistas e fascistas.

De um lado o comunismo, sob a direção do Capitão Revolucionário Luiz Carlos Prestes, aclamado presidente de honra da Aliança Nacional Libertadora, Partido criado sob orientação secreta do Partido comunista Brasileiro, que atuava na clandestinidade, cuja finalidade principal era deter o avanço da Ação Integralista Brasileira, por sua vez, criada em 1932, cujas ideias baseavam-se numa trilogia muito cara do espírito brasileiro: Deus, Pátria e Família. Assim, atendia as aspirações de uma camada conservadora brasileira, desejosa de um regime de hierarquia e disciplina, capaz de conter a infiltração vermelha.

Nesse cenário, Prestes articula e lidera um golpe militar apoiado nas massas: a Intentona Comunista de 35. A Justiça Militar da União foi severa ao julgar esse levante, que a partir dos quartéis, tinha por objetivo depor o Presidente Getúlio Vargas e instalar um novo Sistema de Governo. A intentona foi uma revolta mal coordenada que resultou em prisões, torturas e mortes no Rio Grande do Norte, Pernambuco e Rio de Janeiro, onde aconteceu a mais cruel das operações, na Escola de Aviação. O plano era a tomada dos aviões para bombardear a cidade. Muitos dos nossos militares foram covardemente assassinados, naquela madrugada, enquanto dormiam. O Comandante daquele Regimento de Aviação era o Ten Cel Eduardo Gomes, baleado na rebelião.

Getúlio Vargas, aproveitando-se da conjuntura, consegue aprovar no Congresso a declaração do Estado de Sítio em todo o país, do estado de guerra e a criação do Tribunal de Segurança Nacional, órgão da Justiça Militar para julgar crimes ocorridos no país em Estado de Guerra. O Tribunal de Segurança Nacional foi, inicialmente, composto por cinco magistrados: um do Exército, um da Marinha, dois Civis e o quinto a critério do Presidente, todos, indicados por ele. Esse Tribunal julgou os supostos comunistas envolvidos no levante de 35, entre eles Luiz Carlos Prestes. Foram criadas prisões agrícolas e navio-prisão para abrigar tantos prisioneiros. Foi um tribunal de exceção que durou até 1945 e que teve, na instância superior, o Supremo Tribunal Militar, atuando como fiel da balança de suas decisões.

Em 1936, o Deputado João Mangabeira, entre outros parlamentares, foi preso, acusado de atuar como um comitê parlamentar a serviço do líder comunista Luiz Carlos Prestes. Impetrou quatro Habeas Corpus, enquanto aguardava julgamento no Supremo Tribunal Federal, não obtendo sucesso.

Ao ser julgado pelo Tribunal de Segurança Nacional, foi condenado a três anos e quatro meses de prisão. Apenas quatro magistrados votaram em decorrência da declaração de suspeição de um deles. Dois votaram pela condenação e dois pela absolvição. Diante do empate, o Presidente votou uma segunda vez, pela condenação do deputado.

João Mangabeira entrou com pedido de habeas corpus no Supremo Tribunal Militar com o argumento de que a condenação aconteceu por meio de voto duplo do seu presidente. O Superior Tribunal Militar concedeu o habeas corpus, por unanimidade, com o fundamento do relator de que: "Não havendo maioria de votos de um Tribunal para levar um cidadão a prisão, esse cidadão tem o direito de ser livre."

Livre, Mangabeira volta ao Congresso e vai à tribuna enaltecer o papel do STM:

> [...] O Supremo Tribunal Militar subiu aos olhos da Nação à altura dos grandes tribunais, soberano nas suas decisões, sereno nos seus julgamentos, inflexível nas suas sentenças. De fato, não se amedrontou ante os fantasmas da reação. Não tremeu ante os duendes do comunismo, não recuou ante as ameaças do governo. Cumpriu seu dever, e cumprir o seu dever é a maior honra de um juiz ou de um tribunal dignos desses nomes.

É importante registrar que em 1937, Getúlio implantou no Brasil o Estado Novo e em 1941 cria o Ministério da Aeronáutica, assim as Forças Armadas passam a ser compostas por Marinha, Exército e Aeronáutica. Militares das outras forças foram, voluntariamente, transferidos para o recém-criado Ministério da Aeronáutica, que foi o caso do Brigadeiro Eduardo Gomes, oriundo do Exército Brasileiro.

Em 1942, o Brasil declara guerra aos países do eixo (Alemanha, Itália e Japão).

Mais uma vez o STM vai onde a tropa brasileira está em operação de guerra, atua no Teatro de Operações Europeu já com a presença da Força Aérea. A JMU acompanhou todos os movimentos das tropas brasileiras. O Conselho Supremo de Justiça Militar permaneceu em Nápolis, enquanto duas auditorias acompanhavam os movimentos da tropa. Foram julgados 271 processos, aplicou-se 164 sentenças, sendo destas duas penas de morte que foram comutadas pelo presidente Getúlio Vargas para 30 anos de prisão.

No campo político, a vitória das armas brasileiras foi tão importante quanto no militar.

Veja um comentário de Pedro Calmon sobre este tema: "Se em 1937 (instalação do Estado Novo) destilava autoritarismo, o Brasil de 1945 (fim da 2ª Guerra Mundial) alagava-se na democracia."

Getúlio, que implantava um regime a semelhança de Adolf Hitler e Benito Mussolini, refletiu que o fim desses líderes prenunciava a liquidação de todas as ditaduras.

No dia 8 de maio foi o final da II Guerra Mundial, e ainda em maio de 1945 Getúlio Vargas marca eleições para presidente.

Voltam os partidos e os exilados políticos.

E o interessante é que os chefes militares que coordenaram sua queda, coincidentemente eram os mesmos que lutaram pela sua ascensão: General Góis Monteiro, que depois se tornou ministro do STM, Eurico Dutra e o Brigadeiro Eduardo Gomes.

Getúlio, pressionado por esses militares, renuncia em 29 de outubro de 1945, assume Dr. José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal e General Dutra, em disputa com Eduardo Gomes, é eleito Presidente da República.

Com a Constituição de 1946, passamos a denominação atual de Superior Tribunal Militar.

Getúlio, em disputa com Eduardo Gomes, é eleito presidente em 1950. Teve como um dos seus maiores inimigos políticos Carlos Lacerda, proprietário do Jornal Tribuna da Imprensa, da UDN, partido de Eduardo Gomes.

Oficiais superiores da aeronáutica, em função de um suposto atentado a Lacerda, resolveram, voluntariamente, fazer a segurança de Carlos Lacerda, diariamente, após o expediente. No dia 05 de agosto de 1954, Maj Vaz, conduzindo Lacerda em seu carro, retornando de uma palestra, ao chegar à Rua Tonelero 180, Lacerda é baleado ao entrar em seu prédio residencial. Maj Vaz identifica o atirador à frente de seu carro. Desce, dá a volta por trás, entra em luta corporal, leva dois tiros no peito, chegando ao hospital Miguel Couto sem vida.

Foi uma verdadeira comoção na Aeronáutica. Inúmeros militares se dirigiram para lá, naquela madrugada, inclusive Eduardo Gomes, que, ao chegar, falou à imprensa: "Para honra da nação brasileira, confiamos que esse crime não fique impune".

Abriu-se um Inquérito Policial. Militares da Aeronáutica partiram para uma investigação paralela e, ao identificarem que o armamento usado no crime era de uso militar e por influência do Brigadeiro Eduardo Gomes, conseguiram a autorização do Presidente Getúlio Vargas para que o IPM fosse realizado pela Aeronáutica. O encarregado do inquérito foi o Cel Adil, da Base Aérea do Galeão.

Os profissionais de imprensa passavam o dia ali, em frente à Base, em busca de novas informações sobre o assassinato do Maj Vaz. Aquele local passou a ser chamado pelos profissionais da imprensa de República do Galeão.

Em muito pouco tempo de investigação, foram identificados todos os envolvidos no crime, do motorista do táxi que conduziu o atirador ao mandante do crime, Gregório Fortunato Chefe da Segurança de Getúlio, como também o antro de corrupção instalado no Palácio do Catete, de tráfego de influência a enriquecimento ilícito, a começar pelo chefe da segurança do Presidente. E esta foi uma das causas de um abaixo assinado pelos Oficiais Generais da Aeronáutica, encabeçada pelo Brig. Eduardo Gomes, acompanhado por oficiais generais das demais forças, exigindo a renúncia do Presidente Getúlio Vargas.

E esse foi um dos motivos do seu suicídio, ocorrido na manhã do dia 24 de agosto de 1954.

No dia 19 de setembro de 1954, a Aeronáutica conclui o IPM e no dia seguinte o Diário Carioca publica matéria trazendo elogios a Aeronáutica pelo seu resultado. Vejam esse Trecho:

> [...] Os rapazes da FAB, quando viram que faltava um companheiro a seu lado, organizaram-se em polícia e organizaram-se de modo como nunca houve no Brasil, uma polícia tão segura, tão decidida, tão sensata [...]. A Aeronáutica acaba de mostrar à Nação inteira que a impunidade, no Brasil, não é uma característica obrigatória do crime e sim um vício policial. Seria útil que se entregassem também à Aeronáutica a tarefa de examinar todas as situações equívocas, todos os casos inconclusos, todos os respeitáveis mistérios da República.[...]

A Justiça Militar da União desempenhou, também, um papel importante nos governos militares, de 1964 a 1985. Além dos crimes militares definidos em Lei, fomos designados para julgar os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional.

A primeira liminar em Habeas Corpus foi concedida pelo Ministro do Superior Tribunal Militar Almirante-de-Esquadra José Espíndola, no dia 31 de agosto de 1964, num momento em que os direitos fundamentais do cidadão estavam sendo cerceados pela conjuntura política do País.

A visibilidade alcançada pela relevância da missão atribuída, mais uma vez, levou a justiça militar a ser alvo de levianas e infundadas críticas. Diziam, até mesmo, que Justiça Militar estava ali para proteger os bmilitares e proteger torturadores, quando, na realidade, o STM foi o único Tribunal Superior a fazer um manifesto à nação, repudiando a tortura.

Esse pequeno trecho do manifesto assinado por todos os ministros exemplifica o que falamos:

> Nós juízes desta Casa, deste templo de Justiça, somos visceralmente contrários às torturas e sevícias aplicadas aos detidos, como um atentado à própria dignidade humana. [...]

É de se notar que, mesmo diante de tantas críticas, o STM recebeu inúmeros depoimentos de advogados ilustres da época apoiando-o em suas decisões, como o do Dr. Aliomar Baleeiro, Presidente do STF entre 1971 e 1973 que, em um de seus pronunciamentos, afirmou:

> O Superior Tribunal Militar é a prova viva do espírito de conciliação e entendimento do Brasil. É uma casa imune à intolerância, ao ressentimento e ao revanchismo. Isso só exalta o espírito de justiça que norteia essa Corte. E resulta da maturidade alcançada pela geração de brasileiros notáveis que aqui tiveram assento.

Temos, também, o testemunho de tantos outros advogados que ali atuaram em defesa de seus pacientes e foram unânimes em afirmar que este Tribunal julgou crimes, muitas vezes contra o governo brasileiro, pensando no melhor para o destino de nosso país.

O Dr. Sobral Pinto, atuante assíduo no STM, ícone da advocacia brasileira afirmou:

> O STM é o melhor Tribunal do país. (...) Nesta hora em que há um medo generalizado, e medo justificado porque ninguém está garantido quando agentes de segurança podem apanhar qualquer um e sumir com o cidadão, este STM não tem medo.

A sede do STM foi transferida do Rio de Janeiro, antiga Capital Federal, para Brasília em 1972 e inaugurada em 1973.

Dr. Heleno Fragoso, representando a OAB, quando da inauguração de suas instalações, assim se pronunciou:

> (...) São os advogados que conhecem mais intimamente o mecanismo de realizações da justiça, podendo julgar com precisão os méritos dos tribunais (...) O STM sempre cumpriu o seu dever de distribuir justiça com independência e serenidade, com observância dos princípios que governam o processo penal democrático, temperando o rigor da Lei de Segurança Nacional, que é excepcionalmente rigorosa, apontando incriminações vagas e superpostas com penas desproporcionais à gravidade do malefício. Essa lei poderia transformar-se num instrumento de tirania se não fosse aplicada com inspiração fiel aos princípios de legalidade democrática.

Trago um emblemático exemplo de como o Tribunal distribuiu justiça com independência e serenidade, com observância dos princípios que governam o processo penal democrático, eu me refiro ao tratamento dado por este Tribunal às greves.

Em 1978, houve um considerável aumento no número de greves no país, contra a política econômica de Geisel, especialmente no ABC Paulista. Geisel decide incluir a greve como um crime tipificado na Lei de Segurança Nacional.

Líderes sindicais foram julgados e condenados em 1ª Instância da Justiça Militar por atuarem nessas greves. Ao julgar suas apelações, os Ministros do STM entenderam que as

greves com vistas à melhoria de qualidade de vida não deveriam ser tipificadas na Lei de Segurança Nacional. Anularam aqueles julgamentos e os processos foram enviados para a Justiça do Trabalho.

Nossos abnegados antecessores nos deixaram a lição de como distribuir justiça com independência e serenidade, e é nosso dever, como magistrados, manter acesa a chama do espírito de conciliação e entendimento no Brasil.

CONCLUSÃO

Com isso, espera-se que todos possam compreender melhor os caminhos da História do Brasil que o conduziu o Superior Tribunal Militar ao patamar onde hoje se encontra. Foram muitos os momentos de tensão, de lutas e de vitórias que conduziram a Justiça Militar da União ao reconhecimento e ao respeito de toda a sociedade brasileira.

Com esse sentimento, espero ter possibilitado a todos uma viagem pela história e pelos feitos marcantes de nossa Justiça Militar, levando ao entendimento do quanto fomos, somos e seremos úteis ao povo brasileiro.

Para reflexão, fica a mensagem de Edmund Burke, advogado e filósofo irlandês do século XVIII.

"Um povo que não conhece a sua história está condenado a repeti-la."

OS DILEMAS DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Fernanda de Carvalho Lage[246]

RESUMO

O artigo se insere no campo da ciência política e pretende realizar digressões sobre os dilemas da democracia brasileira na atualidade. O debate do trabalho surge de questões relativas a como está a democracia brasileira, quais os riscos que parece enfrentar e se há especificidades no quadro brasileiro ou ele é somente mais uma incidência de um fenômeno de contornos globais. O primeiro dilema corresponde a como conciliar o resultado popular, de políticas de marcado espectro conservador, com a generosidade que decorre da Constituição de 1988. O segundo, refere-se à força restritiva que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal podem aplicar ao Poder Executivo, se este der vazão a todas as políticas propostas durante o período eleitoral. O terceiro dilema é como conciliar o uso massivo de novas oportunidades comunicacionais na internet com a democracia representativa. Conclui-se que são importantes desafios cujo manejo poderá afetar a saúde da democracia brasileira, e que requerem uma atenção especial e participação ativa da sociedade civil.

PALAVRAS-CHAVE: democracia brasileira; ciência política; tensões entre os poderes do Estado.

ABSTRACT

The article is part of the field of political science and intends to present three of the challenges of Brazilian democracy today. The work debate arises from questions about how Brazilian democracy is, what are the greatest risks it seems to face and whether there are specific points in the Brazilian context or it is just another incidence of a phenomenon with global contours. The first dilemma is how to reconcile the popular result, which chose conservative policies with the generosity that results from the 1988 Constitution. The second refers to the restrictive force that the National Congress and the Federal Supreme Court can apply to the Executive Branch, if it gives discharge to all the policies indicated. The third dilemma is how to reconcile the massive use of new communication opportunities on the internet with representative democracy. It is concluded that these are important challenges whose management may affect the health of Brazilian democracy, and that require special attention and active participation of civil society.

KEYWORDS: Brazilian democracy; political science; tensions between the powers of the State.

Reflexões iniciais

Está na moda dizer que a democracia, ao longo do mundo, está em risco. Países afora tem elegido governos que hostilizam a imprensa, discriminam imigrantes, prometem

[246] Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos sociais, econômicos e culturais pelo Centro Unisal. Professora do Curso de Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Advogada.

desproteger o meio ambiente, enaltecem um patriotismo de velha escola e o nacionalismo econômico, fazem pouco de políticas sociais e constrangem o Poder Judiciário. Líderes com carisma, não raro de fora da política tradicional, trazem prontas soluções para problemas complexos, capazes de granjear grande apoio popular, embora não pareçam corretas para, ao menos, minorar as dificuldades.

Um dos livros mais interessantes desta voga é o de David Runciman (2018), Professor de Política da Universidade de Cambridge. Em seu "Como a democracia chega ao fim", ele observa que um dos enigmas centrais da ciência política é esclarecer a perseverança da democracia, que é essencialmente uma questão de confiança: aqueles que correm o risco de perdas com o resultado de uma eleição precisam confiar que vale a pena a insistência até a próxima disputa eleitoral. Mas, muitas vezes, essa confiança acaba. E é então que a democracia desmorona.

Sua abordagem, atemorizada com o resultado da última eleição norte-americana, é baseada em três eixos: o golpe de Estado, a calamidade ambiental ou nuclear e as novas tecnologias de informação. Examina golpes de Estado na Grécia, Zimbábue, Egito e Turquia, narra os riscos do descuido com o meio ambiente e de uma guerra nuclear e discute a corrosão que as novas tecnologias têm produzido nos partidos políticos e na democracia representativa. Indica a força de algumas corporações, o primado da publicidade, a agressividade que transborda na internet e a divulgação de notícias falsas como perigos.

Da leitura do livro em questão sugeriu uma indagação: como está a democracia brasileira? Quais os riscos maiores que parece enfrentar? Há especificidades no quadro brasileiro ou ele é somente mais uma incidência de um fenômeno de contornos globais?

Faremos, então, digressões sobre alguns dos desafios da democracia brasileira. Três, exatamente. Não quer dizer que estes sejam os únicos, talvez nem os mais decisivos. Confia, entretanto, que são desafios cujo manejo poderá afetar a saúde da democracia brasileira. É, naturalmente, uma visão subjetiva.

O primeiro dilema é: como conciliar a voz das urnas, que escolheu políticas de marcado espectro conservador, quando não sectário, com a generosidade que decorre da Constituição de 1988. O segundo, se refere à força restritiva que o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal podem aplicar diante do Poder Executivo, se ele der vazão a todas as políticas que indicou pretender. O terceiro dilema e desafio é como conciliar o uso massivo de novas oportunidades comunicacionais, na internet, com a democracia representativa.

Primeiro dilema: política conservadora e constituição igualitária

O resultado das eleições brasileiras causou espanto para a maioria das pessoas. A voz conservadora assomou para o protagonismo e se revelou majoritária no momento de apuração dos votos. As circunstâncias excepcionais que permitiram a vitória podem tê-la apressado, mas não servem como explicação estrutural para tal resultado. Ocorreu, no Brasil, a junção, não comumente esperável, de duas vertentes do conservadorismo: o moral e o econômico. Por conservadorismo moral, muitos entendem a afirmação de que as relações afetivas devem guardar a figura tradicional, de homem e mulher, biologicamente definidos, de que a educação ética deve ser feita exclusiva ou preferentemente pela família, e não pela escola, de que as mulheres devem ser respeitadas, conquanto admitam um papel subalter-

no no quadro familiar e profissional. Esse tradicionalismo não vê, em sua maioria, na perspectiva de alteração da relação entre classes sociais uma condição necessária para a busca da realização pessoal da felicidade. Acredita que comunidades minoritárias e tradicionais não devem merecer proteção estatal, sendo essencial assegurar, com o critério do mérito pessoal, a livre disputa de todos por posições na sociedade. A responsabilidade pessoal é explicação suficiente para condutas desviantes, reservando-se para os desviantes e criminosos, as penas duras da lei. Já o conservadorismo econômico ataca soluções voluntaristas, socialistas e comunitaristas, trazendo visões limitativas, em graus variados, da intervenção estatal na economia. Sustenta a propriedade privada dos meios de produção, a liberdade de empreender, o livre mercado. Aceita, com distinções, apenas a atividade regulatória do poder público. Maldiz políticas industriais, intervenções no câmbio, barreiras comerciais, subsídios estatais e empréstimos generosos a setores específicos. Incrementar a produtividade é o caminho para gerar riquezas, ainda que isto se dê ao custo do perecimento de empresas menos bem-sucedidas. Mira o equilíbrio fiscal e vê nos gastos sociais as razões pelas quais a economia brasileira vai muito mal, sem olvidar, claro, dos custos enormes do poder público com seus próprios funcionários. Esse conservadorismo econômico é indistinguível do *liberalismo.* Optaram por chamá-lo conservadorismo apenas para realçar a proximidade, algo excêntrica, que veio a encetar com o conservadorismo moral. Afinal de contas, o *liberalismo* é contra políticas moralizantes em relação a comportamento, sexo, crimes e drogas. O liberal propriamente dito sequer aceita a confusão entre religião e espaços públicos e não encoraja o Estado a definir como a pessoa se identifica ou age sexual ou afetivamente, desde que a liberdade de cada qual seja respeitada. Nem se pode dizer que o liberalismo, ao menos na versão europeia, seja infenso à proteção do meio ambiente.

A junção destes dois conservadorismos é uma das explicações para o êxito da chamada direita nas eleições brasileiras, depois de dezesseis anos de alternância entre centro e centro-esquerda. O conservadorismo de igrejas e de setores da classe média, e o liberalismo dos empresários e de parte da classe média alta, uniram-se para dar novo rumo ao quadro político. Não é intenção deste estudo perquirir das razões que facilitaram essa aproximação. É certo, porém, que a pauta moral do combate à corrupção uniu-se à pauta econômica, que via no favorecimento de certas empresas um ataque à livre concorrência. Por igual, a "crise de representatividade", na qual parlamentares eleitos e partidos amorfos mostram-se dissociados do interesse dos representados, favoreceu o ambiente no qual respostas de perfil empresarial mostraram-se mais sedutoras do que loas às mudanças sociais.

Assim a liberação do uso das armas, a repressão incontida ao uso de drogas, a polícia inclemente, a recusa à aceitação da diversidade de gênero, a desconfiança diante da aventada doutrinação escolar, uniram-se à defesa do tripé macroeconômico (metas de inflação, equilíbrio fiscal e taxa de câmbio livre), da privatização e das reformas trabalhista e previdenciária.

O problema é que parte destas pautas esbarra na clara e insofismável postura da Constituição em prol da igualdade e do meio ambiente. Não é preciso viajar muito pelo texto constitucional para constatar que a igualdade mereceu tratamento reiterado e intenso.[247] Além disso, a promoção da igualdade supõe a capacidade de estabelecer diferenças

[247] Alguns exemplos: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."; 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

em prol de setores que, por razões históricas, sociais, econômicas e culturais, não estão em condição de concorrer em paridade de condições, as chamas ações afirmativas. Elas incluem questões como gênero, identidade sexual, raça, situação econômica, idade, deficiência... É uma pauta identificada como "progressista", ainda que pudesse ser em boa parte aceita pela opinião liberal de talhe europeu. Pontos fulcrais desse conflito se apresentam nos custos orçamentários das políticas capazes de reduzir a desigualdade. Como não gastar para prover um mínimo de existência digna e igualdade?

A Constituição, como toda a norma jurídica, nasce em seu tempo. Muito já se disse que, em 1988, olhou-se para o passado, ditatorial e com forte desigualdade social, para indicar quais seriam, para o futuro, as metas de nossa civilização. Disso decorreu a democracia e o caráter humanitário de nossas obrigações com a proteção e a assistência social. Esse futuro chegou, trinta anos passados. Quedamo-nos ainda democráticos, mas desiguais como sempre. O que deu errado?

A solução consagrada nas urnas indica que podemos ter subestimado a selva econômica em que se tornou o mundo globalizado. A economia demanda arranjos para se defrontar com a concorrência internacional e as necessidades de gerar pleno emprego e riqueza.

Em livro de estudos sobre a obra do economista indiano Amartya Sen, apontamos que, para ele, a globalização não é uma maldição, bem como não é nova, nem começou liderada pelo ocidente. Consiste em um fenômeno que permitiu o enriquecimento científico e tecnológico e que, por milhares de anos, tem contribuído para o progresso do mundo por meio da viagem, do comércio, da migração, da difusão de influências culturais e da disseminação do conhecimento e do saber.

Entretanto,

> [...] há necessidade de "discriminações econômicas", para fazer com que a forma da globalização se torne menos destrutiva para o emprego e o modo de vida tradicional e para gerar uma transição gradual. Para tanto, é preciso que haja oportunidades para um novo preparo profissional, oportunidades de qualificação das pessoas ao novo mercado de trabalho e a criação de redes de segurança social para aqueles que foram prejudicados pelas bruscas mudanças. (apud LAGE, 2016, p. 164)

As reformas econômicas não podem ser condenadas, aprioristicamente, antes de sua razoabilidade ser divisada. Em algum momento, porém, o plano constitucional precisa se soerguer, ao menos para oferecer, como vetor, a chance de escaparmos da pobreza e da marginalização. Capitalismo aceita a desigualdade, mas não viceja diante de gente que mal tem para viver, quanto mais para consumir. Não podemos desistir da luta pela igualdade: se há um marco civilizatório que precisamos atingir, é esse.

à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;(...)"; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais;"; "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)"

A relação entre democracia e igualdade é umbilical, mas o Brasil tem se tornado mais desigual. A questão da educação pode muito bem ser a chave para a sobrevivência das pessoas num mundo com menos emprego e mais exigências. Nesse ponto, é preciso indicar que nosso país tem falhado desde sempre. Reportagem de "O Estado de São Paulo" de junho de 2019 indica que um "Mutirão de Emprego", promovido pelo Sindicato dos Comerciários de São Paulo deixou de preencher 60% das vagas oferecidas por empresas. Segundo a matéria, isso se deveu à "dificuldade de se expressar, de fazer contas, falta de conhecimentos básicos em informática e inglês e poucos anos de estudo."[248]

A questão não é singela. Em seu livro "O Capital no Século XXI", Thomas Piketty (2013) demonstra que a desigualdade tem aumentado no mundo todo e que a razão para isso é que a taxa de retorno sobre negócios e investimentos de quem já tem muito dinheiro é maior do que os ganhos de quem depende do crescimento econômico. Sua fórmula "r >g", sendo "r" o crescimento da riqueza e "g" o da economia, se tornou famosa. Em síntese, não basta o crescimento econômico para redução da desigualdade. O que ele propõe é aumento de impostos, para os mais ricos, hipótese necessária, mas de mui difícil viabilização em nosso país.

Quanto à pauta do conservadorismo moral, porém, não parece haver qualquer conciliação possível. A Constituição é aberta, diversa, livre, dialogal. Não convive bem com sectarismos, únicas opiniões, preconceitos e intolerâncias. Ainda que cada qual possa impor, a si mesmo, um padrão ético-moral, de matriz filosófico ou religioso, não pode o Estado, formado pela pluralidade de seus cidadãos, agir como inimigo da diversidade.

A maioria obtida nas urnas não esmaece a proteção constitucional da autonomia privada, pois isso seria equivalente a abdicar do direito à liberdade de conduzir a própria vida – sem violência ou afetação a terceiros – do modo como se preferir. O direito de formar maiorias não implica em erradicar o direito das minorias. Versão que reduza a democracia à formação de maiorias deixa escapar a essência dessa forma de governo e organização social.

Nesse sentido, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2018) defende que não há democracia sem respeito às minorias e opções minoritárias. E enfatiza, ainda, que isso ocorre não só porque as maiorias são voláteis e podem se invertem com a passagem do tempo ou porque podem ser maiorias apenas dentro de um paradigma. Assim, o dissenso e a formação de minorias são elementos essenciais do conceito de democracia.

Quando programas intolerantes, agressivos, de viés totalitário e personalista vierem dos governos para os cidadãos, as instituições republicanas devem oferecer resistência. É aqui que entra o segundo dilema que nos propomos a descortinar.

Segundo dilema: O Poder Legislativo e o Poder Judiciário são capazes de agir como limitadores?

Repete-se, incansável e esperançosamente, que a separação dos poderes traz um sistema de freios e contrapesos, apto a evitar abusos. O que começa num poder, prossegue

[248] O ESTADO DE SÃO PAULO. "Sem qualificação, parte dos brasileiros não consegue ocupar vagas básicas-DE CHIARA Márcia; GRAVAS, Douglas. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-qualificacao-parte-dos-brasileiros-nao-consegue-ocupar-vagas-basicas, 70002852842>. Acesso em: 04jun2019.

no outro; cada um consegue interferir nos desígnios dos demais. É como um motor amaciado de um automóvel, capaz de entregar força modulada, sem excesso de gastos de combustível e sem fraquejos. É a harmonia e a independência dos poderes, consagrada no artigo segundo da Constituição.

Mas os tempos e os ritos da política são diversos. Não é uma fábrica, escritório ou repartição. É uma caixa de percussão, na qual interesses são defendidos e pontos de vista debatidos, com a heterogeneidade cultural e social de um país com oito milhões de quilômetros quadrados e duzentos milhões de habitantes.

O problema real é que os partidos políticos no Brasil têm sido erráticos, sem ideologia definida, sem atuação uniforme, com pouca transparência nos interesses que defendem, muitos deles prontos para comercializar essa defesa. A fragmentação partidária é, nas palavras de Jairo Nicolau (2012), a maior do mundo. Embora noutros países o número de partidos possa até ser maior (caso da França e dos Estados Unidos), o sistema eleitoral deles funciona como um filtro, assegurando lugar apenas àqueles poucos que tenham obtido votação significativa. A negociação feita pelos governos para obter maioria no Congresso Nacional – e assim, aprovar propostas normativas – esteve no centro da corrupção política do país por muito tempo.

Bem, que os governos sejam hábeis. O que interessa nesse escorço é saber se este Poder Legislativo algo desprestigiado e fragmentado pode ter a coragem e a altivez para barrar medidas sectárias, mesmo se espelharem opiniões momentaneamente majoritárias. Ou se ele, inserindo-se no mesmo fenômeno que levou à vitória eleitoral no Poder Executivo, chancelará medidas divisionistas e estreitas.

Há razões para pessimismo e para o otimismo. A contenção de pautas exclusivistas tem dependido mais das falhas no ataque majoritário do que da força da defesa minoritária. O temor é que, se o time da maioria se entrosar, o Poder Legislativo não conseguirá funcionar como força de contenção. Até hoje – julho de 2019 - o Congresso Nacional não definiu o direito de greve dos servidores públicos, o casamento entre pessoas de mesmo sexo e a proteção penal contra a homofobia. Pode ser também que, no final de contas, não concorde com nada disso.

O bicameralismo do Congresso Nacional ajuda. Permite que o Senado seja uma casa de moderação, suavizando arroubos da Câmara. O quórum qualificado para as emendas constitucionais dificulta que maiorias ocasionais mudem todo nosso fundamento normativo. Os prazos alongados da apreciação dos projetos legislativos dificultam o ímpeto de por a casa abaixo para fazer outra. Ao menos no plano das normas.

A mobilização da sociedade civil é uma grande razão para o otimismo.[249] A dinâmica própria da eleição legislativa não permite que os parlamentares se fechem, integralmente e por todo o tempo, em relação ao que a sociedade pleiteia. Quando expressivos contingentes de estudantes vão às ruas em prol de melhorias na educação, até o mais empedernido deputado começa a se questionar se, afinal, tem chances de reeleição. Há um povo ainda muito pobre, de maioria negra e feminina que se descobre, aos poucos, senhor de grande

[249] Aqui incluímos o papel do Ministério Público. Ao lado de instituições como a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados e outras, o *Parquet* tem autorização constitucional para demandar, junto ao Poder Judiciário, o respeito aos direitos. Sua atuação influencia, por igual, o ânimo dos parlamentares. É uma boa interação.

força eleitoral. Ainda que não se possa atribuir a esse segmento um ideário "progressista", sua insatisfação com o estado de coisas pode levar membros do parlamento a uma posição mais desconfiada em relação a pautas moralistas.

O prognóstico é um empate. O Congresso Nacional estará à altura das promessas constitucionais de igualdade e diversidade em um bom tanto de vezes e não estará em outras. Isso não arruinará nossa Constituição, mas vai deixá-la, muitas vezes, atônita.

Então, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel de defensor da autonomia privada, das minorias e das liberdades. Ele tem feito isso, é preciso reconhecer. A pauta de realizações do Supremo Tribunal Federal é notável: proibiu o nepotismo, julgou e condenou corruptos dos mais variados partidos, regrou o direito à união homoafetiva, permitiu pesquisas com células-tronco, descriminalizou o aborto no caso do feto anencefálico. Discute se o uso de drogas pode se inserir na autonomia privada e se o direito da mulher prevalece, nos três primeiros meses da gestação, em face das expectativas do nascituro. Essa atuação, mesmo em governos anteriores, gera viva tensão, como relata Oscar Vilhena Vieira (2019).

Entretanto, desarmonioso é o espetáculo das seguidas decisões monocráticas, muitas vezes contrárias às maiorias que já se formaram no plenário da Corte. Precisamos conjurar o medo de que a Corte, *sponte propria*, contribua para espasmos autoritários. Não há de ser assim, ao menos no colegiado.

Outro conflito é a Corte muda a cada vez que sai um ministro e entra outro. É justamente uma daquelas situações de pesos e contrapesos, pois o Chefe do Poder Executivo tem o direito previsto na Constituição de indicar o novo membro, a ser aceito pelo Senado Federal.

Alguém poderia objetar que os Ministros precisam julgar sempre de acordo com a Constituição e que ela – e não eles – é que representa a força de contenção. O problema é que a Constituição precisa ser interpretada. A situações supra indicadas, nas quais o Tribunal procedeu a interpretações vivificadoras da ordem constitucional, ainda que controversas, abriram caminho para que interpretações com a mesma largueza, mas de diferente perfil ideológico, possam vir a lume. Reproduzimos aqui o conhecido chiste sobre debate entre originalistas (que procuram zelar pelo ideário de quem fez a Constituição) e não originalistas (que procuram atualizar referido ideário): queremos um tribunal imaginativo quando a interpretação atualizadora da Constituição coincide com nossos presentes interesses e um tribunal rigorosamente positivista no caso contrário.

Nossa confiança no Supremo é boa. Ele estará à altura da defesa constitucional, sem incorrer em ingerência indevida nos espaços decisivos próprios dos outros poderes.

Entretanto, conforme narra Felipe Recondo, em seu "Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar": "O tribunal conviveu com a ditadura militar. Não tinha capacidade para fazer sua agenda. E não foram os casos de liberdade civil que dominaram a pauta de 1964 a 1974. Esses processos esporádicos chegavam ao tribunal pela via do habeas corpus e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura" (2018, p. 21).

A Corte mudou, a Constituição mudou, os tempos mudaram. A força da jurisdição, porém, pode não ser tão grande quanto esperamos e precisamos.

Terceiro dilema: As novas tecnologias de comunicação e os desafios da liberdade de expressão

As novas tecnologias permitiram uma liberdade de informação e comunicação sem precedentes na história. Certos temores, muito fortes na juventude deste signatário, parecem se esmaecer. Temia-se o monopólio que alguns grupos econômicos e familiares tinham dos meios de comunicação de massa. Era sempre aquela emissora de televisão, aquele jornal, aquela rádio. Lutava-se para ter uma comunicação autônoma, autêntica, capaz de iluminar outros aspectos da realidade, capaz de apresentar uma visão do mundo que não fosse tão estática e interesseira. Agora, qualquer jovem com um celular mediano é capaz de obter mais informação do que toda a que estava disponível para os letrados quinze anos atrás. Mais do que isso, ele consegue divulgar, a um número indeterminado de pessoas, suas próprias visões sobre as coisas ou, ao menos, as visões que ele concorda. Ele se informa, opina, argumenta, briga, expõe, contesta, *compartilha* e aprova ou desaprova conteúdos que podem lhe chegar de qualquer parte. A imprensa tradicional definha. Os jornais, são lidos por poucos. É fácil trocar de canal, para um sem número de outros. Existem páginas de buscas, de imagens, de músicas, de vídeos, podcasts, blogs... um universo inteiro na palma da mão.

Mas os melhores sonhos trazem, sob a superfície, marcas de pesadelos. Essa gigantesca facilidade de informação e comunicação, melhorou a democracia?. David Runciman traz uma excelente síntese deste dilema:

> As redes sociais conferiram uma aparência de falsidade à democracia representativa. As versões falsas que existem na internet nos parecem mais reais. Por enquanto, destruímos uma coisa sem saber como substituí-la. O único substituto que temos é uma versão esvaziada do mesmo que tínhamos antes. A máquina perdeu. A máquina venceu.
> Olhamos agora com receio para os grupos econômicos que controlam o acesso a estas informações e comunicações, bem como para a possibilidade de que estejamos sendo vigiados e monitorados a cada vez que damos um "like", expostos em nossas escolhas individuais. Mas, principalmente, nos assustamos com o conteúdo das informações que tanta gente parece se comprazer em buscar e disseminar. Mais do que isso: ficamos espantados com o teor mesmo da opinião de muita, mas muita gente. (2018, p. 161)

O impacto dessas novas possibilidades comunicacionais nas eleições foi avassalador. Maior tempo de televisão e rádio, ao contrário do que costumava acontecer, não significou vitória. A imprensa, aquela mesma da qual sempre se desconfiou, passou a ser fonte de verificação das informações trazidas pelas mídias sociais. A democratização dos meios de comunicação social veio, aparentemente, atrapalhar a democratização institucional da sociedade brasileira. Não há volta.

A tecnologia não anda para trás. Precisamos nos acostumar com o impacto dessa democracia direta, desse acesso comunicacional, entendendo que a internet é a nova Ágora. Se ela tem sido protagonista em falas sectárias e discriminatórias, temos que ver o quanto de realidade sobre nossa sociedade ela traz e o quanto é singela manipulação. Quem primeiro compreendeu o alcance desse *brave new world*, ganhou as eleições. Se quisermos que esses caminhos fluam para mares democráticos, teremos que aprender como fazer isso, com tecnologia.

Pela primeira vez, nos países de grande população, a perspectiva da democracia direta se apresenta diante do quadro da democracia representativa. Ouvir a cidadania com mais frequência já não se mostra tão difícil. O eleitor do futuro votará seus plebiscitos e referendos pelo celular e escolherá os candidatos aos cargos representativos do mesmo modo.

A internet deu força às maiorias, assim nos parece. Considerando que esta maioria pode bem ter opiniões extremistas, baseadas em premissas falsas ou manipulações de toda ordem, *aumenta* a necessidade dos anteparos contramajoritários. O governo do povo pelo povo pode estar mais próximo do que imaginávamos, mas isto pode assustar.

Precisamos terminar esse estudo numa perspectiva otimista, mas temos pouco espaço. A solução que apresentamos é um pouco embaraçosa, pois parece uma verdade autoevidente. Haverá quem diga que ela é elitista. A manutenção da plena democracia pode depender de avanços que fizermos na educação pública. Esse avanço será o melhor anteparo, a melhor medida protetiva, o mais hábil contrapeso, a melhor chance de que a democracia se aperfeiçoe e permaneça. Ele dificultará que a mentira prevaleça, não importa de onde ela seja divulgada. Trará chances a um grande número de pessoas que hoje vive desempregada, em subemprego ou exerce profissões que poderão ser arrasadas pelo progresso tecnológico ou pela competição econômica entre países. O mau estado da educação no Brasil é uma das peculiaridades de nosso debate político e econômico e, infelizmente, um ponto que pode fazer a balança pender para *rendez-vous* autoritários e divisionistas. Ela oferece caminhos para a solução dos três dilemas que ousamos apontar para nossa democracia.

Considerações finais

Há riscos para a democracia no Brasil. O governo foi eleito com pautas que podem sugerir desatenção constitucional. Embora o pêndulo ideológico dos exercentes do poder seja salutar, há riscos de que um certo moralismo comportamental venha a esmaecer a autonomia privada, a ciência e o secularismo. As mudanças econômicas, conquanto sejam imprescindíveis, não podem descurar da tarefa de redução da desigualdade, socialmente desastrosa de nosso país. Tampouco se pode relegar a proteção ambiental às calendas gregas. A contenção de poderes governamentais, seja pelo Congresso, seja pelo Supremo Tribunal Federal, pode se tornar o fio de Ariadne para escaparmos do Minotauro do autoritarismo. A internet resolveu um problema e criou dois. Democratizou o acesso à informação e à difusão das opiniões, revelando, porém, pendor para influenciar o debate público com soluções aligeiradas ou diretamente falsas, esmaecendo o prestígio das Casas parlamentares. As mídias sociais não têm se revelado campeãs na promoção do modo negociado de resolver conflitos sociais e distributivos.

Robert A Dahl faz um resumo das vantagens da democracia. Para ele:

> A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos;
> A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar)
> A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável;
> A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas;

> Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha; Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral;
> A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável;
> Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política;
> As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras;
> Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos. (2016, p. 73/74)

Acrescentamos outra vantagem, por nossa própria conta e risco: a democracia é um regime mais elegante. Poupa-nos do espetáculo vulgar dos tiranetes, ditadores e autocratas, espargindo a própria ignorância como se fosse um halo. Se elegermos, num acaso do destino, quem seja assim, a própria democracia nos indica como proceder: devemos, institucionalmente, contê-lo e, na próxima vez, eleger alguém diferente.

Mantemos o otimismo. A democracia custou muito para ser instaurada no Brasil e não convém desistir de sua defesa e proteção. A sociedade civil organizada – ainda que fora de partidos – é o acervo de onde serão trazidas as soluções para nossas crises, entre elas a revolução educacional tão necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2016.

DE CHIARA, Márcia; Gravas, Douglas. In: **O Estado de São Paulo**. "Sem qualificação, parte dos brasileiros não consegue ocupar vagas básicas. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-qualificacao-parte-dos-brasileiros-nao-consegue-ocupar-vagas-basicas,70002852842>. Acesso em: 04jun2019.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 3 ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2018.

LAGE, Fernanda de Carvalho. **Democracia, liberdade e Direitos Humanos –** Os postulados teóricos de Amartya Sen. Lisboa: Chiado Editora, 2016.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil –** Do império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2013.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas**: O STF e a Ditadura Militar . São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**. Tradução de Sérgio Flacksman. São Paulo: Editora Todavia, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

O COMPROMISSO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO COM A VALORIZAÇÃO DA MAGISTRATURA MILITAR FEDERAL

Fernando Pessôa da Silveira Mello[250]

"O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons".
Martin Luther King

RESUMO

Homenagem. Ministro Presidente. Aposentadoria. Magistratura Militar Federal de Carreira. Composição do Superior Tribunal Militar e demais Tribunais Superiores. Composição dos Tribunais de Segundo Grau. Necessária Valorização da Carreira. Evolução. Progressos Alcançados. Metas a Alcançar. Reconhecimento do Passado e Prospecções. Futuro da Justiça Militar da União.

PALAVRAS-CHAVE: Superior Tribunal Militar. Ministro Presidente. Magistratura Militar. Composição. Escabinato.

ABSTRACT

Tribute. Chief Justice. Retiremente. Federal Military Career Judges. Compositition of the Superior Military Court and other Superior Courts. Composition of the Appeal Courts. Career Enhancement Required. Evolution. Progress Achieved. Goals to Achieve. Recognition of the Past and Prospects. Future of The Federal Military Justice.

KEYWORDS: Superior Military Court, Chief Justice. Military Judges. Composition. Escabinate.

Foi com muita honra e regozijo que recebi o convite, formulado pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, para participar da presente obra coletiva em homenagem ao Ministro General de Exército Luis Carlos Gomes Mattos, cuja mais que brilhante trajetória profissional e pessoal não se restringe apenas ao sucesso de sua judicatura na Justiça Militar da União por mais de 10 anos, da qual se despede no ponto mais alto, a Presidência, mas também no Exército Brasileiro, onde deu seu primeiro passo como praça em 14 de abril de 1964, aluno da Escola Preparatória de Cadetes.

---

[250] Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público/DF. Especialista em Direito Público. Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Ex-Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Juiz Federal da Justiça Militar. Ex-Procurador de Estado (Procurador-Chefe junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Ex-servidor do Supremo Tribunal Federal (assistente jurídico de Ministro – STF) e do Ministério Público Federal (assessor de Subprocurador-Geral da República – PGR). Professor universitário.

Oriundo da arma de Infantaria, o homenageado possui Curso de Comando e Estado-Maior do Exército Brasileiro, Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia Aeroespacial e Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais na Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército Brasileiro. É graduado pela Academia Militar das Agulhas e exerceu, dentre outras, as funções de Comandante Militar da Amazônia, Chefe do Departamento de Ciência e Tecnologia do Exército Brasileiro, Vice-Chefe do Estado Maior do Exército Brasileiro, Comandante da Brigada Paraquedista do Exército Brasileiro e Comandante da 6ª Brigada de Infantaria Blindada – BIB.

E, chegado esse momento de despedida do Superior Tribunal Militar, nos é válido refletir também sobre os avanços da Justiça Militar da União, alguns já alcançados e outros tantos em andamento – e cujos esforços do General Mattos tive o privilégio de figurar como testemunha ocular e espiritual.[251]

A Justiça Militar da União, como sabemos, é a Justiça mais antiga do Brasil, contando, atualmente, com 214 (duzentos e quatorze) anos de existência, tendo sido criada em 1º de abril de 1.808, pelo Alvará com força de lei expedido pelo Príncipe Regente Dom João VI, que criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça.[252] Ainda assim, é uma Justiça desconhecida até mesmo pelos operadores do Direito, o que se mostra um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo que é a Justiça mais antiga do país, é o ramo da Justiça menos conhecido dos brasileiros, e cujo panorama é nosso dever transformar.

E quem conhece a história dessa Justiça tem certeza que ao longo de toda a sua existência, a Justiça Militar demonstrou os mais importantes e indispensáveis predicados da boa e justa prestação jurisdicional: a obediência à Constituição e às leis, a imparcialidade, o bom senso e o respeito à pessoa humana. Vale lembrar que foi justamente no âmbito da Justiça Castrense que se reconheceu, de forma pioneira na história do Poder Judiciário brasileiro, a possibilidade de concessão de liminar em *Habeas Corpus*, em 31 de agosto de 1964, pelo Almirante de Esquadra José Espíndola,[253] [254] durante o regime militar.

É também necessário reconhecer que nos últimos anos houve grande e profunda modernização Leis 13.491/2017 e 13.774/2018. A primeira, ao ampliar a competência penal,[255] e a segunda, ao fixar a competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis e militares em coautoria com civis e determinou a competência desses Juízes civis togados para presidir os Conselhos de Justiça.[256]

No entanto, ainda há muito mais a ser conquistado. Isso porque, em passo contínuo, imperiosa a ampliação da competência da Justiça Militar da União para julgar as ações judi-

---

[251] Por dever de lealdade, faço o seguinte registro: desde o meu ingresso na Magistratura, em 15/10/2015, todos os Presidentes do Superior Tribunal Militar desempenharam relevantes e imprescindíveis papéis para o aperfeiçoamento da Justiça Militar da União, Ministros Tenente Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros, José Coêlho Ferreira e Almirante de Esquadra Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

[252] ROSA FILHO, Cherubim. **A justiça militar da União através dos tempos**: ontem, hoje e amanhã. 3 ed. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2015, p. 14.

[253] https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5596-legado-ao-judiciario-primeira-liminar- -em- habeas-corpus-no-brasil-foi-dada-no-superior-tribunal-militar. Acesso em: 31/05/2021.

[254] *Habeas Corpus* impetrado por Arnold Wald em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes. Referência histórica importante do pioneirismo, independência e respeito à dignidade da pessoa humana: HC n. 27/27.200/ Estado da Guanabara, Rel. Min. Alte. Esq. José Espíndola.

[255] Art. 9º, II, do CPM. Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

[256] Art. 30, da LOJMU. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: I-A presidir os Conselhos de Justiça.

ciais que tratem de infrações disciplinares e matéria administrativa, previstas no art. 142, parágrafo 3º, X, da CF/88, bem como a inserção de um Ministro e um Juiz Federal da Justiça Militar na composição do Conselho de Nacional de Justiça,[257] objeto da PEC 21/2014,[258] que corrigirá o *silencioso esquecimento* da EC 45/2004 e reposicionará essa Justiça na representatividade do Poder Judiciário Nacional em simetria com a matriz do Constituinte de 1988.

Isso porque o Conselho Nacional de Justiça tem por função precípua afigurar-se como órgão responsável pela atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como pela fiscalização dos deveres funcionais de juízes e servidores, zelando pelo acesso à Justiça. Foi um marco positivo no processo de reformas constitucionais levado a efeito pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, ampliando a transparência e o próprio desempenho da atividade jurisdicional.

Uma simples e rápida leitura do art. 103-B da Constituição Federal, nos permite concluir que no mencionado Conselho há ampla representação institucional, valendo destacar que a Magistratura Nacional faz-se representada por vários ramos e por diferentes instâncias: Justiça Federal Comum, Justiça Estadual Comum e Justiça do Trabalho, em um total de 9 (nove) magistrados,[259] pendentes, apenas, magistrados da Justiça Militar.[260]

É uma lacuna lógica e sistêmica que demanda a reforma constitucional para que sejam respeitadas as especificidades e particularidades existentes na Justiça Castrense, jurisdição altamente especializada. A composição plural do Conselho Nacional de Justiça não deve revestir-se de caráter seletivo, pelo contrário: deve ir além, ser efetiva e real.

Ainda no patamar constitucional, vale a reflexão acerca do aumento da representatividade da magistratura de carreira no âmbito do Superior Tribunal Militar: apenas 1 (um) ministro oriundo da carreira da magistratura,[261] ou seja, apenas 7,5% (sete e meio por cento) da Corte Superior Castrense, em total descompasso com os demais Tribunais brasileiros, tanto com os Superiores como com os de Segundo Grau.

A falta de representatividade da magistratura militar na estrutura da Justiça Militar da União, além de não encontrar paralelo em qualquer outro tribunal ou ramo do Poder Judiciário, não se coaduna com a prestação jurisdicional contemporânea após mais de 30 (trin-

---

[257] É indiscutivelmente falacioso o argumento de que a Justiça Militar não deveria ter representantes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça em razão do pouco quantitativo de magistrados de carreira e de volume processual: a representatividade no referido Conselho não deriva do quantum de membros das respectivas instituições, mas sim de uma representatividade institucional. Não fosse assim, deveria existir, a título exempli- ficativo, um número maior de cadeiras para a Justiça Estadual em detrimento da Justiça Federal, bem como um número muito maior de assentos reservados à Ordem dos Advogados do Brasil do que à própria Magistratura.

[258] Atualmente arquivada, mas cuja proposição pode e deve ser objeto de nova Proposta nos termos já aprovados pelo plenário do Superior Tribunal Militar em sessão administrativa.

[259] Além, é claro, de 2 (dois) membros do Ministério Público, 2 (dois) advogados e 2 (dois) cidadãos.

[260] Vale mencionar que a Justiça Eleitoral não possui quadro permanente de magistrados em decorrência de sua composição temporária, característica que a distingue dos demais ramos permanentes (enquanto composição) do Poder Judiciário.

[261] Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

ta) anos de vigência da Constituição Federal de 1988, cuja vontade soberana do povo foi a de fortalecer as instituições de salvaguarda da democracia, entre elas, o Poder Judiciário, o que se dá, dentre outras medidas, pela ampliação de assentos de magistrados de carreira nos Tribunais do país.

E, nesse ponto da estrutura de composição do Tribunal Superior Castrense, não há crítica ao sistema do escabinato, pelo contrário: reconhece-se expressamente a imperiosa qualidade e indispensabilidade do conhecimento da caserna advindo dos juízes militares nos Conselhos de Justiça e dos Ministros Militares no âmbito do STM, o que se deve pensar, para o futuro, é prestigiar a experiência adquirida com a condução da própria ação penal militar, a colheita direta da prova e a sensibilidade humana, muito mais importante que o conhecimento técnico, adquirido com centenas ou até milhares de audiências realizadas pelo magistrado de carreira.

Mas não é só.

Há que se valorizar a magistratura militar não apenas de forma exógena, mas também endógena.

Isto porque se mostra, além de possível, necessária, a modernização do cargo de Juiz Corregedor Auxiliar trazido pela Lei 13.774/2018, fruto da transformação do cargo de Juiz Auditor Corregedor, com alargamento de atribuições, constantes convocações para compor o plenário do Superior Tribunal Militar nas ausências de Ministros Togados e até a sua própria nomenclatura.

Nesse ponto, vale lembrar as várias iniciativas já concretizadas nesse sentido: a nomenclatura do cargo de Ministro Substituto do Tribunal de Contas da União foi dada por ato infralegal[262] (a lei os chama de Auditores do TCU), os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral[263] possuem essa nomenclatura por ato infralegal (no Regimento Interno, pois a CF os denomina Juízes), os Desembargadores Eleitorais dos Tribunais Regionais Eleitorais têm essa nomenclatura dada por atos infralegais[264] (a CF/88 os denomina Juízes do TRE) e os próprios Desembargadores Federais de Tribunais Regionais Federais também receberam essa nomenclatura por ato infralegal[265] (a CF os chama de Juízes do TRF).

A alteração do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar é medida que valoriza a magistratura militar de carreira e requer apenas e tão somente sua própria iniciativa. A postura proativa – e louvável[266] – na função jurisdicional com a aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito do processo penal militar,[267] deve persistir também na função administrativa e gerencial da Justiça Castrense, como já fez ao inserir expressamente o cabimento do IRDR no RISTM.

---

[262] Veja que o art. 73 da Constituição Federal apenas menciona os 9 Ministros do Tribunal de Contas da União. Os denominados Ministros-Substitutos encontram-se em ato infraconstitucional e infralegal.

[263] O art. 119 da CF os denomina como "juízes".

[264] O art. 120 da CF os denomina como "juízes".

[265] O art. 107 da CF os denomina como "juízes".

[266] Penso que o Direito Militar deve perseguir a evolução do Direito como uno, aceitando a aplicabilidade de institutos que se coadunem com a preservação dos princípios da hierarquia e disciplina e que auxiliam na boa prestação jurisdicional, como é o IRDR. Indico a leitura da minha obra, fruto da Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Processo Penal Militar, publicado pela Emais Editora em setembro de 2021.

[267] O IRDR no processo penal militar combate o efeito nefasto que a dissidência da jurisprudência castrense produz ao violar a isonomia com decisões judiciais distintas para casos semelhantes.

Ora, Direito Processual, à luz da Constituição da República, é matéria reservada à lei *stricto sensu* e, *per si*, seria o único óbice à referida valorização, argumento que se esvai facilmente: as limitações constitucionais existem para a proteção dos indivíduos frente ao Estado, cuja *ratio* destoa da alteração do RISTM no que se refere ao Juiz Corregedor Auxiliar com convocações ao plenário para o exercício de atividade jurisdicional sempre que ausente Ministro Civil e na devida nomenclatura do cargo para Ministro-Substituto do Superior Tribunal Militar.

Deve-se reconhecer que ainda há muito por avançar. Este fato, como já ressaltado, não deve obscurecer os progressos já alcançados e em permanente transformação. A evolução passa pela pluralidade, pois a pluralidade de pensamento nos forja e a harmonia nos fortalece. Lembro Voltaire: **posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las**.

Lembro também a lição de William Shakespeare: **se fazer fosse tão fácil quanto saber o que seria bom fazer, as capelas seriam igrejas, e as choupanas dos pobres, palácios de príncipes**.

Buscamos sempre Juízes independentes e vocacionados para o bem, para a realização do justo, luzes altas para a estrada do futuro. E o que legitima o Poder Judiciário a ocupar esse papel é a sujeição incondicional dos juízes à Constituição. Porque os direitos fundamentais são garantidos a todos e a cada um, ainda que contra as expectativas ou pretensões da maioria. A independência do Poder Judiciário tanto mais se afirma quanto seja maior sua capacidade de atuar contramajoritariamente.

Não é por outra razão que, em tempos de tão profundas transformações políticas, sociais e econômicas, o Supremo Tribunal Federal tem sido acionado e se encontra no centro do debate político-jurídico para o julgamento de variados assuntos de relevância para o nosso País.

Endosso as palavras do Ministro Cezar Peluso ao tomar posse na Presidência do Poder Judiciário:[268]

> Posso assegurar a todos os cidadãos brasileiros, que, servindo-lhes aos projetos de uma vida digna de ser vivida, os juízes continuaremos a cumprir nossa função com independência, altivez e sobranceria, guardando a Constituição e o ordenamento jurídico, sem prescindir da humildade e da coragem necessárias às correções de percurso e ao aperfeiçoamento da Justiça, mas também sem temor de defender, com a compostura que nos pede o cargo, a honradez de nossos quadros e o prestígio da nossa instituição. Só uma nação suicida ingressaria voluntariamente em um processo de degradação do Poder Judiciário.

Esse, definitivamente, não é e não pode ser o nosso destino. É chegada a hora de mudança de perspectiva. E, se preciso, **empurraremos** a história. Como escreveu o poeta espanhol António Machado, "**caminhante, não há caminho, o caminho se faz ao caminhar**". E, para a construção do caminho do Judiciário, o debate é mais do que bem- vindo. É fundamental.

---

[268] Em 19 de abril de 2012, na solenidade de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

PRINCÍPIOS DE BANGALORE DE CONDUTA JUDICIAL / ONU – PRECEDENTES HISTÓRICOS À REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ÉTICA DO MAGISTRADO BRASILEIRO / CNJ

BANGALORE PRINCIPLES OF JUDICIAL CONDUCT / UN – HISTORICAL PRECEDENTS TO THE REGULATION OF THE ETHICAL ACTIVITY OF THE BRAZILIAN JUDGE / CNJ

Flávio Henrique Albuquerque de Freitas[269]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo descrever os Princípios de Bangalore de Ética Judicial, com um histórico de seu surgimento até sua devida consolidação na ONU, bem como seus reflexos nos países da América Latina, em especial no Brasil. Após, abordam-se suas influências no Código de Ética da Magistratura Brasileira (CEM) e as implicações de condutas de magistrados publicamente, em desrespeito aos valores insculpidos nos Princípios de Bangalore, na Constituição Federal, na Loman e no CEM. Num tópico específico, será mostrada a implicação objetiva das condutas dos juízes em inobservância a esses valores éticos, sobremodo em postagens de redes sociais, e como isso tem gerado descrédito ao Poder Judiciário. Na conclusão, ressaltar- se-á a importância de o magistrado agir em conformidade com os padrões éticos delineados pelos Princípios de Bangalore e pelo CEM.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Princípios de Bangalore de Ética Judicial. Redes Sociais. Código de Ética da Magistratura Brasileira (CEM).

ABSTRACT

The purpose of this article is to describe the Bangalore Principles of Judicial Ethics, with a history of their emergence until their due consolidation in the UN, as well as their repercussions in Latin American countries, especially in Brazil. Afterwards, to describe its influences in the Code of Ethics of the Brazilian Judge (CEM) and the implications of conduct of public examiners, in disrespect to the values inscribed in the Principles of Bangalore, Federal Constitution, Loman and CEM. In a specific topic will be shown the objective implication of the conduct of judges in disregard of these ethical values, especially in posts in social networks and how this has generated decree to the Judiciary. The conclusion will show the imposition of the magistrate to act in accordance with the ethical standards outlined by the Bangalores Principles and CEM.

KEYWORDS: Ethic. Bangalore Principles of Judicial Ethics. Social networks. Code of Ethics of the Brazilian Judiciary (CEM).

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. PRECEDENTES HISTÓRICOS DE REGRAS/PRINCÍPIOS DE BANGALORE; 2.1. O Lastro das Tradições Culturais e Religiosas à Declaração; 2.2. Instrumentos Regionais e Internacionais de Subsídio à Declaração;

[269] Mestre em Direito Constitucional pela Unifor e Doutorando em Direito pela Fadisp. E-mail: flaviohaf@me.com.

2.3. Princípios de Bangalore; 3. CÓDIGO DE ÉTICA JUDICIAL DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA; 3.1. Argentina, Colômbia, Brasil, México e Chile; 3.2. Pontos de Intersecção e Influências; 3.3. Apontamentos sobre a necessidade de uma postura ética do magistrado (na internet); 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo destacar alguns dos precedentes históricos dos Princípios de Bangalore. Para tanto, recorre à análise sistemática, porém breve, da ordem internacional no segmento da função judicial, segundo tradições culturais milenares e recentes diplomas jurídicos formais tanto nacionais quanto internacionais.

Discorre-se sobre os princípios expostos no projeto do Código de Ética Judicial, passando então, em tópico seguinte, à análise dos Códigos de Ética Judicial na América Latina, suas características e pontos de confluência.

Traz-se essa análise dos princípios de Bangalore, os quais também serviram de base e fundamento ao Código de Ética da Magistratura Brasileira, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a fim de destacar como anda a conduta dos magistrados brasileiros publicamente, e nas redes sociais, especialmente quando começam a marcar posição política, partidária e ideológica, e em que medida esses posicionamentos públicos afetam objetivamente a imagem do Poder Judiciário nacional.

É fato no Brasil, atualmente, que os magistrados e magistradas, em nome da liberdade de expressão, mandamento constitucional, vêm agindo, de forma pública, fora dos processos que estão sob sua jurisdição, declarando seus pensamentos, suas tendências políticas partidárias, suas críticas a casos de outros magistrados, sem observer as normas legais, constitucionais e convencionais que regulam o tema em relação aos juízes.

Isso tem gerado incômodo em parcela significativa da magistratura nacional e na sociedade jurídica, porquanto o magistrado representa o Judiciário, parcela do Estado que ultrapassa a figura individual do próprio juiz. Este deve respeitar a função que exerce e o Poder do Estado que representa. Esse respeito não deve ser considerado como uma questão subjetiva, pois a objetividade dessas regras acha-se delineada na própria Constituição Federal, nos Princípios de Bangalore de Ética Judicial, na Lei Orgânica da Magistratura e também no Código de Ética da Magistratura Nacional.

Saliente-se, mais uma vez, não se tratar de uma visão subjetiva sobre o tema, ou do valor atribuído por cada magistrado ou magistrada individualmente sobre como deve agir publicamente, em especial no mundo virtual, mas sim de atribuir uma conduta responsável, baseada nos regramentos internacionais e internos, para frisar aquilo que se espera do Poder Judiciário: agir de forma equidistante das partes, sem tendências ideológicas e mantendo a credibilidade dos membros daquele órgão do Estado, a quem cabe constitucionalmente dizer o Direito no caso concreto. Para isso, deve ser isento, imparcial, íntegro e idôneo.

Feito esse breve relato do artigo, no tópico **Apontamentos sobre a necessidade de uma postura isenta do magistrado (nas redes sociais),** haverá uma abordagem dedicada a condutas de juízes nas redes sociais e as repercussões ligadas a tais condutas.

Ao final, apresentar-se-á uma conclusão no sentido da validade da iniciativa coordenada no âmbito das Nações Unidas e sua coerência com o modelo jurídico já vigente nos países-chaves do hemisfério sul-americano, ressaltando ser esse regramento internacional compatível com nosso regramento interno e, em especial, fonte de suporte para o CEM, editado pelo CNJ.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS DE REGRAS/PRINCÍPIOS DE BANGALORE

O Princípios de Bangalore são resultado de um esforço de coordenação global pelo estabelecimento de um patamar mínimo de diretivas operacionais, pelas quais a função judicante deverá se pautar por diversas realidades dos países e regiões autônomas no mundo. Naturalmente, a regência de tal trabalho se deu no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), palco de articulação política mundial da maior legitimidade.

Tal sistema fundante de princípios, todavia, não foi construído de uma tacada só. É resultado de um longo processo civilizatório de formação dos direitos humanos, ainda que nomeado de diferentes maneiras segundo as veredas tomadas pelas mais distintas civilizações.

A necessidade de composição de um sistema de princípios no tema "função judicial" vem ao encontro da imprescindibilidade de se estabelecer um mínimo consensual acerca do prestígio da magistratura no mundo (não em si do ocupante temporário do cargo, mas sim da dignidade inerente à função) – pressuposto de existência da separação de poderes, técnica tida há séculos como o grande marco para a liberdade e a proteção da sociedade civil em relação aos ocupantes dos poderes estatais.

Melhor explicando: sem um Judiciário forte e independente não há tripartição de poderes, isso é inquestionável; mas, antes disso, sem um conjunto de princípios vistos como basilares à "função judicante" não há nem mesmo razão em si para separá-la das atribuições do executor da lei, ou melhor, não haverá os contornos mínimos a justificarem o termo "função judicante", visto que seu arcabouço teórico perde o sentido e os ritos de julgamento passam a ser um mero formalismo ritualístico descontextualizado da razão principal de sua criação: a proteção do cidadão contra atos, vontades e possíveis devaneios que extravasem o pacto político-estatal, o contrato social propriamente dito.

Dessas circunstâncias derivam os princípios da independência (valor primeiro), da imparcialidade (valor segundo), da integridade (valor terceiro), da idoneidade (valor quarto), da igualdade (valor quinto) e da competência/diligência (valor sexto).

A seguir, analisam-se as tradições culturais e religiosas, bem como os instrumentos regionais e internacionais que deram sustentação axiológica e político-normativa para a concatenação das vontades estatais, a fim de positivar um verdadeiro "piso valorativo" dos vetores que então passam a compor o conceito elementar de "função judicante" para as mais diversas civilizações e realidades do globo.

2.1. O Lastro das Tradições Culturais e Religiosas à Declaração[270]

O sistema de vetores interpretativos consignados na convenção da ONU chamada Princípios de Bangalore é fruto de um arquétipo composto de valores em comum, consta-

[270] Apêndice da Convenção, fls. 147.

tados em meio a diferentes civilizações, entre o verdadeiro mosaico de diversidades étnico-religiosas e modelos políticos vigentes no mundo.

Passa-se a seguir a analisar, de modo sucinto, as tradições étnico-jurídicas que conformaram a Declaração de Bangalore, quais sejam: as do antigo Oriente Médio, da Lei Hindu, da Filosofia Budista, da Lei Romana, da Lei Chinesa, da Lei Africana, da Lei Judaica, do Cristianismo e, ao final, a da Lei Islâmica.

No Antigo Oriente Médio, destaca-se a figura do Rei Thutmose III no Egito (aproximadamente 1.500 anos a.C.), que assinala a necessidade de retidão, imparcialidade e tratamento igualitário entre todos os submetidos à justiça. Ainda, caracteriza o magistrado como o sustentáculo de toda a comunidade e elemento de coesão entre suas partes.

Na Lei Hindu, recorre-se às Leis de Manu (aproximadamente 1.500 anos a.C.), interpretadas pelo jurista Narada (aproximadamente 400 a.C.) nos seguintes axiomas: a necessidade de conhecimento das leis pelos julgadores, a necessidade de imparcialidade e virtude destes, o dever de punição a eles em caso de violação de seus deveres, bem como o dever de não omissão diante da corrupção de suas condutas.

Na filosofia budista (aproximadamente 400 a.C.), assevera-se o dever de retidão nos diversos aspectos da vida humana e a figura do rei como fonte das leis, também a elas submisso. Ademais, propõe a fuga dos desejos e da riqueza (uma forma de ascetismo), o dever de imparcialidade, a publicidade, a ponderação e a apreensão emocional dos conhecimentos humanos.

A tradição romana (exemplificada na Lei das XII Tábuas – aproximadamente 312 a.C. –) volta-se, sobretudo, para a celeridade dos julgamentos. Entende a morosidade nas decisões do juiz como um dos fatores tendentes à ruptura social e à desordem, elementos que o magistrado deveria combater.

A tradição chinesa, talvez uma das mais significativas, pode ser sumarizada por Hsun Tzu (312 a.C.) e Han Fai Tzu (280 a.C.). Este apregoa uma posição de defesa da aplicação da lei (num matiz semelhante ao legalismo moderno) como condição para a igualdade formal e a estabilidade do governo; aquele propõe uma espécie de atividade judicante mais atrelada à equidade, senso de justiça derivado do bom-senso e da razão, a ensejar a igualdade formal entre os jurisdicionados por meio de precedentes e do uso da analogia nos julgamentos, em detrimento de uma lei escrita.

Contemporaneamente às tradições greco-romanas (e, mais tarde, às tradições medievais europeias), na África exsurge por meio do povo Barotse um pensamento que enaltece a figura da razoabilidade no agir por meio do conceito do "homem sensato", o qual passaria a ser o parâmetro do comportamento para o julgamento das condutas (algo semelhante ao estereótipo do conceito de "homem médio", utilizado ainda hoje no direito moderno, a despeito de questionado), bem como um certo padrão de exigência de conduta inerente à dignidade do cargo de juiz de dada comunidade. Igualdade e adaptabilidade da lei às mudanças do tempo são constantes na óptica desse sistema.

A lei judaica, por meio do Mishneh Torah, uma das mais influentes no mundo moderno, estabelece que os juízes devem ser guiados pelos princípios de temor ao divino e suas leis, bem como austeros no pensamento. A dignidade do cargo demanda que seus

ocupantes detenham qualidades próprias, tais como solidez do conhecimento das leis divinas, sabedoria, integridade e sobriedade.

A tradição cristã (que bebe no judaísmo) prevê igualmente as características próprias do ocupante do cargo de juiz, bem como assinala a necessidade de igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, em tons universalistas, na medida em que coloca todos os seres humanos no mesmo patamar de dignidade perante Deus.

Por fim, a lei islâmica (que também bebe nas tradições judaico-cristãs) apresenta um detalhamento de posturas em relação ao ocupante da função de julgador, o qual não deverá envolver-se em negócios, aceitar presentes, praticar comportamentos socialmente inaceitáveis ou socializar-se em demasia, bem como satirizar pessoas ou fazê-las rir. Ainda, fornece detalhes acerca de sua aparência, trajes, da necessidade que ele julgue celeremente e de acordo com as provas, e não por seus conhecimentos pessoais exclusivamente.

O ponto em comum entre todas essas tradições é a exigência de que a pessoa incumbida da função de julgar a conduta de outros indivíduos possua um modo de vida particularmente mais severo e afeito às tradições e valores que busca implementar, isto é, um verdadeiro representante dos elementos basilares que identificam o dever-ser de dada comunidade, visto pelos seus como a proeminência encarnada não do divino, mas do ápice do humano naquela sociedade comunitária.

2.2. Instrumentos Regionais e Internacionais de Subsídio à Declaração

A Declaração teve por base diplomas jurídicos nacionais e internacionais, estes derivados de organizações internacionais regionais e mundiais, aqueles dos países das mais variadas tradições étnico-jurídicas.

De modo a demonstrar a diversidade dos diplomas jurídicos nacionais e internacionais utilizados na confecção do arcabouço jurídico dos Princípios de Bangalore, confiram-se alguns deles a seguir.

Os diplomas jurídicos nacionais: 1. Código de Conduta para os Juízes da Suprema Corte de Bangladesh; 2. Código de Conduta Judicial adotado pela Casa de Representantes da Associação Americana de Advogados, agosto de 1972; 3. Código de Conduta para Funcionários da Justiça do Quênia, julho de 1999; 4. Código de Ética dos Juízes da Malásia, de 1994; 5. Código de Conduta para Magistrados na Namíbia; 6. Código de Conduta para Funcionários do Judiciário da República Federal da Nigéria; 7. Código de Conduta para Funcionários Judiciais da Tanzânia, adotado na Conferência de Juízes e Magistrados em 1984; 8. Código de Conduta Judicial adotado pela Suprema Corte do Estado de Washington, EUA, outubro de 1995; 9. Código de Conduta Judicial das Filipinas, setembro de 1989.

Os diplomas jurídicos internacionais: 1. Padrão Mínimo de Independência Judicial, adotado pela Associação Internacional de Advogados, 1982; 2. Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência do Judiciário, aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 1985; 3. Declaração de Princípios de Beijing sobre a Independência do Judiciário na Região de Lawasia, adotada pela 6ª Conferência de Presidentes das Supremas Cortes, agosto de 1997; 4. Carta Europeia sobre o Estatuto dos Juízes, Conselho da Europa, julho de

1998; 5. Anteprojeto dos Princípios sobre Independência do Judiciário (Princípios de Siracusa), preparado por um comitê de peritos reunidos pela Associação Internacional de Direito Penal, Comissão Internacional de Juristas e Centro para a Independência de Juízes e Advogados, em 1981.

Observe-se que os diplomas derivam de tradições variadas e cobrem áreas distintas do globo, o que confere a representatividade adequada que se espera de uma declaração que almeja alcance mundial.

2.3. Princípios de Bangalore

A Declaração dos "Princípios de Bangalore" não detém a natureza jurídica de Convenção Internacional até o presente momento. Em verdade, trata-se de um projeto de unificação global da atividade judicial segundo algumas diretivas e vetores interpretativos, havendo por ora a natureza jurídica de fonte interpretativa do direito internacional.[271]

Sua finalidade, portanto, é estabelecer padrões de ética à atividade judicial, que servirão a melhor conformá-la nos sistemas político-jurídicos dos países signatários da Carta das Nações Unidas, garantindo-lhes independência e legitimidade.

No tocante ao conteúdo dos princípios do projeto do Código de Ética Judicial, estes são caracterizados por seis valores: independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência. Abaixo, descreve-se-os:

VALOR 1 – INDEPENDÊNCIA

"A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, consequentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional."

VALOR 2 – IMPARCIALIDADE

"A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz.

Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão."

VALOR 3 – INTEGRIDADE

"A integridade é essencial para a apropriada desincumbência dos deveres do ofício judicial."

VALOR 4 – IDONEIDADE

"A idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz."

[271] https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/03/Universal-PG-N%C2%B01-Portugues-Publications-Practitioners-Guide-series-2017-POR.pdf

VALOR 5 – IGUALDADE

"Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as cortes é essencial para a devida execução do ofício judicial."

VALOR 6 – COMPETÊNCIA E DILIGÊNCIA

"Competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante."

Observe-se que esses princípios podem vir a ser ampliados no futuro, a depender das transformações étnico-culturais e dos acordos internacionais de direitos humanos que elevem o grau de exigência quando do estabelecimento dos patamares mínimos da conduta ético-judicial em seus sistemas jurídicos internos.

3. CÓDIGO DE ÉTICA JUDICIAL DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

Os Códigos de Ética Judicial dos países da América Latina têm influências comuns, já que são legatários do mesmo processo de formação – seus territórios foram colonizados pelos países ibéricos (durante o processo de conquista do Novo Mundo no contexto das grandes navegações europeias) e, seguidamente, influenciados pelos britânicos e, preponderantemente, pelos americanos.

A seguir, deliberou-se pela análise de alguns aspectos dos Códigos de Ética Judicial de cinco países latino-americanos, os quais podem fornecer indícios de uma estrutura elementar em comum, indicadora de traços que os aproximem enquanto civilização.

3.1. Argentina, Colômbia, Brasil, México e Chile

A escolha dos cinco países não é em vão. Em verdade, eles compõem o grupo dos *policy- makers* na região, dada a população de seus territórios, a vastidão destes, seus mercados internos e o significativo poderio político-militar em termos regionais.

De início, ressalte-se que todos esses países foram influenciados pelo prévio movimento de coordenação internacional empreendido no sentido de estabelecimento de um *standard* para a atividade ético-judicial nos países de influência ibérica, o qual resultou no Código Ibero-Americano de Ética Judicial, de 2006.[272]

Este diploma normativo internacional, ratificado por 23 países da região, entre os quais Espanha e Portugal, assim como pelos cinco ora destacados, foi mesmo adotado diretamente em alguns deles – tal como pelo Uruguai – e balizou a atualização legislativa de todos, sem exceção.

[272] Extraído de: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_ibero_americano.pdf, data de visitação: 12/5/2019.

A Comissão Ibero-Americana de Ética Judicial (Ciej) assinala que "O Código e a Comissão revelam a existência de um meio judicial ibero-americano com valores judiciais partilhados que procuram aproximar os laços efetivos existentes e visam criar um quadro de cooperação e de confiança mútua entre os juízes ibero-americanos."[273]

Na Argentina, o Código de Ética para Magistrados, Funcionários e Empregados do Poder Judiciário remonta a 1998 e foi atualizado também segundo as diretivas do Código Modelo Ibero- Americano.[274]

No México, o diploma jurídico sobre o tema, ainda vigente, remonta a 2006 e sofreu reforma em 2010, na esteira do referido Código Modelo.[275]

A Colômbia, assolada até há poucos anos por conflitos internos e pelo narcotráfico, está em processo de atualização de seu Código de Ética desde 2017, por meio da unificação de diversos marcos normativos históricos, de maneira a se conformar plenamente com o Código Modelo.[276]

O Chile em 2007, pelo Ato nº 262/07, definiu uma série de conceitos e normas de ordem ética que devem reger a atividade judicial dos funcionários do Poder Judiciário, entre os quais os magistrados, na esteira do Código Modelo Ibero-Americano.[277]

O Brasil harmonizou sua legislação com os ditames da declaração dos Princípios de Bangalore já em 2008, com o Código de Ética da Magistratura Nacional, o qual, de algum modo, harmoniza-se com e atualiza a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei nº 35/1979).

3.2. Pontos de Interseção e Influências

Da análise do subitem anterior, percebe-se que todos os cinco países destacados apresentam *standards* semelhantes de exigência de conduta ético-judicial em seus sistemas jurídicos internos, seja pelo apoio de seus respectivos Judiciários nacionais à Declaração de Princípios de Bangalore, seja pelo esforço de coordenação político-jurídica empreendido pela Comissão Ibero-Americana de Ética Judicial (Ciej), por meio da edição do Código Ibe-

---

[273] Extraído de: http://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/; data de visitação 12/5/2019.

[274] Extraído de: https://www.justiciacordoba.gob.ar/EticaJudicial/Doc/CodEtica-Corrientes.pdf, data de visitação 12/5/2019.

[275] Extraído de http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales /codigos/nal/CodigoNacionalDeEtica.pdf, data de visitação: 12/5/2019.

[276] Extraído de: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Documentos% 202017/Codigo_de_Etica_MJD.pdf?ver=2017-12-27-113704-150, data de visitação: 12/5/2019.

[277] El 14 de diciembre de 2007 la Corte Suprema, a través del Acta 262-2007, sobre Principios de ética judicial y comisión de ética, definió una serie de conceptos y normas de orden ético que deben regir la actividad de los funcionarios del orden judicial, tales como la dignidad, probidad, integridad, independencia, prudencia, dedicación, sobriedad, respeto, reserva y prohibición de recibir estímulos pecuniarios, haciendo regir, supletoriamente, las disposiciones del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Asimismo, consagró la existencia de una Comisión de Ética de la Corte Suprema, órgano encargado de cooperar al Pleno del máximo tribunal en la prevención, control y corrección del comportamiento ético de los integrantes de dicho tribunal.
Extraído de: http://www.alianzaanticorrupcion.cl/AnticorrupcionUNCAC/wp-content/uploads/2015/10 /Poder-Judicial.pdf, data de visitação: 12/5/2019.

ro-Americano de Ética Judicial, de 2006. Já na exposição de motivos do Código Ibero-Americano de Ética Judicial, exibe-se de maneira clarividente o cenário político-jurídico circundante e as intenções que permeavam a sua elaboração. Confira-se:

> A identidade da Ibero-América conta com particularidades visíveis e com extensas explicações históricas. No entanto, a Ibero-América aparece actualmente num mundo globalizado, num espaço que interage com outras culturas, mas sem perder em virtude disso as suas próprias características, o que por sua vez a torna peculiar. Nesse âmbito, os Poderes Judiciais ibero-americanos construíram – de forma trabalhosa, mas com sucesso – uma realidade que, acima das particularidades nacionais, exibe particularidades comuns a partir das quais é possível delinear políticas de benefício mútuo. Na configuração da ética judicial ibero-americana, existem particularidades comuns relacionadas com outras experiências análogas que oferecem diferentes espaços culturais, mas também há algumas características distintivas que exprimem essa identidade. A realização de um Código Modelo Ibero-Americano implica um novo fragmento desse caminho que já se percorreu e, possibilita que a região se apresente ao Mundo com certa tradição, mas também como um projecto inacabado, que sem suprimir as individualidades nacionais mostra e oferece uma riqueza comum.[278]

Do exposto, é seguro inferir que os pontos de interseção entre os Códigos de Ética Judicial dos cinco países latino-americanos são justamente os ditames estabelecidos pela Declaração de Princípios de Bangalore e pelo Código Ibero-Americano de Ética Judicial.

3.3. Apontamentos sobre a necessidade de uma postura ética do magistrado (nas redes sociais)

Ao início deste tópico do artigo, visualiza-se o disposto nos artigos 15 e 16 do CEM brasileiro, os quais materializam de forma bastante objetiva a visão de integridade pessoal e profissional dos juízes e juízas brasileiros. Vejamos:

> Art. 15. A integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.
>
> Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, consciente de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral.[279]

Como visto, o magistrado representa o Poder Judiciário e qualquer atitude sua representa o próprio Judiciário. Ao agir de forma atentatória à visão de dignidade da Justiça, com uma postura ético-moral duvidosa, ou em afronta às normas da conduta esperada (previstas convencionalmente, constitucionalmente e legalmente), trará inapelavelmente descrédito ao Judiciário. Deve ele zelar, sempre, por sua integridade pessoal e profissional. (Freitas, 2015)

---

[278] COMISSÃO IBERO-AMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL (CIEJ). CÓDIGO IBERO-AMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL (2006) - Exposição de Motivos. Extraído de: http://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/; data de visitação: 12/5/2019.

[279] FREITAS, Flavio Henrique Albuquerque. Comentários ao Código de Ética da Magistratura – Manaus: Editora Amazônia, 2015. p. 30.

Saliente-se, a magistratura é uma opção; não é imposta a ninguém que não a queira exercer, pois só é alcançada através de aprovação em concurso público. Aquele optante pela digna função no Judiciário promete solenemente exercê-la em obediência à Constituição e às leis do País. Se não aceita tais regras de conduta, que não ingresse na magistratura.

Certo que a evolução dos meios de comunicação e interação fez surgir novas ferramentes de trocas de informações, dando-se publicidade efetiva às condutas, opiniões e valores, de forma instantânea, ultrapassando as barreiras territoriais e alcançando um número incomensurável de pessoas.

Nessas novas formas de interação e comunicação, as vaidades afloram, fazendo com que cada "like" ou comentário numa "postagem" seja representativa de uma certeza e aceitação de correção de conduta, validando as ações de pessoas, em especial para o nosso trabalho de magistrados, passando eles a agir à margem das regras estabelecidas nos Princípios de Bangalore, na Constituição, na Loman e no CEM. Agem sem pensar na integridade pessoal e profissional.

Um juiz norte-americano (Michale Kwan), no Estado de Utah, foi suspenso disciplinarmente por seis meses por fazer comentários políticos contra o presidente Donald Trump, consoante se observa na imagem abaixo, extraída do twitter do canal de televisão americano FOX:

A liberdade de expressão nos Estados Unidos é um "mantra" que se alcançou a duras penas. É, de longe, na visão deste que escreve, o País que mais respeita a liberdade de expressão. As cortes americanas são pródigas em garantir, de forma irrestrita ao cidadão, o direito de expressar seu pensamento de forma livre.

A Corte de Utah, no julgamento do caso relativo ao magistrado Michael Kwan, observando o valor social da magistratura e o que representa a conduta de um magistrado para a credibilidade do Poder Judiciário, asseverou: "O juiz não pode minar a confiança pública na independência, integridade e imparcialidade do Judiciário. É uma má conduta que mancha a credibilidade do Judiciário como um todo."[280]

Aqui no Brasil, inúmeros são os casos em que magistrados passam a se expressar politicamente, de forma pública e em redes sociais, sem que haja um controle efetivo dessas ações, o que gera um evidente e claro descrédito ao Judiciário.

Em um caso extraído da internet, outro magistrado inicia uma carta aberta ao expresidente Lula, nos seguintes termos:

> Lula, meu caro, faz tempo que estou querendo te escrever. Esse pessoal do meio carcerário tem uma espécie de tara por proibir as coisas, então não sabia se minha carta ia chegar a ti, já que muita gente importante sequer conseguiu entrar para trocar umas palavras contigo, razão pela qual resolvi escrever por intermédio da internet mesmo, um dia tu vais ler. Cara, eu sei que tu não és santo, nem eu sou, nem ninguém é, então todos nós temos um monte de culpa por aí, mas o crime que tu cometeste realmente ninguém sabe até agora qual foi. Bem, você sabe disso, você já disse que aceitaria a pena tranquilamente se te mostrassem provas de um crime, só estou repetindo porque a carta será publicada e porque quero ressaltar uma coisa. Hoje em dia com tanta culpa por aí, já nem precisa de crime para se condenar uma pessoa, basta querer condenar alguém que todo mundo já acha esse alguém culpado. É como um juiz me falou certa vez, que ele não sabia porque estava condenando o cidadão, mas o cidadão sabia porque estava sendo condenado. É mais ou menos assim que estamos vivendo, e é cada um por si. No teu caso, um recibo de pedágio, a tua visita a um apartamento, mais dois ou três presos dedos-duros loucos para ganhar a liberdade, e pronto, está formada a prova necessária para a tua condenação, mesmo que ninguém diga onde está o teu dinheiro, onde está o benefício que tu tiveste nisso tudo, ninguém diz. E ninguém quer saber. Xará (acabei de me tocar para o fato que temos o mesmo nome…rs…), a coisa tá difícil. Não quero entrar aqui na questão política, se fizeram tudo para te tirar da eleição, se têm ódio de ti porque és nordestino, um nordestino que teria chegado onde incomoda muita gente, e feito outros tantos nordestinos incomodarem mais gente por chegarem onde chegaram, não quero falar dessas questões políticas, quero conversar contigo sobre a tua situação atual. (…)[281]

Portanto, em nome dessa integridade pessoal e profissional, objetivamente positivada tanto nos Princípios de Bangalore como na Constituição Federal, na Loman e no CEM, os juízes e as juízas devem guardar um comportamento compatível com o exercício do cargo público para o qual se submeteram a um concurso e bem exercê-lo. Não podem agir em descrédito do Poder Judiciário.

---

[280] Fonte – CONJUR – https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/juiz-eua-suspenso-seis-meses-criticar-trump – Data de visitação: 27/5/2019.

[281] Site Diário do Centro do Mundo – https://www.diariodocentrodomundo.com.br/carta-ao-presidente-luiz-inacio-lula-da-silva-por-luis-carlos-valois/ Acessado em: 27/5/2019.

4. CONCLUSÃO

A consolidação dos Princípios de Bangalore é fruto de um processo histórico milenar que acompanha a criação e a transformação das sociedades e comunidades humanas. Em verdade, a aplicação e a regência do tema pelos contornos principiológicos ali contidos ocorrem paralelamente à implementação da agenda de direitos humanos e de estabilização dos Estados-Nação segundo a óptica do arcabouço político-normativo coordenado pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Indubitavelmente, a força normativa de tais princípios é condição para a estabilização dos Estados-Nação, para o respeito aos direitos humanos e para a consolidação da função judicial segundo as necessidades sociais e comunitárias de extremo significado histórico. Em prol de sua implementação acha-se, de fato, grande parte das tradições étnico-religiosas de diversos povos do planeta, o que, de certo modo, lhes confere um viés jusnaturalista.

Eles foram a linha objetiva que fez estabelecer, no nosso sistema jurídico, as regras de conduta que todos os magistrados e magistradas brasileiros devem ter como parâmetro para agir, tanto na vida pessoal quanto na profissional, visando sempre dignificar a função judicial do Estado e atuando em prol da credibilidade deste Poder.

Portanto, os magistrados devem agir em conformidade com as regras de condutas estabelecidas pelos Princípios de Bangalore, da Constituição Federal, da Loman e do CEM. Devem guarder coerência e retidão ética, moral e de caráter, tendo em mente que suas ações sempre serão vistas como uma expressão clara do próprio Poder Judiciário, porquanto é impossível dissociar o juiz do cidadão.

Frise-se que a magistratura é uma escolha, não uma imposição. Ninguém está obrigado a ser magistrado ou magistrada; entretanto, caso opte por exercer essa missão constitucional, tem o dever de se portar de forma a dignificá-la e a não criar máculas ao Poder Judiciário. Não pode o magistrado agir em meio social, sob o argumento de se expressar livremente, sem observar as consequências de suas atitudes ou ações; sem ter em mente que, após tomar posse no cargo e jurar respeitar a Constituição e leis do País, suas atitudes espelham a própria função de julgar do Estado, e esta função estatal deve ser vista pela sociedade como respeitosa aos valores de independência, imparcialidade, idoneidade, igualdade, competência, diligência, moral e ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMISSÃO IBERO-AMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL (CIEJ). **Código Ibero-Americano de Ética Judicial** (2006). Extraído de:http://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/. Disponivel em: 12/5/2019.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ). **A Independência e a Responsabilidade de Juízes, Advogados e Promotores**. Genebra – Suiça, 2017. Extraído de: https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/03/Universal-PG-N°1-Portugues- Publications-Practitioners-Guide-series-2017-POR.pdf. Disponivel em: 15/5/2019.

FREITAS, Flavio Henrique Albuquerque. **Comentários ao Código de Ética da Magistratura.** Manaus: Editora Amazônia, 2015.

INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES NO BRASIL – **Aspectos Relevantes, Casos e Recomendações – Princípios de Bangalore sobre a Conduta Judicial**. Extraído de: http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/472/GAJOP_Independencia_dos_Juizes_no_Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Disponivel em: 15/5/2019.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Código de Ética da Magistratura Nacional e os Princípios de Bangalore. In: **Jusbrasil**, 2014. Extraído de: https://jus.com.br/artigos/29827/codigo-de-etica-da-magistratura-nacional-e-os-principios-de- bangalore. Disponivel em: 14/5/2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório Contra Crimes e Drogas (Unodc). Conselho de Justiça Federal. Tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Extraído de: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Disponivel em: 13/5/2019.

SEREJO, Lourival. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional. BRASÍLIA. **ENFAM**, 2011. Extraído de: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Comentários_codigo_etica_site.pdf. Disponivel em: 14/5/2019.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL JUEZ CONVENCIONAL- CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PATRIO

THE CONVENTIONALITY CONTROL AND THE CONVENTIONAL- CONSTITUTIONAL JUDGE IN NATIONAL LAW

Helder Domínguez Haro[282]

1. RESUMEN

El presente trabajo enfatiza la protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo que debe existir entre los tribunales nacionales y supranacionales sobre la base de una democracia de corte constitucional. Aspecto que implica la presencia de jueces constitucionales y convencionales como garantes de los derechos y cuyo perfil del juez debe estar acorde con los nuevos paradigmas del constitucionalismo contemporáneo. Se analiza el control difuso de convencionalidad con incidencia en el derecho peruano y en un contexto cambiante por los desafíos del derecho globalizado y del constitucionalismo cosmopolita.

PALABRAS CLAVES: control de convencionalidad, juez, democracia constitucional, Constitución, Estado constitucional.

2. ABSTRACT Y KEYWORDS

The present article emphasizes the multilevel protection of human rights and the dialogue that must exist between national and supranational courts on the basis of a constitutional court democracy. Aspect that implies the presence of constitutional and conventional judges as guarantors of rights and whose profile of these judges must be in accordance with the new paradigms of contemporary constitutionalism. Likewise, the diffuse control of conventionality is analyzed with incidence in Peruvian law and in a changing context due to the challenges of globalized law and cosmopolitan constitutionalism.

KEYWORDS: conventionality control, judge, constitutional democracy, Constitution, Constitutional state.

3. BREVE INTRODUCCIÓN

Dentro del ordenamiento jurídico estatal se abordan aspectos del derecho constitucional del poder, del derecho constitucional de la libertad y su protección jurisdiccional, y

[282] Abogado de la Universidad Nacional de Trujillo (Perú) y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo, Universidad Jaén (España), con estudios de especialización en la Escuela Judicial de España y en el Instituto Nacional de la Judicatura de Canadá. Ha trabajado en proyectos del sistema de justicia en el Perú de la Comunidad Europea, Banco Mundial (BM), Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), Cooperación Canadiense, entre otras. Ha sido profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre otras universidades peruanas. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho y colaborador del Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa (CESJ).

en ese marco habrá siempre la posibilidad o la eventualidad de parte del juez de la causa, de la potestad de ejercer no solamente el control de constitucionalidad difuso sino también el control de convencionalidad o el control difuso de convencionalidad (llamado también "horizontal") en un primer peldaño o, en todo caso, agotada la jurisdicción ordinaria cabe recurrir al orden jurisdiccional supranacional, en nuestro región, el sistema interamericano de justicia o el sistema de protección internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos, esto es, el control de convencionalidad realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control "vertical"). Ambas situaciones corresponden a lo que se está denominando ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina.[283]

En esta oportunidad me limitaré en desarrollar básicamente el rol del juez de la judicatura local u ordinaria, de aquel -que por excelencia- tiene la función de resolver controversias con relevancia jurídica o que toca los derechos, como pacificador de la sociedad. El juez del Poder Judicial en torno al sistema interamericano de derechos humanos desde la perspectiva del justiciable, del usuario del sistema de justicia interamericano y que involucra la independencia judicial y una gran labor en el quehacer formativo de la magistratura, en buena cuenta en la construcción democrática de ciudadanía y jueces profesionales.

4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

La premisa capital del presente trabajo se puede telegráficamente sintetizar en la idea de que el control de convencionalidad o el diálogo interjurisdiccional entre el Tribunal Supranacional, vale decir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el Tribunal Constitucional peruano ha sido y es alentador e interesante, desde que el Tribunal Constitucional peruano asumiera desde el 2002 en sus sentencias los criterios de convencionalidad antes que sea consagrada y reconocida por la misma Corte Interamericana; y la perspectiva es que los tribunales de justicia de la judicatura sigan el mismo rumbo, en esa interrelación entre tribunales nacionales con la Corte. Asimismo, un buen fundamento de la aplicación del control de convencionalidad tiene en la figura del justiciable su razón de ser, por cuanto le asiste la titularidad del derecho fundamental al "juez independiente, constitucional y convencional", y con ello la consolidación de la democracia constitucional y de un "Estado Constitucional Interamericano" como sugieren algunos autores.[284] Veamos pues tal afirmación.

Curiosamente, cada cien años el planeta ha sido testigo del nacimiento de importantes instrumentos o principios de defensa de la Constitución y en consecuencia de los derechos. A inicios del siglo XIX el surgimiento jurisprudencial del control judicial de las leyes (América del Norte), en los primeros años del siglo XX la aparición del control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes (Europa) y a inicios del siglo XXI la génesis jurisprudencial del control de convencionalidad en el espacio iberoamericano.

Por éste último, ciertamente, el control de convencionalidad en nuestra región presupone dos niveles: el internacional, que corresponde a la Corte Interamericana de Dere-

[283] Léase: BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coordinadores). *ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

[284] Ver: LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú,* Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, PUCP, mayo 2016.

chos Humanos, en su labor de juzgar en casos concretos si un acto o ley o una normatividad de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, resolviendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichos actos o normas legales según corresponda, teniendo en cuenta la garantía de los derechos humanos, la vigencia de la Convención y otros instrumentos internacionales sobre derechos; asimismo procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el pleno ejercicio de los derechos invocados en la Convención. El otro nivel es el interno, el que corresponde en sede nacional, a los tribunales y jueces de los diferentes Estados de América Latina que han ratificado evidentemente la Convención (una modalidad de Tratado); en el sentido de que los jueces de los ordenamientos internos tienen el poder-deber de abstenerse de aplicaren los casos judiciales que conocen- cualquier normativa contraria a los postulados de la Convención, como resultado del análisis de confrontación normativa.[285]

Es preciso anotar que la aplicación del test de convencionalidad es producto de la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su aparición en el 2003, acuñada por el juez Sergio García Ramírez en su voto concurrente emitido en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, luego en el 2006 el pleno de la Corte Interamericana lo institucionalizará en la sentencia del Caso Almonacid Arellano vs. Chile Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, al resolverse la invalidez del decreto ley que perdonaba los crímenes de lesa humanidad, en el período 1973 a 1979 de la dictadura militar de Augusto Pinochet, debido a que dicha norma resultaba incompatible con la Convención careciendo de efectos jurídicos. Además de dicho control concentrado connatural a su competencia contenciosa, en dicho fallo se originará un nuevo tipo de control en manos de la figura del juez nacional como "guardián" no solamente de la Constitución también "custodio" de la Convención.

Estamos hablando del "control difuso de convencionalidad" un nuevo paradigma como señala Ferrer Mac-Gregor,[286] y que siempre debe hacerse, es decir, el juez en su labor jurisdiccional o dentro de cualquier proceso judicial (llámese constitucional, civil, penal, laboral, comercial, etc.) tiene que realizar el examen de compatibilidad entre los actos (hechos) y normas (disposiciones) nacionales y la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia interamericana (contradictio in terminis de inconvencionalidad); y no podría ser de otro modo, desde que los tribunales y jueces peruanos están facultados también de aplicar el control constitucional difuso prescrito en el artículo 138 de la Norma Fundamental de 1993 concordado con la cuarta disposición final y transitoria constitucional al positivizar que las normas relativas a los derechos y a la libertades que la Constitución peruana reconoce, se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, concordado con los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Procesal constitucional (2021) y el artículo 14 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese sentido, la Corte Interamericana en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay en su párrafo 65, preciso que los tribunales internos al aplicar el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad.

Siguiendo con el párrafo anterior, cabe hacer una precisión normativa según el Código Procesal Constitucional peruano vigente desde el año 2021 –diferente al derogado Código Procesal Constitucional de 2004-, al señalar textualmente en su segundo párrafo lo

---

[285] Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. "El control de convencionalidad en el Perú", Pensamiento Constitucional, n° 18, 2013, p. 224.

[286] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 683.

siguiente "En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos". Se está ante un escenario que hay que analizar. En definitiva, de lo que se trata es utilizar la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores y principios contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

5. UN MUNDO "CON" JUECES CONVENCIONALES GARANTES DE LOS DERECHOS

La manifestación doméstica del ejercicio de aplicar el control de convencionalidad es el que en esta ocasión me interesa, con el propósito de afianzar su fundamento democrático, su legitimidad democrática entre los jueces nacionales, por cuanto nuestra época de inusitados cambios y transformaciones requieren juezas y jueces con pensamiento crítico fieles al orden constitucional y a su vez al orden convencional, esto es, la supremacía de la Constitución nacional debe estar sintonizado con la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada en palabras de Sagüés, ni más ni menos.[287]

Ahora bien, el control constitucional y el control convencional es propio de una democracia de estirpe constitucional que tiene su punto de partida en los "derechos". La democracia constitucional en clave de derechos o "desde" la garantía de los derechos de acuerdo con la doctrina moderna, nos conduce a señalar que le asiste a los justiciables, desde la perspectiva del servicio público de la justicia, el "derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional", un verdadero "derecho fundamental democrático". No es casual entonces que la protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales tengan en la democracia constitucional su justificación, como tampoco es casual que la democracia constitucional se encuentre desarrollada en el impecable libro "Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional" coordinado por el juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer.[288]

Hablamos de derechos, porque la historia de la civilización es una permanente lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en el plano formal y en su ejercicio material, como sucede a nivel de los sinnúmeros textos dados como fueros, códigos, cartas, bulas, peticiones, actas, declaraciones, pactos, constituciones, enmiendas, leyes, convenios, tratados y convenciones.

Una puntualización necesaria, es no olvidar que los derechos correlativamente generan deberes ciudadanos y deberes de los poderes públicos y de sus autoridades, en este caso el "derecho fundamental a un juez independiente, constitucional y convencional" origina el "deber del Estado constitucional" de garantizar los derechos humanos de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política peruana y; asimismo, el "deber judicial concreto" por parte de la autoridad judicial, esto es, el "deber del juez local o juez pe-

[287] SAGÜÉs, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

[288] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coordinadores). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional,* Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 330-331

ruano de aplicar directamente el control convencional" en los procesos que llegan a su despacho u oficio judicial o hasta el momento en que debe fallar la *litis* en cuestión. Se ejercerá dicho control difuso ya sea a pedido de parte o de oficio -por propia iniciativa del magistrado en el marco de sus respectivas competencias-; igualmente, los jueces al momento de resolver en los casos sometidos a su conocimiento utilizarán las normas americanas de derechos humanos, aun cuando la Corte Interamericana no haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.

Dicha relación de "derecho-deber" se desprende también de la premisa que, si bien habitualmente la independencia judicial tiene una connotación negativa en cuanto a la ausencia de indebidas injerencias internas y externas, una perspectiva institucional y personal, también es importante una lectura positiva de la misma expresada en esa relación juez/ciudadano-usuario vinculados por los derechos. Vale decir, la independencia judicial es un medio para garantizar, desde los poderes públicos, los derechos humanos y las libertades ciudadanas; siendo el justiciable el "titular" del derecho fundamental al juez independiente, como así es establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009. En ese sentido, el derecho a ser juzgado con parámetros jurídicos, haciendo uso del bloque de convencionalidad va asociado no a los intereses de la judicatura o de situar al juez en una posición de privilegio, sino al resguardo y garantía de los derechos fundamentales por parte de los magistrados; allí radica su legitimidad social, constitucional y democrática.

Sobre el "bloque de convencionalidad" o "bloque de convencionalidad regional" si bien significa que los jueces y los órganos jurisdiccionales en los casos que conocen deben tener en cuenta no sólo la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la interpretación de sus disposiciones por parte de la Corte Interamericana, como también la aplicación de los diferentes tratados sobre derechos humanos como se dispone en el *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas,* Sentencia de 20 noviembre de 2012; debe incluirse – ciertamente- como parámetro los tratados de otra índole empero de cuyo contenido se hacen alusión a los derechos o se desprenden determinados derechos humanos y las opiniones consultivas. Es pues un aspecto a considerar dado cada caso en concreto, con el objeto de no caer en "maximalismos" cuando hablamos del corpus normativo y declarativo del bloque de convencionalidad que generalmente no conducen a nada, como ha advertido en su día el profesor García Belaunde.

Estamos pues ante un lenguaje de internacionalización del derecho constitucional teniendo en cuenta el sistema regional de protección de los derechos humanos y, a su vez, la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, vale decir, la incorporación constitucional de los derechos consagrados en el *corpus iuris* interamericano. Aspectos cruciales en todo proceso interpretativo y argumentativo como muestra del desarrollo evolutivo en favor de la persona humana.

Como se había dicho al inicio, el control de convencionalidad surge en los primeros años del presente siglo, época también de nacimiento de la internacionalización de espacios democráticos de los poderes judiciales latinoamericanos como es la llamada "Cumbre Judicial Iberoamericana", un importante espacio oficial permanente de cooperación e intercambio de experiencias entre 23 poderes judiciales; y en cuyo seno se debe abordar una suerte de seguimiento al cumplimiento de la vinculatoriedad que supone la Convención Americana de Derechos Humanos; y de tal suerte expresarse en sus diferentes productos o instrumentos normativos como el *"Estatuto del Juez Iberoamericano"* o la

"Carta de Derechos de las personas ante la justicia en el ámbito judicial iberoamericano" al prescribir como un derecho fundamental de la población el tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa. En dicho esquema el examen de convencionalidad no puede estar ausente.

De lo expuesto, se debe estar entonces, ante un arquetipo de juez nacional no "formalista", "pasivo", o "no vinculado", sino un juez "constitucional", "convencional", "político", "democrático" y "cercano" a las partes acoplado con el sistema político, con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de la realidad social; sobre todo ante la fragilidad de la institucionalidad de los países de nuestro subcontinente y porque el Perú no constituye una estructura social y cultural homogénea, sino como se conoce, es una realidad pluriétnica, multicultural, pluricultural e intercultural. En ese sentido, el rol político-social de la magistratura o la legitimidad democrática de la justicia se debe materializar en resoluciones judiciales razonables, predecibles y entendibles (lenguaje claro y sencillo), tomando en cuenta su impacto en la realidad-contexto y de tal suerte estaremos ante un juez como agente de integración social y fiel promotor del diálogo público y participativo en la idea de formar ciudadanías integrales para parafrasear al recordado jurista Valentín Paniagua (a propósito de haberse cumplido 20 años del primer gobierno constitucional transitorio en la historia republicana).[289]

Lo dicho hasta aquí, nos permite afianzar el perfil del juez establecido en la Ley de Carrera Judicial aplicable al Perú, Ley n.° 29277. Razonablemente se puede sostener que el artículo 2 de la Ley de la Carrera Judicial, tiene en sus ocho incisos rasgos fundamentales que permiten dar respuesta a la interrogante ¿qué capacidades y cualidades debe reunir un juez o qué características debe tener un juez para una magistratura idónea?; sin embargo, habrá que hacer puntuales cambios o agregados expresos en cuanto al perfil del juez, como tener una *"trayectoria democrática, de respeto y defensa de la Constitución, de los derechos fundamentales y del principio de convencionalidad."*[290] Y esto debe ser así literalmente, por cuanto, los jueces asumen -por lo menos- tres tareas fundamentales, que a la vez van en compás de determinadas obligaciones básicas de los jueces: primera tarea: decidir los casos litigiosos (principio de inexcusabilidad), segunda tarea: decidir conforme al derecho (principios de constitucionalidad y legalidad y principio de convencionalidad dado su matiz de complementariedad según el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia,* Sentencia del 30 de noviembre de 2012*,* y tercera tarea: motivar sus decisiones (principio de justificación).

Los tiempos de constitucionalización y convencionalidad corresponde a una evolución nada fácil de la "ideología judicial tradicional" a una "ideología de la justicia democrática"; del juez normativista solamente encerrado y enterrado entre sus expedientes y textos legales a aquel juez convencional que no debe ignorar el medio político, social, económico, virtual y cultural de la sociedad.[291] Es un proceso evolutivo y de adaptación nada fácil porque estamos hablando de la forma de pensar y razonar de los jueces, una modificación del paradigma, de la cultura para transformar la cultura legal, estamos ante "datos culturales"

[289] Sobre este particular tema: PANIAGUA CORAZAO, Valentín, «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», en FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, t. 1, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005, pp. 109-122.

[290] DOMÍNGUEZ HARO, Helder. "Anclaje democrático constitucional de la renovación de la judicatura a través de la capacitación judicial. ¿Reforma de traje o de sustancia?", Gaceta Constitucional, t. 151, 2020, p. 176.

[291] Ibíd., p. 177.

para seguir a Tarello,[292] y la comprensión de los fenómenos jurídicos en un mundo cambiante por los desafíos del derecho globalizado y del constitucionalismo cosmopolita.

Ante tan compleja y sensible cuestión, empecemos no sólo por mejorar los procedimientos de reclutamiento de jueces, también los procedimientos de entrenamiento, esto es, la formación y capacitación de los cuerpos judiciales desde un enfoque democrático constitucional y del paradigma convencional, tanto en la planificación y evaluación como en el contenido curricular. En efecto, si la capacitación de los jueces tiene como fin el fortalecimiento de la independencia judicial, esto es, la realización de los principios y valores constitucionales, que los magistrados cumplan su misión de guardianes y custodios de los derechos ciudadanos y brindar un servicio de calidad en la impartición de justicia, y por efecto el fortalecimiento del sistema democrático, se debe priorizar la enseñanza del "derecho convencional" como un curso orgánico en la capacitación de adultos; tanto en la formación inicial para ser futuro juez como para la formación continua una vez que ya se es magistrado (formación en servicio o en prácticas).[293]

Más aún si la capacitación además de ser un derecho del juez, es también un deber, una obligación de los magistrados de actualizarse en temas de aplicación del Pacto de San José y la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que bien podría ser una variable de medición de desempeño judicial, la aplicación del orden supranacional, esto es, el ejercicio del control difuso de convencionalidad cuando corresponda.

La enseñanza del derecho convencional debe ser la puerta de entrada o el primer piso para la enseñanza sistemática de la trinidad temática conformada por la formación ética, la Constitución y los derechos humanos, contenido del derecho a la educación, previsto en el artículo 14 de la Carta Fundamental peruana y desarrollada también por el Tribunal Constitucional peruano. En consecuencia, debe ubicarse y catalogarse al "derecho convencional", *-nomen iuris* de la disciplina- dentro de los cursos fundamentales, básicos y transversales dentro de las escuelas judiciales del continente (Academia de la Magistratura en el caso peruano) y de los centros de estudios de los poderes públicos que integran el sistema de justicia. No hacerlo o no considerarlo como debiera ser o enseñándose de un modo periférico, significaría llegar a la misma conclusión advertida por un grupo de especialistas en la década de los 90 sobre el la enseñanza del derecho constitucional "la formación de promociones de jueces alejados de la cultura democrática".[294]

Lo hasta aquí desarrollado es sólo algunas ideas del sistema convencional en plena exploración, por cuanto se están identificando algunos cabos sueltos que presentan la aplicación de los bloques de constitucionalidad y convencionalidad, y evidentemente requieren un mayor tratamiento.[295]

En definitiva, la convivencia entre el derecho convencional (derecho internacional de los derechos humanos) y el derecho nacional (derecho interno) es una clara manifestación del "derecho a vivir en democracia", en un ordenamiento constitucional-democrático; y corresponde la labor de expandir un "sentimiento convencional" en el sistema de justicia

---

[292] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá, 2006, p. xix.

[293] Al respecto puede verse con mayor detalle mi libro: *El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú (su encuadre constitucional-democrático)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), CESJ, Grijley, Lima, 2021.

[294] MINISTERIO DE JUSTICIA, *Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia*, MINJUS/PNUD, Lima, 1994, p. 25.

[295] Sobre el particular, ETO CRUZ, Gerardo, *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima, 2021, especialmente pp. 93-116.

peruano, y aplica –ciertamente- a los países hispanoparlantes, en la construcción de un "diálogo jurisprudencial en derechos humanos" antes que una "guerra de bloques" entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BOGDANDY, Armin, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coordinadores). **ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina**, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

DOMÍNGUEZ HARO, Helder. **El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú** (su encuadre constitucional-democrático), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), CESJ, Grijley, Lima, 2021.

DOMÍNGUEZ HARO, Helder. Anclaje democrático constitucional de la renovación de la judicatura a través de la capacitación judicial. ¿Reforma de traje o de sustancia?, **Gaceta Constitucional**, t. 151, 2020.

ETO CRUZ, Gerardo, **Problemas contemporáneos del control convencional**, San Bernardo, Lima, 2021.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coordinadores). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional**, Marcial Pons, Madrid, 2013.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. "El control de convencionalidad en el Perú", **Pensamiento Constitucional**, n° 18, 2013.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, **El derecho de los jueces**, Legis Editores, Bogotá, 2006.

LOVATÓN PALACIOS, Miguel David, **La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú**, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho, PUCP, mayo 2016.

MINISTERIO DE JUSTICIA, **Foro: nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia**, MINJUS/PNUD, Lima, 1994.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín, «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», en FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005**, t. 1, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Montevideo, 2005.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, ***La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada***, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.

DE LA DISCRECIONALIDAD, LA ESTABILIDAD JURÍDICA Y LA EFICIENCIA EN LA GESTIÓN DE LOS RECURSO HUMANOS.

EL CASO DE LAS FUERZAS MILITARES COLOMBIANAS[296]

Por Javier G Rincón Salcedo[297]

RESUMEN:

El ejercicio de la Facultad Discrecional como mecanismo legal otorgado al ejecutivo para que pueda retirar por "Razones del Servicio" a funcionarios Militares, ha sido objeto de importantes delimitaciones por parte de los jueces administrativos y constitucionales. Estas delimitaciones, lejos de constituir barreras para el ejercicio de la actividad de la administración dentro de un país en conflicto, deben ser consideradas, por una parte, como mecanismos que, por la vía de considerar que las Actas de evaluación son parte del Acto Administrativo de Retiro, permiten garantizar tanto el Derecho de Defensa de los funcionarios militares como el principio de estabilidad jurídica y de los valores de justicia y seguridad y jurídica que le subyacen, por otra parte, como instrumentos que contribuyen a "administrar mejor", en la medida que ejercen una presión sobre la Administración para que esta implemente una política coherente de Recursos humanos, que, naturalmente, redundará en el desarrollo de una gestión más eficiente del Estado.

The exercise of the Discretionary Power as a legal mechanism granted to the executive so that it can withdraw Military officials for "Reasons of Service", has been the subject of important delimitations by administrative and constitutional judges. These delimitations, far from constituting barriers for the exercise of the activity of the administration within a country in conflict, must be considered, on the one hand, as mechanisms that make it possible – by way of considering that the Evaluation Acts are part of the Administrative Act of Retirement – to guarantee both the Right of Defense of military officials, the principle of legal stability and the values of justice and legal security that underlie it. On the other hand, as instruments that contribute to "better administration" in the way that they exert pressure on the Administration to implement a coherent Human Resources policy, which, naturally, will result in the development of a more efficient management of the State Human resources.

PALABRAS CLAVE: Facultad Discrecional, motivación, motivos, eficiencia, gestión, recursos humanos, derecho de defensa, funcionarios militares, Estabilidad Jurídica, Seguridad Jurídica, justicia.

---

[296] El presente escrito corresponde a la Ponencia presentada dentro del Marco del Primer congreso del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana cuyo eje temático fue "Seguridad Jurídica, Estabilidad y equilibrio Constitucional".

[297] Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho público Fundamental y Doctor en Derecho de la Universidad de Poitiers, Francia. Actualmente es Profesor Asociado (TC) de la Pontificia Universidad Javeriana y Director del Centro de Estudios Observatorio de Derecho Militar de la misma Universidad. Conjuez de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

KEYWORDS: Discretionary Power, motivation, motives, efficiency, management, human resources, right of defense, military officials, Legal Stability, Legal Security, justice.

Introducción

Coinciden en afirmar los diferentes autores[298] que defienden la globalización jurídica, que el actuar de toda administración pública en el mundo contemporáneo, debe estar determinado por la búsqueda de la materialización del principio de eficiencia en su proceder. Es decir, debe ser un actuar en el que el aprovechamiento de los recursos sea optimizado de modo tal, que con los mismos pueda beneficiar de manera real a los ciudadanos tanto en sentido particular, es decir en cuanto individuos, como también en sentido general, es decir como colectividad.[299]

Dentro de este contexto global y teniendo en cuenta, por una parte, la situación social, política y económica colombiana y por otra parte, que la administración pública es la garante de la aplicación de los mecanismos necesarios para el desarrollo de una actividad eficiente del Estado, considero que resulta de especial interés, desde el punto de vista jurídico-económico, en aras de realizar un análisis que aporte elementos concretos al estudio de la planeación de recursos humanos dentro de la Administración Pública, el proponer una reflexión que teniendo como línea directriz la actividad eficiente del Estado, entendida esta eficiencia en términos económicos,[300] permita determinar el impacto que, enmarcado dentro del principio de estabilidad jurídica, puede y tiene el ejercicio de la *facultad discrecional*, en particular, frente a los funcionarios públicos al servicio de las Fuerzas Militares y en general, frente a los intereses de la colectividad.

Para trabajar esta temática general me ubicaré en el marco especifico del Estado Colombiano, dado que, aunado a la situación política particular en la que se enmarcan las actividades de sus Fuerzas Militares,[301] este Estado viene siendo condenado, con fundamento en la indebida utilización de la *Facultad Discrecional* que le otorgó la ley[302] a la adminis-

---

[298] Ver, por ejemplo, **ABATE, Bernard**, *La Nouvelle Gestion Publique*, LGDJ, París, 2000; **AUBY, Jean-Bernard**, *La globalisation, le droit et l´Etat*, Montchrestien, Paris, 2003 ; **JAMES, Harold**, *From Grandmotherliness to gouvernance. The evolution of IMF conditionality*, Finance and Developpement Review, Vol 35, N°4, 1998, p.44.

[299] En este sentido resulta oportuno precisar que la Constitución Política de 1991 incorpora el concepto de eficiencia que en términos económicos consiste en la utilización óptima de los recursos disponibles y que aplicado a la gestión estatal, en los términos de la Corte Constitucional colombiana significa, "*la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias*". Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 (Ms.Ps.: Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero

[300] "Eficiencia: Ausencia de despilfarro o utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnología dados." **SAMUELSON/NORDHAUS**, *Economía*, Décimo sexta edición, McGraw-Hill, p.726.

[301] Colombia es un país que afronta un conflicto interno desde hace más de 40 años, que ha llevado a que hoy, sus Fuerzas Militares sean el mayor empleador del país y el gasto militar uno de los rubros más importantes dentro del presupuesto nacional, lo que hace que el estamento armado sea un excelente campo de análisis, por una parte, de la relación existente entre la discrecionalidad de la Administración, los límites del acto administrativo y la eficiencia en el actuar del Estado y por otra parte, de la relación existente entre el ejercicio de la discrecionalidad y el control jurisdiccional y ciudadano de la actividad de la administración pública.

[302] **Decreto 1428 de 2007 Art.104.** "RETIRO DISCRECIONAL. Por razones del servicio y en forma discreci-

tración para desvincular "por razones del servicio" a sus funcionarios militares, a indemnizar y reintegrar al servicio activo a efectivos retirados por esta vía[303] y a su vez, a reformular actuaciones administrativas con el fin de garantizar la protección de derechos fundamentales. Estas condenas, no solo han significado un detrimento del patrimonio público, sino que además, por una parte, han permitido "constatar" que se están excluyendo efectivos cuyas calidades militares eran incuestionables; y en cuya preparación y formación el Estado había invertido sumas muy importantes de dinero, lo que pone en duda la planeación eficiente de Recursos humanos al interior de las Fuerzas Militares. Y por otra parte, deja en evidencia, que en el uso de la Facultad Discrecional, la Administración no solo ha violentado de manera flagrante el principio de la estabilidad jurídica, sino que a su vez ha quebrantado los valores de la seguridad jurídica y de la justicia que le subyacen y que constituyen un "fundamento esencial de la organización social", sin los cuales "no puede existir estado de derecho y, menos aún, efectividad de los fines esenciales del Estado previstos en el artículo 2 de la Constitución Política."[304]

Estas constataciones que vengo de evocar, se desprenden de dos hechos: en primer lugar, del hecho que desde el punto de vista de la racionalidad que debe dirigir la actividad de todo agente económico, resulta por lo menos difícil explicar, por qué si el Estado ha invertido importantes sumas de dinero en la preparación de alguno de sus efectivos, intempestivamente, fundamentado únicamente "en unas razones del Servicio", lo desvincula de la Institución, perdiendo así la posibilidad de recuperar su inversión.[305] En segundo lugar, estas constataciones se desprenden del hecho que, desde el punto de vista de la estabilidad jurídica, resulta imposible explicar por qué, por la vía del ejercicio de la Facultad discrecional, se está cambiando el régimen de carrera de los Militares por un régimen de libre nombramiento y remoción, violentándoles derechos individuales tales como el Derecho de Defensa, actuación esta que se ha traducido en un importante detrimento del patrimonio público como consecuencia de las condenas que en vía jurisdiccional se han decretado en contra de la Administración por su actuar ilegal.

---

onal, se podrá disponer el retiro de Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el segundo comandante de fuerza, el inspector general, el Jefe de personal de la respectiva fuerza, y el comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el articulo 99 de este Decreto". **Decreto 1428 de 2007 Art.99** "RETIRO. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación el la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales generales o de insignia, Coronel o Capitán de Navío se hará por Decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.
Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate oficiales Generales o de Insignia, e inasistencia al servicio sin justa causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. (…)"

303 Ver por ejemplo, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia 25000-23-25-000-2000-07584-01(2903-03) de 30 de noviembre de 2006 MP Jaime Moreno García; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B Sentencia 250002325000199230152 01. (4743 – 2003) de 2 de octubre de 2008 MP Jesús María Lemos.

304 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Sentencia 11001-03-15-000-2007-00441-01(AC) de 15 de noviembre de 2007. MP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

305 Es pertinente precisar que la perspectiva económica que se propone para el presente análisis, es una opción académica que no pretende conocer la importancia del estudio de la *Facultad Discrecional* para desvincular funcionarios militares, a partir de otros principios constitucionales como los consagrados en los artículos 122, 201 y 216 y s.s. Lo que este análisis busca, es ofrecer una reflexión que contribuya a la evaluación del ejercicio de la facultad discrecional desde la perspectiva de la utilización de los recursos públicos, desbordando la simple perspectiva de poder de la administración.

A pesar de que como lo acabamos de mencionar, los recientes fallos de los tribunales dejan en evidencia un desfase entre la utilización de la *Facultad discrecional* y la obligación de ejercer una actividad administrativa eficaz acorde con los principios del Estado moderno globalizado, dichos fallos han sido objeto de fuertes críticas por parte del estamento militar, por cuanto se ha considerado que estas decisiones judiciales han impuesto unos límites al ejercicio de la *Facultad discrecional*, que van en contra de la operatividad de unas Fuerzas Militares cuya actividad se desenvuelve en un país en conflicto. Sin embargo, tomando una posición opuesta a la manifestada por los críticos de estas decisiones y fundamentado en un análisis jurídico-gerencial, intentaré demostrar en el día de hoy que los límites que por vía jurisprudencial se le han impuesto al ejercicio de la *facultad discrecional* para desvincular funcionarios militares de las fuerzas Militares, las cuales considero se deben hacer extensivas a las recomendaciones de ascensos por parte de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, no son "nocivos" para la operatividad de la institución y por el contrario "contribuyen a administrar mejor"[306] y a consolidar la aplicación del principio de la estabilidad jurídica.

En este orden, para poder adentrarme en este análisis es importante primero precisar, qué entiendo por estabilidad jurídica, para que se pueda entender cómo relaciono directamente este principio con el análisis que desde la perspectiva de la eficiencia intento desarrollar sobre la Facultad Discrecional.

El principio de la Estabilidad Jurídica puede ser en mi concepto definido, como la calidad del ordenamiento jurídico dentro de la cual se desarrollan de manera transparente y regulada las relaciones en un determinado Estado, y por ello, es un elemento esencial del desarrollo de las actividades de la administración y de la construcción de confianza entre administración y administrados. Este principio, surge del equilibrio en la concreción de la garantía de dos valores que por sí solos detentan el carácter de elemento esencial para la construcción del Estado Social de Derecho, a saber: el Valor de la Seguridad jurídica y el Valor de la Justicia. En otros términos, sólo se puede predicar la existencia del Principio de la estabilidad dentro de un ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto los dos valores mencionados sean garantizados sin darle prevalencia a uno sobre el otro. De manera sencilla, la estabilidad jurídica es entonces un principio a cuya construcción subyace la garantía efectiva y equilibrada del valor de la seguridad jurídica y de la justicia, sin que por ello se puedan confundir.[307] Así, resulta entonces necesario definir lo que para efectos de este análisis entiendo por Seguridad jurídica y Justicia como valores subyacentes y esenciales para la construcción del principio de estabilidad jurídica.

La Seguridad Jurídica, se puede definir como la expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible[308] y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado. En otros términos, siendo la Seguridad jurídica un Valor en sí misma, toda reflexión que sobre

---

306 En este sentido ver, **FERNANDEZ, Tomás-Ramón**, *Discrecionalidad Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra Editores, 2006, p.358-365.

307 **DO CARMO SILVA, Jean Michel**., *La stabilité de l'entité contractuelle*, Thèse de doctorat, Toulouse, Dactylo, 14 Dec 2001. p. 81. "La sécurité des transactions est une manifestation de l'impératif de sécurité juridique. Elle garantit la confiance que les parties portent en la bonne exécution de leurs prévisions".

308 FRIAS. Pedro. La Seguridad Jurídica, en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artseguridadjuridica

ella se haga, debe ser realizada desde una perspectiva teleológica en la que la búsqueda de dicha seguridad constituye un imperativo jurídico del actuar del Estado, un deber ser que resulta esencial para la Construcción y consolidación del Estado social de Derecho y por la misma vía de una Administración Pública Eficiente.

Por su parte, el valor de la Justicia como elemento subyacente al principio de estabilidad jurídica, puede ser definido como el equilibrio entre el interés público y el privado que se logra a través de la garantía del respeto por las reglas del derecho y principalmente por los valores y principios que rigen el ordenamiento jurídico tales como los derechos fundamentales, colectivos y la legalidad propiamente dicha (imperativo de justicia). Este valor de justicia se expresa como la búsqueda de una especie especial de justicia conmutativa entre el interés general y el particular y como tal, su búsqueda también es un imperativo de actuación de la Administración.

De la naturaleza de estos dos valores que subyacen al principio de estabilidad jurídica, se colige que el garantizar que el desarrollo de su actividad siempre procure el equilibrio entre la garantía de la seguridad y la garantía de de la justicia, es un imperativo del Actuar de la Administración. Lo anterior por cuanto es solo en la medida que pueda garantizar que la actuación de la administración se mantendrá en un punto medio entre estos dos valores que habrá estabilidad jurídica.

Una vez descrito lo que para efectos de este estudio se considera es la estabilidad jurídica y partiendo de la base de que podemos afirmar que esta existe, solo cuando el derecho consigue asegurar un equilibrio entre los valores de seguridad y de justicia que mantenga de manera general, un orden durable y en particular, una seguridad dinámica, considero que es posible sostener que desde la perspectiva de las normas que regulan la facultad discrecional y de la actividad judicial que se ha desarrollado para controlar su ejercicio, se está construyendo una estabilidad jurídica en este campo. En efecto, considero que por la vía de los límites que los jueces le están imponiendo al ejercicio, por parte de la administración, de la Facultad Discrecional consagrada en la ley, se está concretando la aplicación del imperativo de seguridad y del imperativo de justicia, que presionan la consolidación de una estabilidad jurídica en la materia y que redundan en una contribución para que la gestión de la Administración en materia de recursos humanos sea más eficiente.

La anterior afirmación se sustenta en el hecho que las limitaciones impuestas por los jueces, crean las condiciones para que por la vía de la adecuación de la exigencia de motivación suficiente al ejercicio de la *facultad discrecional*, como presupuesto esencial para el ejercicio efectivo del derecho de defensa y la salvaguarda del valor de la seguridad jurídica y de la justicia **(I)**, no solo se garanticen adecuadamente los derechos de los individuos, sino que se genere para la administración, una correlativa presión para que implemente una planeación coherente de la utilización de sus Recursos Humanos. Una planeación, que determinada por la consolidación de un control efectivo por parte de la colectividad, redundará, de manera natural, en beneficio de un aprovechamiento más eficiente de los recursos económicos que les son entregados a las instituciones públicas **(II).** Todo lo anterior en beneficio de la consolidación de un ordenamiento jurídico garantista de la estabilidad jurídica.

I. La exigencia de motivación suficiente, una garantía del ejercicio del Derecho de Defensa y del principio de la Estabilidad Jurídica

En sentencias recientes de tutela, sin entrar a cuestionar la existencia misma de la *facultad discrecional* del Estado para desvincular a los funcionarios de las Fuerzas Militares

por "razones del servicio,"[309] ni mucho menos entrar a cuestionar la existencia de la discrecionalidad administrativa, tanto el Consejo de Estado[310] como la Corte Constitucional[311] confirman algunas Sentencias del Consejo de Estado según las cuales[312] si bien el acto administrativo de retiro de un funcionario militar, fundamentado en la Facultad Discrecional que le otorgó la Ley a la Administración,[313] no debe motivarse exhaustivamente, sí debe estar amparado en razones objetivas y razonables, y sostienen, en aras de garantizar el Derecho al Debido Proceso y el Derecho de Defensa de los tutelantes, que esas razones objetivas deben estar consagradas en los informes que tienen la obligación de expedir los comités o juntas encargadas de emitir las recomendaciones en que se sustentaron las decisiones. Informes que deben ser comunicados al afectado junto con el Acto Administrativo de desvinculación.

En otros términos, confirman los jueces de tutela aquellas decisiones en las que se manifestó que "las razones del servicio", no constituyen una motivación suficiente del acto administrativo, si el mismo no está acompañado por unas Actas que de manera clara y objetiva expliquen cuales son los motivos determinantes de la expedición de dicho Acto,[314]

---

309 Ver las sentencias C-525 de 1995 MP Vladimiro Naranjo Mesa, C-368 de 1999 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, C-942 de 2003 MP Alfredo Beltrán Sierra, C-1173 de 2005 MP Manuel José Cepeda y C-179 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra. En estas Sentencias la Corte Constitucional confirma la constitucionalidad del Retiro Discrecional.

310 SENTENCIA: 05001-23-15-000-2009-00203-01 MAGISTRADO PONENTE: Susana Buitrago Valencia FECHA: 28 de mayo de 2009– Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta (Acción de Tutela) En el caso que analiza el Consejo de Estado en sede de Tutela, el accionante era un capitán que fue retirado del Ejército Nacional en forma discrecional por razones del servicio. El oficial siempre estuvo en la lista uno del ejército (la mejor calificada) y no tenía investigaciones en su contra. En consecuencia, en su acción el accionante indica que la Nación vulneró sus derechos al debido proceso y al trabajo en la medida en que nunca existió recomendación del comité correspondiente y si ese comité llegó a existir, le vulneraron el derecho a la defensa porque nunca le dijeron qué determinación o decisión había tomado.

311 Corte Constitucional. T-111 de 20 de febrero 2009, M P: Clara Elena Reales

312 Se manifiesta que es una confirmación por cuanto, si bien existen algunos fallos del Consejo de Estado que dejaban entrever la obligación para la Administración de plasmar los motivos del Acto a través del cual se ejerce la facultad Discrecional, también existen fallos en los que se considera que los motivos no deben estar consignados en el Acto final. En lo referente a los primeros, a manera de ejemplo, se puede citar la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección "B" Radicación número: 25000-23-25-000-2001-00140-01(4319-04) de 18 de mayo de dos mil seis CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Actor: José John Marulanda Marín Demandado: Ministerio de Defensa, en la cual manifestó: "(…) *En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A. No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.*

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida. (…)".

313 Decreto 1428 de 2007 Art. 99 y 104.

314 Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa "*la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse*

agregando – en sede de tutela – que una tal insuficiencia, hace nugatoria la posibilidad para el afectado de ejercer su Derecho de Defensa.

Esta confirmación de los jueces de tutela, enmarcada dentro de la protección al Derecho de Defensa, implica una presión importante para que se dé un cambio en el ejercicio de la facultad discrecional para desvincular personal Militar de las Fuerzas Militares en Colombia y sin duda alguna, toda vez que queda sentado con claridad el principio según el cual, las simples "razones del servicio" no son una motivación suficiente del acto de desvinculación de estos funcionarios, como hasta ahora se ha considerado por la administración y sobre todo, como ya afirmaba, que dicha insuficiencia atenta contra los derechos fundamentales del afectado. En otros términos, presiona para que la administración, si bien puede continuar desvinculando por "razones del servicio", lo haga respetando el valor de la justicia y el valor de la Seguridad Jurídica – concretados en la garantía del Derecho de Defensa y en la negación de la arbitrariedad – y por ende, garantizando el respeto del principio de la estabilidad jurídica.

En efecto, si tenemos en cuenta que por la vía del contencioso administrativo el funcionario solo puede solicitar la nulidad del acto por expedición irregular, pero no – por no ser la vía legal idónea – que se motive adecuadamente el mismo,[315] el desconocimiento de los motivos que sirven de fundamento al acto de desvinculación, pondría al funcionario en la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa convirtiendo el Acto en una expresión de arbitrariedad de la administración, que atenta directamente y de manera flagrante contra los valores de Justicia y Seguridad Jurídica.

Sin embargo, es importante subrayar – para efectos de no perder de vista nuestra relación entre el ejercicio de la Facultad discrecional, los límites impuestos por los jueces y el componente esencial de eficiencia – que si analizamos la posición del Consejo de Estado desde el punto de vista del funcionario, es evidente que solo nos remitiríamos a observaciones en términos de garantía del ejercicio del derecho de defensa y a anotaciones sobre el hecho que como juez de tutela este comienza a darle fuerza a ciertas jurisprudencias de los jueces de lo Contencioso Administrativo, que intentan aplicar la distinción entre la Carga

---

de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgada. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica indefectiblemente que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares"

315 En este sentido afirmó el Consejo de Estado en Sentencia de Tutela: *"El desconocimiento de las razones que sustentan el despido del servicio se considera una actitud arbitraria que amerita la protección constitucional porque las acciones contenciosas no resultan idóneas para obtener que la administración motive su acto permitiendo que el afectado controvierta la legalidad del mismo, única garantía de que pueda acudir al proceso contencioso en ejercicio de la plenitud de sus derechos"* SENTENCIA: 05001-23-15-000-2009-00203-01 MAGISTRADO PONENTE: Susana Buitrago Valencia FECHA: 28 de mayo de 2009– Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta (Acción de Tutela) Valencia FECHA: 28 de mayo de 2009– Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta (Acción de Tutela)

de la impugnación y la carga de la prueba que tiene todo accionante.[316] Pero si lo analizamos desde el lado contrario de la relación jurídica, es decir desde el punto de vista de la administración, lo que encontramos es la obligación para esta de realizar estudios sólidamente elaborados que reflejen el análisis serio de los hechos[317] que dan fundamento a su decisión de desvincular al funcionario del servicio activo. De lo anterior se colige, que la administración no se puede ocultar detrás de lo que Gordillo denomina el "Anquilosado Paradigma" de la prevalencia de un interés sobre el otro[318] – que para este caso consistiría en argumentar que las "razones del servicio" no necesitan más explicación que el ser una medida de salvaguarda del interés general necesaria dentro de un país en conflicto – pues esto constituiría, en los términos del mismo autor,[319] una falacia no formal que lleva a que el acto este ilógicamente motivado y que por ende deba ser declarado nulo.[320]

Al confirmar que la administración debe consignar claramente, en las Actas de la junta Asesora del Ministerio de Defensa, los motivos en los que se fundamenta la utilización de la *facultad discrecional* para desvincular a un funcionario militar de las Fuerzas Militares, con el fin de que este pueda ejercer su derecho a la defensa,[321] se debe entender de una vez por todas que la inadecuada elaboración de las actas de las reuniones de los comités o juntas, en los que se decide recomendar o no el retiro de un funcionario y que sirven de causa al acto de desvinculación o que las mismas contengan expresiones vagas y vacuas como por ejemplo "por ser conveniente a los superiores intereses del Estado" o " en virtud de las atribuciones que le confiere la ley" equivalen, en sentido material más no formal, a la

---

316 La distinción que realiza MARIN a propósito de los actos discrecionales, nos parece absolutamente necesaria para garantizar el acceso a la administración de justicia de los funcionarios en general y de los funcionarios militares en particular. **MARIN, Hugo**. *Discrecionalidad Administrativa,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 774.

317 En este punto es importante precisar como lo ha hecho de manera reiterada la Corte constitucional y el Consejo de Estado que la facultad discrecional no es una sanción, de lo que se colige que no se trata para la administración de realizar un proceso completo en el cual el funcionario vaya a ser juzgado, se trata simplemente de que estas actas reflejen los motivos objetivos y razonables que llevan a las juntas o comités a recomendar el retiro del funcionario.

318 Gonzáles Navarro, Francisco, citado por **GORDILLO, Agustín**, *Tratado de derecho Administrativo*, Biblioteca jurídica Diké y Fundación de Derecho Administrativo. Medellín, 1999. 1ª Ed. Colombiana. p. 39.

319 *Ibídem*. p. 40.

320 En este sentido se puede hacer referencia a la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección "B" Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05) de 3 de agosto de dos mil seis CP. Alejandro Ordoñez Maldonado. Actor: Jesús Antonio Delgado Guana Demandado: Ministerio de Defensa, previamente citada, en la cual el Alto Tribunal manifestó: "*De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.(…)"*.

321 En este punto resulta fundamental resaltar que el gran aporte de las precitadas sentencias de tutela pronunciadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de Facultad Discrecional es el de, en contravía de ciertos pronunciamientos del mismo Consejo de Estado, pero estos en sede contenciosa(Ver por ejemplo, Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Radicación número: 25000-23-25-000-2000-01435-01(6207-03) de 10 de marzo de 2005 CP. Alberto Arango Actor: Juan Mauricio Aristizábal Puerta, Demandado: Ministerio de Defensa, Ejército Nacional.), manifestar que es necesario que los motivos sean comunicados al afectado por el retiro para que este pueda ejercer su derecho de Defensa.

inexistencia de fundamentación pues significan "inutilizar totalmente la defensa o argumentación".[322]

Una inutilización que en últimas significa, desconocer de manera abierta y flagrante el Valor de la Seguridad y el valor de la justicia, pues, parafraseando la Corte constitucional,[323] las formalidades y procedimientos tienden a ser un ritual que vivifica el valor de la seguridad jurídica y de la justicia, de manera que todos saben que, al obedecer ciertas prácticas formales comunes, se efectivizan las garantías del hombre y si no se cumplen dichas formalidades y procedimientos – como sería en este caso el plasmar los motivos del Acto Administrativo para que el funcionario pueda ejercer de manera efectiva su derecho de Defensa – se estaría generando una inestabilidad Jurídica que siempre va en detrimento de la consolidación del Estado Social de Derecho.[324]

Así, en los términos de nuevo de GORDILLO,[325] la administración está obligada a explicar exhaustivamente cuales son los hechos que se consideran probados, qué valoración reciben, qué relación existe entre tales hechos, etc., dado que la expresión de los motivos, como presupuesto para que el Acto se considere suficientemente motivado, no es una "banal formalidad" como de manera evidente se ha venido asumiendo por parte de la Administración colombiana en esta materia, sino que es un elemento esencial del Acto debido a que hace referencia directa a su contenido y a la razonabilidad de la decisión.[326]

Utilizando los términos de MARIN, aún frente a supuestos como el del ejercicio de la *facultad discrecional*, la administración "*no puede olvidarse de la perentoriedad de instruir un procedimiento administrativo que le garantice cumplir con las exigencias derivadas del principio de objetividad y el deber de administración, incorporar unos – todos los – hechos que objetiva y verazmente fundamenten su elección, y ponderar adecuadamente todos los bienes, valores y derechos implicados, de suerte que se cumpla la garantía prevista en el igualmente multicitado art 36 CCA, en el sentido que la resolución dic-*

---

322 González Navarro, Francisco, citado por **GORDILLO, Agustín**, *Tratado de derecho Administrativo*, Op.cit., p. 40.

323 Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 6 de mayo de 1994, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

324 En este sentido afirma Frías que "*Saenger Gianonni, desde Chile, nos recuerda que la seguridad jurídica exige el reconocimiento de la persona y de la soberanía del pueblo, pero también de la supremacía constitucional, de la división entre los poderes constituidos, del poder judicial independiente y de la administración sometida a la ley, de la representación política y la oposición y del control del poder. La seguridad jurídica no encuentra buen asilo en una sociedad transgresora, que respeta las reglas según su humor. Cuando asoma la discrecionalidad y se asocia al despilfarro, la tercera "d" del paradigma es el desencanto y a veces el deshonor*." FRIAS. Pedro. Op.cit., p. 2.

325 *Ibídem*.

326 En este sentido y con respecto a la diferencia entre la exigencia de motivación y la justificación de los motivos, el consejo de Estado manifestó en Sentencia del 8 de mayo de 2003, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia: 3274-02 Actor: José Humberto Medina Donato, que: *"(…) el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.(…)*

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto ju

rídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión."

tada en ejercicio de facultades discrecionales sea proporcional a los hechos que le sirven de fundamento."[327]

En este sentido, es también fundamental subrayar que con esta imposición de comunicar el contenido de las actas – la causa del acto de desvinculación – se dejan a su vez claras dos cosas que ya están perfectamente desarrolladas en el campo teórico pero no así en el práctico. En primer lugar, que el funcionario que puede ser retirado con fundamento en la *facultad discrecional* no se convierte por ese simple hecho en un funcionario de libre nombramiento y remoción, este funcionario sigue siendo de carrera (vocación de estabilidad) y lo que sucede es que de manera excepcional, se le permite a la administración truncar dicha carrera para que se logren concretar los fines del Estado.

En este punto, me aparto entonces totalmente de la posición esgrimida por el Consejo de Estado cuando asimila la *Facultad Discrecional* a una Facultad de libre nombramiento y remoción,[328] por cuanto en mi concepto, los funcionarios que pertenecen a la Carrera Militar sí se encuentran cobijados por el Principio de Estabilidad en el Trabajo y por lo mismo, la *Facultad Discrecional* no puede ser considerada una Facultad de libre remoción, sino una Facultad excepcional cuyo ejercicio se encuentra reglado y debe fundamentarse en motivos objetivos. De hecho, considerar que la Facultad discrecional es una facultad de libre remoción, implicaría un atentado directo contra los valores de seguridad jurídica y de justicia que subyacen al principio de la estabilidad jurídica, por cuanto nos obligaría a aceptar que el régimen de carrera al que pertenecen los militares puede ser desconocido por la simple voluntad de la administración cuando de manera arbitraria así lo estime conveniente.

De la imposición de consignar los motivos en el Acto mismo, se deja claro, en segundo lugar, que una cosa es el acto de gobierno y otra muy diferente el Acto administrativo que se expide en ejercicio de la *facultad discrecional.*[329] De lo que se colige que este último no se puede fundamentar en motivos y motivaciones de carácter político, sino que su causa debe ser objetiva, de manera que al evaluar este acto jurisdiccionalmente, si bien no se analiza la conveniencia o inconveniencia de la decisión, sí se analiza la existencia de los motivos en que se fundamenta y la proporcionalidad de estos con dicha decisión.[330]

---

[327] **MARIN, Hugo**. *Discrecionalidad Administrativa*, op.cit., p. 780.

[328] Ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 17 de agosto de 2006, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia: 5978-05 Actor: Miller Antonio Sandoval Rojas, Demandado: Ministerio de Defensa.

[329] Con respecto a la diferenciación entre los actos políticos y los actos expedidos en ejercicio de facultad discrecional, compartimos la posición de BERROCAL cuando a manera de ejemplo manifiesta que "*una es la discrecionalidad de un alcalde en relación con los cargos de representación política, en los cuales puede determinar la oportunidad, el mérito, la conveniencia y los motivos"* y otra, "*la discrecionalidad en relación con cargos no políticos y que no estén sujetos a carrera, en los que apenas puede determinar la oportunidad y la conveniencia, ya que los motivos están limitados por las necesidades del servicio, lo cual excluye motivos que si son admisibles en los actos respecto de cargos de representación política, como pueden ser motivos políticos partidistas o puramente personales ajenos a las necesidades del servicio*." **BERROCAL, Luis Enrique**, *Manual del acto Administrativo*, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2009, 5ª Ed. p. 177.

[330] Es importante precisar que la competencia de los jueces administrativos para pronunciarse sobre la causa del Acto de retiro por *Facultad discrecional* no pone en duda la existencia de dicha facultad. De acuerdo con la posición adoptada en la materia por los mismos jueces en diferentes sentencias mencionadas anteriormente, el control del juez de la existencia de los motivos del Acto discrecional y su proporcionalidad con la decisión, no es más que la obligación que tiene todo juez de verificar la existencia y validez de todo elemento *ad substantiam actum* del acto definitivo, como lo son en este caso, las Actas de evaluación de la junta asesora del Ministerio de Defensa para el Acto Administrativo de Retiro, con el

Con la exigencia de la motivación suficiente de los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios militares de las Fuerzas Militares, concretada en la exigencia de la publicación y adecuada elaboración de las Actas de recomendación, lo que se busca es que el sujeto que es retirado, al interponer su demanda, pueda someter ante el juez el análisis de la existencia de los motivos y controvertir tanto dicha existencia, como la razonabilidad del acto.[331] Sin embargo, la exigencia de motivación suficiente no solo permite a los funcionarios afectados ejercer su derecho de defensa y proteger el Valor de la Seguridad Jurídica sino también, en mi concepto, a la colectividad de ejercer su derecho a fiscalizar la actividad de la administración en lo que al aprovechamiento de sus recursos se refiere. Lo que de la mano de la actividad jurisdiccional, contribuirá también a una mejor administración de los recursos humanos dentro de las Fuerzas Militares y una gestión eficiente de la Administración en su conjunto, que redundará en una consolidación del Principio de Estabilidad Jurídica.

II. La exigencia jurisdiccional de motivación suficiente, una garantía de planeación y gestión eficiente de los Recursos Humanos.

La actuación eficiente del Estado no es un simple objetivo deseado, sino una obligación que en el caso colombiano se encuentra consagrada en su Constitución Política como principio de la Actuación administrativa. Esta actuación eficiente, no puede sin embargo concretarse en el campo del ejercicio de la *Facultad discrecional* para la desvinculación de personal militar de las Fuerzas Militares, si, por una parte, dicho ejercicio no se realiza dentro de los límites de la racionalidad económica y jurídica que debe determinar la utilización de los recursos disponibles y en particular la utilización del recurso humano. Y por otra parte, sino se procura un equilibrio entre la garantía de los valores de seguridad jurídica y de justicia que subyacen al principio de la estabilidad jurídica.

Si tenemos en cuenta que la racionalidad económica – entendida como la conducta optimizadora en la que los consumidores maximizan la utilidad y las empresas maximizan los beneficios[332] – y la racionalidad jurídica – entendida, con respecto a la Administración pública, como la actividad determinada por la voluntad de maximizar los beneficios de la colectividad – son elementos esenciales para alcanzar el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, su desconocimiento conlleva directamente a la ineficiencia en la actuación de la Administración. En otros términos, toda actuación irracional (económica o jurí-

---

fin de establecer la legalidad del Acto que se le ha sometido a evaluación. En esta misma vía interpretativa que opera en Colombia – ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 18 de mayo de 2000, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia: 2459-99 Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza, Demandado: Instituto de Seguros Sociales – se ubica, al igual que la jurisprudencia francesa, una parte de la jurisprudencia argentina en lo Federal, la cual manifiesta de manera expresa que "La exactitud material de los hechos que motivan la decisión administrativa constituye una condición general de legalidad de todo acto administrativo, por lo que, como se ha dicho, los jueces están facultados para verificar la materialidad de las faltas que motivan las medidas discrecionales". Fallo "Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/Universidad de Buenos Aires", citado por **CASSAGNE, Juan C**, *El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 208.

[331] En este punto hacemos referencia al control de la razonabilidad del acto de retiro, en términos de control de la oportunidad o conveniencia de la decisión y su proporcionalidad en relación con los hechos que le dan origen. Así entonces, diferenciamos esta razonabilidad, de la razonabilidad económica que utilizamos para efectos de determinar la existencia de una gestión eficiente de la Administración en materia de Derechos Humanos. La posibilidad y obligación para los jueces de realizar un control de la oportunidad de la Decisión discrecional en función de la proporcionalidad de la misma con la causa que le da origen, fue plasmada por el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de mayo de 2003, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia: 3274-02 Actor: José Humberto Medina Donato.

[332] **SAMUELSON/NORDHAUS**, *Economía*, Decimosexta Edición. McGraw-Hill. p., 183.

dicamente considerada) conlleva a una actuación ineficiente de la Administración y por ende, en el caso colombiano, a un desconocimiento de por lo menos, dos de los principios constitucionales determinadores de la actividad administrativa – la eficiencia y la estabilidad.

Sin embargo, la clásica discusión consistente en evaluar la discrecionalidad desde la perspectiva de la separación de los poderes es insuficiente para encuadrar el planteamiento anterior, por ello, el punto de vista de la eficiencia y la racionalidad que le subyace, y que planteo para el análisis de la Facultad Discrecional,[333] corresponde a una perspectiva ampliada en la que entiendo que los límites que se le imponen al ejercicio de esta *facultad discrecional* por parte de los jueces, no son simples mecanismos encaminados a evitar la arbitrariedad, sino que se convierten en instrumentos que contribuyen a garantizar el desarrollo de una actividad pública eficiente, de lo que se infiere que "juzgar a la administración, contribuye también a administrar mejor."[334]

En el caso particular del cual nos ocupamos, la contribución a la eficiencia se deriva de la imposición que hacen los jueces administrativos y constitucionales a la administración, consistente en establecerle límites al ejercicio de la facultad discrecional, obligándola a motivar de manera suficiente los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios militares a través de la publicación de las actas en las que se manifiestan las razones que sirven de base a la recomendación del despido y que constituyen la causa del acto discrecional de retiro. Sin embargo, dicha contribución materializa su presión por la eficiencia a través de dos vías diferentes.

Una ***primera vía***, que podríamos denominar como ***directa***, de acuerdo con la cual, la imposición que se expresa a través de los límites impuestos al ejercicio de la Facultad discrecional, trae como consecuencia una presión para que el Estado realice una planeación más eficiente de sus recursos humanos, so pena de verse sancionada y condenada al pago de indemnizaciones de perjuicios como consecuencia de desvincular a sus funcionarios, por la vía de la facultad discrecional, fundamentado en argumentos carentes de objetividad.

En este orden – teniendo en cuenta que la motivación del Acto sólo puede ser racional si se encuentra en adecuación con una causa o motivo objetivo – dentro del marco de esta primera vía la lógica consiste en afirmar que los límites impuestos por la jurisdicción, generan una correlativa presión sobre la administración para que enmarque toda desvinculación dentro de políticas estructuradas y claras de recursos humanos. Lo anterior por cuanto resultaría irracional tanto desde el punto de vista económico como jurídico y por ende contrario al principio de eficiencia que, fundamentado en una apreciación puramente subjetiva y desprendida de una política clara de utilización de los recursos humanos, decidiera prescindir de los servicios de un funcionario en cuya preparación ha invertido importantes recursos públicos, los cuales está en la obligación de utilizar de manera eficiente.

De manera concreta, se puede afirmar que en la medida que la desvinculación de un funcionario no se encuentre fundamentada en motivos objetivos que se enmarquen en políticas claras de manejo y gestión de recursos humanos, dicha desvinculación es ilegal y contraria al princpio de eficiencia por cuanto debe ser considerada como una acción irracional de la administración. Una irracionalidad derivada del hecho que si la causa del acto

---

[333] Con fundamento en la misma lógica se puede analizar el ejercicio de esta facultad discrecional desde la perspectiva de otros principios constitucionales, sin embargo, dicho análisis desborda el objeto del presente artículo, razón por la cual, tal análisis será objeto de futuros trabajos de reflexión sobre este tema.

[334] **FERNANDEZ, Tomás-Ramón**, *Discrecionalidad Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra Editores, 2006, p.358.

no es objetiva y no puede ser evaluada a la luz de una política clara de planeación y manejo de recursos humanos, la decisión de conveniencia (la desvinculación) no podría ser considerada como encaminada a maximizar los beneficios de la administración individualmente considerada – racionalidad económica – y de la colectividad – racionalidad jurídica –. *A contrario*, si los motivos en que se fundamenta el acto de desvinculación son objetivos, como lo exigen los límites impuestos por los jueces y se encuentran enmarcados dentro de políticas estructuradas de Recursos Humanos, entonces la actividad podrá ser considerada como racional en términos económicos y jurídicos.

Así, los límites impuestos por los jueces, impiden a la administración el estar dando bandazos, escudados en la supuesta garantía del orden público, en materia de manejo de recursos humanos, obligándola a tomar decisiones con base en políticas objetivas y claras de planeación y manejo de estos recursos. Lo que en definitiva significa que por la vía de la imposición de estos límites, se garantiza el respeto de los valores de justicia y de estabilidad jurídica que le sirven de presupuesto a la estabilidad y que redunda en una presión a la administración para que realíce una actividad más eficiente.

Manifestaba, sin embargo, que existe una ***segunda vía*** a través de la cual se materializa la presión por la eficiencia derivada de las imposiciones que hacen los jueces a la administración y que implican unos límites al ejercicio de la Facultad discrecional. Esta ***segunda vía***, que podemos denominar ***indirecta***, consiste en una apertura para que los ciudadanos puedan exigir, a través de los mecanismos de fiscalización que les otorga el ordenamiento jurídico colombiano,[335] una adecuada planeación de los recursos humanos al interior de las fuerzas Militares.

Esta apertura, surge de la posibilidad que se genera para los ciudadanos de exigir a dicha administración – fundamentados en los límites impuestos por parte de los jueces al ejercicio de la *facultad discrecional* – explicaciones relacionadas con la manera en como son utilizados los dineros públicos en el manejo de los recursos humanos al interior de las fuerzas Militares. En otros términos, es una apertura que consiste tanto en la posibilidad que se le presenta a los ciudadanos de, a partir del conocimiento de elementos objetivos (Causa del acto), evaluar la actividad del Estado en términos de eficiencia, como en la correlativa obligación que tiene la Administración de demostrar que su actividad es racional tanto desde el punto de vista económico como jurídico.

En efecto, si tenemos en cuenta que por una parte, Colombia es un país que afronta un conflicto interno que obliga a que el gasto militar represente el 5.6% del PIB[336] y que por otra parte, dentro de dicho gasto el componente de la preparación del personal ocupa más del 30% del mismo, resulta por lo menos comprensible y explicable que la Administración deba demostrar objetivamente – insistimos, sin escudarse en el anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre el otro – que las decisiones de desvinculación de oficiales, suboficiales o soldados con fundamento en la *facultad discrecional* obedece al principio de eficiencia.

En términos un poco más sencillos, dada la importancia del gasto militar en un país como Colombia y del gasto en la preparación de sus Militares, la administración debe estar en la capacidad de explicar de manera objetiva, ante la fiscalización de los ciudadanos, por

[335] Por ejemplo las Acciones Populares.

[336] Gasto Militar para el 2008 en Colombia de acuerdo con las cifras del Departamento Nacional de Planeación.

qué oficiales o suboficiales en cuya formación nuestras Fuerzas Militares invierten una gran cantidad de dinero, son de un día para otro desvinculados de la institución, sin más explicación que "las razones del servicio". Es decir, demostrar que la "pérdida" de los dineros invertidos en la preparación de sus recursos humanos, obedece a una actuación racional y no a un impulso meramente subjetivo.[337]

De los dos componentes de la apertura antes mencionada – fiscalización por parte de los ciudadanos y la obligación que consideramos en un Estado Social de Derecho como el colombiano tiene la Administración de demostrar que sus actuaciones deben estar dirigidas hacia la realización de una actividad eficiente – considero que se deriva para la Administración una correlativa presión para que implemente una clara y transparente política de Planeación de Recursos Humanos dentro de la cual pueda enmarcar sus decisiones de desvinculación por *facultad discrecional*, para evitar que sus actuaciones sean consideradas no solo arbitrarias sino a su vez, ineficientes.

Sin embargo, el impacto que en materia de planeación eficiente de recursos humanos tienen los limites impuestos por los jueces al ejercicio de la *facultad discrecional* para desvincular funcionarios militares deriva un gran interés, no solo del hecho de los límites que se le imponen a la administración para desvincular por Facultad Discrecional, sino a su vez y principalmente, del hecho que de las limitaciones impuestas para este caso específico, se debe entender que se deriva de manera extensiva para las Fuerzas Militares colombianas, la obligación de motivar suficientemente todo acto que implique desvinculación de un miembro militar de la fuerza, como lo sería, por ejemplo, la no recomendación de ascenso de un oficial o suboficial al grado inmediatamente superior o el simple llamamiento a calificar servicios.[338]

Lo anterior por cuanto, si consideramos que la aplicación de los límites al ejercicio de la facultad discrecional debe ser considerada como una obligación general, cuya aplicación se impone de manera extensiva a todo acto de desvinculación, entonces estaríamos generando un verdadero impacto en el manejo de los Recursos Humanos al interior de las Fuerzas Militares colombianas que redundaría en la presión para esta de mejorar su eficiencia en la gestión de los recursos públicos. En efecto, dado que la administración estaría obligada en todo momento a demostrar que sus decisiones discrecionales en materia de desvinculación – cualquiera que ella sea – se encuentran fundamentadas en causas objetivas y no en elementos puramente subjetivos. Es decir, demostrar que la manera como manejan los recursos públicos destinados a la preparación y mantenimiento del recurso hu-

---

[337] En este sentido, me permito precisar que si bien estoy convencido que la relación de confianza es elemento fundamental dentro de las instituciones militares, a su vez estoy convencido que la ruptura de esa relación como fundamento de una decisión de desvinculación debe fundamentarse en causas objetivas, pues en tratándose del rubro más importante en materia de gasto público, lo mínimo que se puede esperar es que la ejecución de dicho presupuesto se realice siguiendo lógicas racionales que permitan desarrollar una actividad eficiente.

[338] En este sentido hay que afirmar que si bien la estructura castrense es piramidal, la institución debe estar en capacidad de demostrar de manera objetiva que quien se encuentre en la cúspide es el mejor de entre aquellos que podían acceder a dicho cargo. Se hace referencia a la situación particular de los ascensos porque, en esta materia, como consecuencia de decisiones discrecionales fundamentadas en Actas mal elaboradas o simplemente ilegales por vicios del consentimiento y por lo mismo, de manera evidente no enmarcadas en políticas eficientes de gestión de recursos humanos, el Estado se ha visto, como en el caso de retiro por "razones del servicio", condenado por que sus actos se encontraban viciados por falsa motivación y también por desviación de poder. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 18 de febrero de 2002, Referencia: 993520; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 10 de Octubre de 2009, Referencia: 200566704 Actor: José Humberto Medina Donato.Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección segunda, Sentencia de 2003, Ref:993520

mano dentro de la fuerza, se encuentra enmarcada dentro de una política clara de planeación de recursos humanos cuyo objetivo principal es el de la materialización del principio de eficiencia y de la racionalidad que le es subyacente, como presupuestos esenciales para alcanzar el beneficio de la colectividad y de la administración pública individualmente considerada. Entonces estaríamos generando una obligación de transparencia que redundará en la eficiencia en el manejo de los recursos públicos.[339]

Conclusión

A manera de conclusión, se puede entonces afirmar que – derivado de la fiscalización y de la obligación de la administración de motivar de manera suficiente sus decisiones de desvincular funcionarios militares con fundamento en el ejercicio de la *facultad discrecional* que le otorga la ley – los límites impuestos por el juez al ejercicio de esta facultad al interior de las Fuerzas Militares contribuyen a administrar mejor. Lo anterior, por cuanto dichos límites generan la obligación para el Estado de enmarcar sus decisiones dentro de políticas estructuradas de planeación de Recursos Humanos al interior de la institución militar, que redundan en un mayor respeto y garantía de los valores de justicia y seguridad jurídica (estabilidad jurídica) y en un correlativo mejoramiento de la eficiencia en el actuar de la administración.

Sin embargo, la denominada *facultad discrecional* para retirar funcionarios no se encuentra limitada al campo de las Fuerzas Militares, sino que existen otras normas que autorizan el ejercicio de dicha facultad, entre otras, en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)[340] y en el Instituto Nacional Penitenciario (INPEC),[341] instituciones estas que por su carácter civil ameritan un análisis especial y diferenciado que permita aclarar si el ejercicio de esta facultad es un mecanismo que genera eficiencia en el actuar de la Administración Pública en su conjunto y si los límites impuestos al ejercicio de la misma por los jueces contribuyen, como en el caso de las Fuerzas Militares, a administrar mejor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABATE, Bernard. **La Nouvelle Gestion Publique.** Paris: LGDJ, 2000.

AUBY, Jean-Bernard. **La globalisation, le droit et l´Etat.** Paris: Montchrestien, 2003.

BERROCAL, Luis Enrique. **Manual del acto Administrativo.** Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.

CASSAGNE, Juan C. **El principio de la legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

DO CARMO SILVA, Jean Michel. **La stabilité de l'entité contractuelle.** Tésis de Doctorado, Toulouse, Dactilo, 14 Diciembre 2001

[339] En ocasiones resulta inexplicable encontrar que por el camino son dejados de lado miembros militares en cuya formación la fuerza ha invertido una cantidad muy importante de recursos públicos, sin más explicación o fundamento que la existencia de una estructura piramidal o las razones del servicio, lo que choca directamente con los principios de la eficiencia y ha llevado a que el Estado sea condenado.

[340] Decreto 2147 de 1989

[341] Decreto-Ley 407 de 1994.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Discrecionalidad Arbitrariedad y Control Jurisdiccional.** Lima: Palestra Editores, 2006.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho Administrativo.** Medellín: Biblioteca jurídica Diké y Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

JAMES, Harold. From Grandmotherliness to gouvernance. The evolution of IMF conditionality, The evolution of IMF conditionality. **Finance and Developpement Review**, v. 35, n.4, 1998.

NORTH, Douglass. **Instituciones Cambio Institucional y desempeño económico.** México**:** Fondo de cultura Económica, 2000.

MARIN, Hugo A. ***Discrecionalidad Administrativa***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

ROEMER, Andrés. ***Introducción al análisis económico del derecho.*** México: ITAM, 1994.

RUBIO, Mauricio. ***Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho Latinoamericano.*** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SAMUELSON/NORDHAUS. ***Economía***. 16 ed. McGraw-Hill.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MINORANTE INOMINADA

Dr. José Barroso Filho
Ministro do Superior Tribunal Militar

Os direitos humanos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes e o princípio da proporcionalidade, considerado um dos princípios mais importantes do direito penal, está implícito no texto da Carta Magna de 1988.

Os princípios, sejam expressos ou implícitos, possuem força normativa, assim o princípio da proporcionalidade constitui "eixo dos direitos fundamentais, pois as penas devem ser harmônicas com o fato praticado, sendo que eventual exagero e liberalidade devem ser coibidos".

Consentâneo com o princípio do livre convencimento motivado na averiguação da verdade e em observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, apliquei o princípio da proporcionalidade como minorante inominada, consoante o voto de vista prolatado no recurso de APELAÇÃO Nº 0000053- 51.2012.7.03.0303.[342]

Nesse sentido, dei provimento parcial ao apelo da Defesa do ex-Sd Ex Rudrigo Robek, para, reformando a Sentença, reduzir a pena que lhe foi imposta, como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do CPM, para 1 (um) ano de reclusão, com o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena por 2 (dois) anos, com base no art. 84, inciso II, do CPM e sob as condições previstas no art. 608 do CPPM.

No caso, o Apelante foi sentenciado por ter agredido, fisicamente, o militar que estava de serviço de plantão ao alojamento.

Segundo consta dos autos, o militar de plantão, no alojamento, visando sanar uma discussão iniciada pelo volume alto da música do celular de um terceiro militar, intercedeu e sacudiu o beliche do Réu, mandando-o calar a boca.

Como reação, foi golpeado com um murro, desferido pelo Apelante, caracterizado como causa direta para a fratura na base do osso do nariz do Ofendido.

O Réu foi julgado, sendo condenado, por maioria (4x1), pelo crime previsto no art. 158 do CPM, à pena de 3 (três) anos de reclusão. Votou vencido o Juiz Presidente, que absolvia com base no art. 439, alínea *e*, do CPPM, enfatizando ser possível que o Réu não soubesse que o Ofendido estava de serviço.

Irresignada, a Defesa recorreu apresentando, basicamente, 3 (três) teses: legítima defesa, excesso culposo e insuficiência de provas. Os 3 (três) argumentos são improcedentes.

---

[342] Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303. Relator ministro Cleonilson Nicácio Silva, Revisor ministro Artur Vidigal de Oliveira, Julgado em 26/3/2015, publicado em 18/5/2015.

No tocante ao primeiro argumento - legítima defesa, para que tal situação se configurasse, seria absolutamente necessária a presença das elementares previstas no art. 44 do CPM.

Evidentemente não houve qualquer moderação no uso dos meios. Tampouco agressão injusta, atual ou iminente. Desse modo, entendo que uma ordem de manter o silêncio ou um sacudir de beliche como objeto para justificar uma agressão era inconcebível.

Do mesmo modo, considero que resolver pequenos conflitos interpessoais, desferindo um murro no militar de serviço, não guarda qualquer parâmetro de moderação aceitável.

Também, o segundo argumento carecia de fundamento lógico, pois constatada a ausência da excludente de ilicitude, torna-se impossível falar em excesso, qualquer que fosse a sua modalidade, culposo, escusável ou doloso, com previsão nos arts. 45, *caput,* parágrafo único, e 46, ambos do CPM, respectivamente.

Resta, portanto, examinar o derradeiro argumento da insuficiência de provas. Asseverou o Apelante (fl. 297), *in verbis*:

> Como bem salientado no voto vencido do Presidente do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, no julgamento gerador da sentença ora apelada, Ten Cel Cav Luis Guilherme Leite Martins, não há certeza no que tange o conhecimento do réu sobre a condição de militar de serviço da vítima.
> Em nenhum momento da instrução processual consta prova robusta sobre a certeza desse elemento salutar, apenas trazendo a menção sobre a indumentária característica do militar. No caso em tela, o militar mais antigo na mesa julgadora, trouxe a certeza aos autos de que existem outras ocasiões diversas ao plantão da subunidade que também seriam cabíveis a sua utilização.
> Estando o ordenamento jurídico nacional sob a égide de uma constituição cidadã, é de fundamental importância, não prosperar qualquer condenação sem a absoluta certeza sobre todos os elementos do tipo penal.

Todavia, a propósito da caracterização do argumento sustentado pela Defesa, reclama especial atenção o seguinte fragmento do Termo de Qualificação e Interrogatório do Acusado (fls. 110/112), quando o Réu altera a sua versão sobre saber se o Ofendido estava ou não de serviço.

Transcrevem-se as versões conflitantes, *in verbis*:

> [...] Que não tinha conhecimento que o SD BERNARDO estava de serviço, pois o interrogando havia saído de serviço no terceiro horário e não passou o serviço para BERNARDO; Que não notou se BERNARDO estava com o uniforme de serviço de plantão ao alojamento [...] Pelo MPM/PG/RP: [...] Que melhor esclarecendo, embora soubesse que Bernardo estava escalado para o serviço, não sabia que naquele momento o mesmo estava em seu quarto de hora; que o serviço do ofendido era de plantão ao alojamento e o do interrogando, sentinela do posto do estádio, portanto lugares diferentes; [...] Que as declarações prestadas às fls. 78 dos autos, quando teria confessado saber que BER-

> NARDO estava de serviço e em seu quarto de hora no momento da agressão, não são verdadeiras, pois assim disse por ter sentido medo ao prestar depoimento ao Tenente; Que mesmo havendo distância entre as datas do fato em si e do depoimento mencionado, o interrogando sentiu medo, não sabendo explicar por que [...]

A contradição evidente deixou clara a estratégia da Defesa, de buscar afastar o dolo de praticar violência contra militar de serviço. No entanto, a mudança de versão não é suficiente para tal mister, uma vez que o Réu afirmou que sabia que Bernardo estava escalado para o serviço.

Ademais, o Ofendido, no momento da agressão, portava o cinto e o suspensório, equipamentos característicos dos militares quando estão de serviço.

Cabe realçar, ainda, que o Réu também estava de serviço, como Sentinela do posto do Estádio. Logo, tanto o Réu como o Ofendido participaram, obrigatoriamente, da mesma Parada Diária para formalizar o início do período de serviço e ouvir as instruções do Oficial-de-Dia.

Desse modo, seria praticamente impossível que o Réu desconhecesse o fato de que o Ofendido estava de serviço, ainda mais por serem da mesma Bateria.

Acresce-se a isso o fato de o Réu estar cumprindo punição disciplinar na Bateria, por 4 (quatro) dias, o que denota que acompanhava de perto o que se passava naquela Subunidade, pois estava impedido de sair e ir para casa.

Assim, pelo anteriormente exposto, inexistia qualquer dúvida quanto à autoria, materialidade e culpabilidade pela conduta ilícita imputada ao Réu, sendo impositiva a manutenção da condenação.

Entretanto, embora fosse forçoso sancionar penalmente o réu Rudrigo Robek, ex-Sd Ex, condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 158, *caput*, do CPM, consentâneo com o quadro fático apresentado nos autos, impunha-se constatar a absoluta desproporcionalidade de se aplicar uma pena de 3 (três) anos de reclusão no presente caso concreto.

Ressaltava-se, como início de entendimento, que não se estava a realizar um mero questionamento ao critério adotado pelo legislador, mas sim, de refletir vislumbrando a melhor hermenêutica aplicável ao caso concreto.

Afinal, seria razoável entender que devido a um soco desferido contra o militar de plantão – art. 158 do CPM, com pena mínima de 3 (três) anos – tal conduta teria um desvalor 3 (três) vezes superior ao ato de se cometer um homicídio culposo contra um militar – art. 206 do mesmo códex, cuja pena mínima é igual a 1 (um) ano?

Por óbvio, a resposta estatal ao infrator deve ser proporcional (necessária, adequada e sem excesso) ao fato praticado e fim almejado com a sanção. Trata-se de verdadeiro juízo de intensidade (justa medida), no qual são colocados meios e fim em equação mediante um juízo de ponderação, avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim.

Uma vertente pouco explorada do presente postulado é referida nas lições de Paulo Queiroz:[343]

> Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico penal'. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos.

Alinhado com os ditames que possam ser trazidos ao processo, pelo princípio da proporcionalidade, impunha-se como adequada e necessária, a adoção de uma interpretação de natureza singular, como a justa medida para o deslinde do presente feito.

Dentro do processo penal, resta nítida a bipolarização entre o *ius puniendi* – direito de punir – e o *ius libertatis* - direito à liberdade.

De um lado, o Estado, através do Ministério Público, exerce o direito de acusar, de buscar a punição através da aplicação de uma sanção penal; do outro, está o Acusado, abrigado pelo manto da inocência, pelo direito de ter a mais ampla defesa, de ser acusado dentro do devido processo legal, de poder rebater o inteiro teor da acusação, e de receber um provimento jurisdicional justo, isto é, adequado, suficiente, mantendo-se a necessidade reprovatória e preventiva.

Há estudiosos que abraçam a tese de que juízes e tribunais devem tão somente aplicar a lei, julgando com base nas fontes formais do direito. Em contraposição, existem outros que entendem que juízes e tribunais, em suas decisões, dão expressão à norma jurídica, extraindo da mesma o que não foi declarado por outra fonte.[344]

Com efeito, afirma Marcelo da Fonseca Guerreiro, não se ignora que, de há muito, os hermeneutas deixaram de lado o brocardo *in claris, cessat interpraetatio* dos exegetas da antiga Escola Clássica, para adotar uma postura mais flexível, mais condizente com as dificuldades da aplicação dos textos legais, à multifacetada realidade fática.

Hodiernamente prevalece – ou deveria prevalecer – entre os intérpretes do Direito a *lógica dei razonable,* isto é, a lógica do razoável, preconizada por Recaséns Siches, a qual toma por rumo não a expressão literal da lei, mas o fundamento axiológico que lhe serve de arrimo, de maneira a conciliar o processo interpretativo com os fins buscados pelo legislador, confrontados, sempre, com as exigências da natureza humana.

Toda norma, segundo Canotilho, aspira à credibilidade como ordem justa, no sentido de que estabelece estruturas básicas de justiça assentes na força consensual e compromissória dos atos de domínio.

Os princípios, sejam expressos ou implícitos, possuem força normativa, assim como as regras, mas estão alicerçados de alcance muito mais robusto, pois emanam as diretrizes para todo o ordenamento jurídico.

---

[343] QUEIROZ, Paulo. Direito penal – parte Geral, São Paulo : Saraiva, p. 33.

[344] GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Teoria Geral do Processo.* 4 ed., São Paulo: RT, 1984. p. 36.

A proteção dos bens juridicamente tutelados deve estar sintonizada com a força interventiva do direito penal. O princípio da proporcionalidade, implícito no texto da Carta Magna de 1988, constitui eixo dos direitos fundamentais, para que se evite a aplicação de sanção demasiadamente grave em relação à conduta efetivamente praticada.

No presente caso, examinando-se pelo prisma da proporcionalidade e seus corolários, a condenação impunha-se como adequada e necessária, porém feria a proporcionalidade, em sentido estrito.

Porquanto, no caso, a individualização da pena pelo crime de "violência contra militar de serviço", mesmo no seu patamar mínimo, é um desprestígio ao princípio ora em comento, na sua base constitucional.

Menciono doutrina renomada sobre o tema, *in verbis*:

> O princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (BITTENCOURT, Cezar Roberto; Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.24);
> Impõe-se que a medida adotada para a realização do interesse púbico deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção [...] Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim" (CANOTILHO Apud D'URSO, Flávia. Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 66-67); e
> O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo : Malheiros Editores, 2007. p. 158)

Por fim, a propósito do Princípio da Proporcionalidade, relembrava as palavras do ilustre Ministro desta Corte, Dr. Paulo César Cataldo, quando, com percuciência, ponderou que: "A pena pode ser pior do que o crime".

Consentâneo com o quadro fático, apresentado nos autos, e alinhado com os ditames trazidos ao processo pelo princípio da proporcionalidade, entendo como sendo adequada e necessária a adoção de uma interpretação harmônica com o Direito Constitucional, como a justa medida para o deslinde do feito.

Assim, em respeito à norma maior do sistema, é forçoso e necessária a admissão de uma minorante inominada, lastreada no princípio da proporcionalidade, trazendo como intervalo de apreciação, por analogia, o patamar de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), como sói acontece em vários artigos da lei penal castrense.

Tal tese possui base ideológica diversa da consignada no douto precedente desta Corte, Apelação n° 11- 18.2009.7.10.0010, que teve como Ministro-Relator o Gen Ex Fernando Sérgio Galvão e Ministra-Revisora a Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, quando se houve a quebra do mínimo legal, também mencionando-se o princípio da proporcionalidade, mas não como minorante inominada na terceira fase da dosimetria da pena.

Também, não guarda semelhança com o Acórdão com aprovação unânime desse Plenário, nos autos da Apelação n° 58-62.2010.7.03.0103/RS, cujo Ministro-Relator Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, de modo vanguardista, sustentou a absolvição com supedâneo em causa supralegal excludente da culpabilidade.

Não se trata de entender a proposta de aplicação de uma minorante inominada, com fundamento em princípio constitucional, como o exercício de um ativismo judicial inoportuno e desnecessário.

Mas, sim, de se empregar a visão de proporcionalidade diante do contexto apresentado, sopesando e mensurando os critérios de excepcionalidade que se façam incidir.

Tal motivação não tem a pretensão de inaugurar uma liberdade desarrazoada de a autoridade judiciária cominar penas, ofendendo ao princípio da legalidade. Tão somente reagia contra uma pena cominada, abstratamente, que não deveria ser aplicada ao caso concreto por ser flagrantemente distante dos ditames legais.

Se a missão do Magistrado é clara no sentido de não legislar, também é cristalina no sentido do dever inafastável de entregar justiça ao caso concreto, quando constatada a impertinência do parâmetro legal para punição. Trata-se de coragem para entregar uma prestação jurisdicional mais justa possível, na exata compreensão da palavra, e dentro das balizas constitucionais.

Como consignado no Acórdão da Apelação n° 11- 18.2009.7.10.0010/CE, assim como o STF decidiu que a norma incriminadora do aborto no caso de anencéfalos é inconstitucional, inovando no ordenamento jurídico e tornando essa conduta atípica. Não se tratou de mero ativismo judicial, mas sim de medida justa à sociedade. Ou seja, a lei que não serve para fazer justiça no caso concreto torna-se inútil para a sociedade.

Na esteira dos ensinamentos aqui colacionados, se clamava por uma solução mais justa ao caso concreto, a fim de não se despenalizar ou gerar impunidade à conduta, mas sim abrandar significativamente, nos moldes do conceito social hodierno, prestando uma efetiva e equilibrada individualização da pena, outro preceito de égide constitucional.

No caso dos presentes autos, a constatação era simples: a conduta deveria ser reprimida, mas não com 3 (três) anos de reclusão.

Dessa forma, a partir do implemento do princípio da proporcionalidade como minorante inominada, na terceira fase da dosimetria, com diminuição de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena, não se estaria a criar patamar inovador, mas sim adotar o critério comumente utilizado no CPM, balizado pela visão maior da norma constitucional.

Mantendo o já estabelecido na Sentença, quanto a primeira e segunda fases da dosimetria, altero tão somente a terceira fase, para fazer incidir o princípio da proporcionalidade como minorante inominada, aplicando-a no patamar máximo de 2/3 (dois terços), diminuindo o *quantum* da pena de 3 (três) anos de reclusão para 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 158 do CPM.

Por fim, ainda motivado pela conjunção simultânea dos preceitos ínsitos nos subprincípios da proporcionalidade – da *adequação* e da *necessidade*, entendia-se que, ao decidir pela redução da pena, para um patamar inferior a 2 (dois) anos, deveria ser concedida a suspensão condicional a pena ao Réu, não obstante os motivos e as circunstâncias do crime.

Introduzido em nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, em 6 de setembro de 1924, mediante o Decreto n° 16.588, o instituto da suspensão condicional da pena refletia, à época, as ideias progressistas e humanitárias da pena de prisão e sua aplicação, tão difundidas e defendidas por ilustres juristas e pensadores como Cezare Bonesana, o marquês de Beccaria, precursor do humanismo no direito penal e processual penal modernos.

Objetiva-se com a sua aplicação afastar o condenado primário, não corrompido e não perverso, do convívio deletério da prisão, evitando-lhe o contágio das funestas e conhecidas consequências desse grave mal.

As condições que se estabelecem para fins de cumprimento do *sursis* são de natureza legal, quais sejam as disciplinadas no art. 88 do CPM, nada impedindo que possam ser especificadas pelo próprio juiz sentenciante, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, na inteligência do art. 608 do CPPM e, analogicamente, do art. 79 do CP comum, quando se chamarão *judiciais*.

Embora exista vedação formal, quanto à aplicação da suspensão condicional da pena ao militar condenado pela prática do delito previsto no art. 158, *ex vi* do disposto no art. 88, inciso II, alínea *a,* todos do CPM, no presente caso, tal restrição deveria ser afastada em razão dos argumentos expostos a seguir.

A conduta ilícita em comento, isto é, a agressão a um colega de farda, comportamento digno de repúdio consoante os princípios de camaradagem que norteiam o relacionamento pessoal no âmbito das Forças Armadas, ofende, como bem jurídico tutelado, a autoridade e a disciplina militares. No caso, tratou-se de delito contra militar, cujo agente também era militar.

O quadro fático presente nos autos expõe a situação atual do Réu, como sendo de ex-militar. Logo, qualquer que fosse a reprimenda legal, seus efeitos não teriam repercussão no tocante a autoridade ou disciplina militares

Por óbvio, no atendimento à exigência constitucional da individualização da pena, a aplicação do *sursis*, em se tratando de ex-militar, legalmente impossibilitado de readquirir tal situação, não afronta o *mens legislatores* que, ao tipificar a conduta, teve o intuito de proteger a autoridade e a disciplina militares.

Logo, atento a lógica preconizada por Recaséns Siches e consoante um critério de individualização da pena, socialmente adequado à ressocialização do sentenciado, não seria

razoável negar ao Réu, condenado por um crime essencialmente militar, agora ex-militar, um direito subjetivo que poderia ser concedido a qualquer civil, igualmente condenado pela Justiça Militar, nos termos do art. 84 do CPM, c/c o art. 606 do CPPM.

Existem precedentes desta Corte, decidindo no sentido de conceder o benefício do *sursis* ao ex-militar sentenciado por crime militar, segundo fundamentos similares aos presentes no Acórdão peregrino prolatado pelo ilustre Ministro Gen Ex Raimundo Nonato de Cerqueira Filho, nos autos dos Embargos de Declaração nº 6- 20.2007.7.05.0005/DF.

Diante do exposto, dei provimento parcial ao recurso interposto pela Defesa do ex-Sd Ex Rudrigo Robek, para, reformando a Sentença, reduzir a pena que lhe foi imposta, como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do CPM, para 1 (um) ano de reclusão, sendo-lhe reconhecido o direito de recorrer em liberdade; concedia-se o benefício da Suspensão Condicional da Pena por 2 (dois) anos, com base no art. 84, inciso II, do CPM e sob as condições previstas no art. 608 do CPPM; fixava-se o regime prisional inicialmente aberto para o cumprimento da pena, se fosse o caso, na forma do art. 33, § 2º, alínea *c,* c/c o art. 59, inciso III, tudo do Código Penal Brasileiro; designava o Juízo da 3ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM.

EL INFLUJO DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE CARLOS III EN EL PERÚ

(A PROPÓSITO DE LOS 250 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN: 1768-2018)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO[345]

I. RESUMEN

El autor aborda la fascinante personalidad del rey Carlos III con ocasión de cumplirse los 250 años de la promulgación de las Ordenanzas Militares que constituyeron, dentro del marco de lo que es la disciplina, una fuente directa para que en los diversos virreinatos de la América morena se aplique —como sucedió en el caso peruano hasta fines del siglo XIX—, no obstante que Perú ya se había independizado.

Se aborda también la vida y la obra en el contexto del siglo XVIII con calidad de exportación hacia los dominios de ultramar, la fascinante personalidad que tuvo Carlos III, quien también es considerado como el mejor alcalde de Madrid.

Un antecedente que también se apostilla es el relacionado con el prontuario de ordenanza para el Ejército en el Perú aparecido en 1856 pero que en la práctica no se aplicó.

PALABRAS CLAVE: Carlos III; Ordenanzas Militares; virreinato; Perú; Derecho Militar.

II. ABSTRACT

The author approaches the fascinating personality of king Carlos III on the occasion of the 250th anniversary of the promulgation of the Military Ordinances that constituted, within the framework of what is the discipline, a direct source so that in the diverse viceroyalties of the America it is applied, as it happened in the peruvian case until the end of the XIX century, although Peru had already become independent.

It also deals with the life and work in the context of the 18th century as an export to the overseas dominions, the fascinating personality of Carlos III, who is also considered the best mayor of Madrid.

An antecedent that is also pointed out is the one related to the ordinance for the Army in Peru that appeared in 1856 but that in practice was not applied.

KEYWORDS: Carlos III; Military Ordinances; viceroyalties; Peru; Derecho Militar.

---

[345] Abogado, magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA. II. EL AUTOR Y SU TIEMPO. III. LA OBRA. IV. LA INFLUENCIA DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE 1768 EN EL *PRONTUARIO DE ORDENANZA PARA EL EJÉRCITO* (1856), DE JUAN ESPINOZA. V. EPÍLOGO. VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

III. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Siempre es bueno recordar las efemérides que dejaron un hondo calado en el contexto historiográfico. En tal sentido, sirvan como *leit motiv* los 250 años de la promulgación de las Ordenanzas Militares —verdadero hito histórico— del Monarca Ilustrado Carlos III el Prudente o el Justo (1716-1788),[346] soberano de Nápoles y Sicilia, para ocuparnos del reformismo borbónico, básicamente, desarrollado desde el ángulo del Derecho Penal Militar, contextualizado en el teatro internacional del siglo XVIII, generador de reformas, periodo de revoluciones euroatlánticas, guerra y diplomacia simultánea,[347] con notorioinflujo en los dominios de ultramar.[348]

Acaso aquí pudiera decirse que, empezando el siglo dieciochesco, el cambio dinástico —de los Austrias a los Borbones[349]— trajo consigo diversas manifestaciones en las áreas del mundo de la cultura con incidencia no solo en el Imperio español, sino también en el litoral mediterráneo, y en el meridional Atlántico europeo, y otras zonas peninsulares estratégicas en la América hispánica, o mejor dicho, en las Indias españolas, que necesariamente tenían que estar bien pertrechadas para mantenerse hegemónicamente como una potencia mundial. No en vano se suele decir que el siglo XVIII fue la época de la recuperación de América.

IV. EL AUTOR Y SU TIEMPO

¿Quién fue Carlos III?[350] ¿Quiénes lo apoyaron y quiénes le resistieron? En este propósito interesa destacar que: "Para situar, histórica y geográficamente, el patrimonio paterno de aquel nuevo infante —hijo de francés e italiana— que vino al mundo en el viejo Alcázar madrileño el 20 de enero de 1716, hay que tener presente que cuando nació hacía poco más de dos años [11 de abril de 1713] que se había firmado la Paz [Tratado] de Utrecht,

---

[346] Los actos conmemorativos, obviamente, no se han dejado esperar debido a la estela perdurable de la obra del monarca homenajeado. *Vid*., por ejemplo, Baldovín Ruiz, Eladio: *Las Ordenanzas Militares en España. 250 aniversario de la publicación de las Ordenanzas de Carlos III en 1768*, Pinares Impresores, S. L., Madrid, 2018. Antecede Prólogo de José Mena Aguado.

[347] Sobre la situación del virreinato del Perú, es de suma utilidad la obra de Navarro García, Luis: *Hispanoamérica en el siglo XVIII*, 4.ª edición corregida y aumentada, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, págs. 251-269. También resulta provechosa la lectura de Domínguez Ortiz, Antonio: *Carlos III y la España de la Ilustración*, 3.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2016, págs. 353-389. Desde una perspectiva general, *vid*. Velásquez, María del Carmen: *La España de Carlos III de 1764 y 1776 según los embajadores austriacos*, Documentos, UNAM, México, D. F., 1963.

[348] Por todos, *vid*., el libro del historiador francés Hazard, Paul (1878-1944): *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, traducción del francés y Prólogo de Julián Mañas, Revista de Occidente, Madrid, 1946.

[349] Entre varios, *vid*., Anes, Gonzalo: *El antiguo régimen: Los borbones*, 4.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1979. Se trata del t. IV de la *Colección Historia de España Alfaguara*, dirigida por Miguel Artola.

[350] Los autores se han ocupado del *ethos* pensante de Carlos III desde diversas avenidas culturales. Una Buena prueba de ello lo constituye el libro de Aguilar Piñal, Francisco: *Bibliografía de Estudios sobre Carlos III y su época*, Editorial del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1988.

término diplomático de la guerra de Sucesión [española: 1701-1714][351] que estableció *de iure* y *de facto* a los Borbones en el Trono de España."[352] Fue una guerra civil suscitada por el choque dinástico entre las casas de Borbón y Habsburgo, y heredera de las guerras del *Rey Sol* Luis XIV (1638-1715).[353]

A la vista de cuanto antecede, de más está decir que aquella guerra y aquella paz habían ocasionado al Imperio español la pérdida de ricos territorios en el continente europeo; asimismo, la familia de los Austrias habían cedido el trono a los Borbones entre 1700 y 1701. Y luego del nacimiento de Carlos III, al fluir del tiempo con su reinado, al lado de su primera esposa María Amalia de Sajonia (1724-1760), se le reconoció a España como gran potencia mundial, especialmente en el ámbito cultural y político del siglo XVIII, catalogado como el Siglo de las Luces o de la *Belle Époque*. ¿De qué manera se podía mantener y subsistir hegemónicamente la institución y la organización militar del Imperio? Recuérdese que la época de los conflictos coloniales se dio entre los años 1765 y 1787. Anotemos por nuestra parte que la respuesta no se deja esperar: con la formación y composición de un buen ejército y una buena armada naval.

En atención a lo expuesto, desde su entronización en 1759 hasta 1788 —por fallecimiento de su hermano Fernando VI (1713-1759) es nombrado rey— Carlos III con su doctísimo criterio puso un cuidado particular en crear o proteger los establecimientos que servían para formar oficiales instruidos en todas las armas del ejército, en lo cual, durante su reinado se verificó una revolución feliz. En especial, las escuelas militares del Puerto de Santa María, de Ocaña para la caballería y la de Segovia para la artillería, dieron al ejército y a la marina oficiales distinguidos; de esa forma, la grandeza de España recobró la afición a las armas, que había perdido casi completamente en tiempos de los últimos reyes de la dinastía austriaca.[354] Durante su reinado, en pleno setecientos europeo, se dio un viraje en los diversos aspectos culturales y científicos mediante una bien orientada política, social, administrativa (se crearon nuevas capitanías generales) y económica (hacienda) — se aumentó la alcabala y se crearon nuevas aduanas— la población y la sociedad, la enseñanza, la cultura, la legislación, el ejército exterior, interior y la marina,[355] la religión: exclusión de la orden jesuita de España y América en 1767 y confiscación de todos sus bienes incluidos sus colegios,[356] la agricultura, la industria y el comercio, la literatura, la arquitectura, la escultu-

---

[351] *Cfr*. Quirós Rosado, Roberto: *Monarquía de Oriente. La corte de Carlos III y el gobierno de Italia durante la guerra de Sucesión española*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, S. A., Madrid, 2017. Antecede Prólogo de Antonio Alvárez-Osorio Alvariño.

[352] *Cfr.*, entre varios, De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 32. En fin, también *vid.* Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S. A., Madrid, 1998 y Serrera, Ramón María (coordinadora): *Carlos III. El Monarca y el Hombre (1716-2016)*, Real Maestranza de Caballería de Sevilla, Sevilla, 2016.

[353] Cfr., entre otros, la monumental obra coordinada por el filólogo e historiador Menéndez Pidal, Ramón (1869-1968): *Historia de España: La época de los primeros borbones. La nueva monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, vol. 1, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Vicente Palacio Atard.

[354] *Cfr.*, sobre tan interesante cuestión, el libro clásico de Coxe, Guillermo: *España bajo el reinado de la Casa de Borbón. Desde 1700, en que subió al trono Felipe V, hasta la muerte de Carlos III, acaecida en 1788*, t. IV, traducida al español con notas, observaciones y un Apéndice por Jacinto de Salas y Quiroga, Establecimiento Tipográfico de D. F. de P. Mellado, Editor, Madrid, 1846-1847, pág. 483. Se trata de una obra que contiene una fuente de información de primer orden redactado con criterio expositivo cronológico.

[355] *Cfr*. Zavala y Lera, Pío: *España bajo los borbones*, 2.ª edición, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1930, págs. 132-134.

[356] Sobre la expulsión de los jesuitas en 1767, la bibliografía es oceánica. Por todos, *vid*., Giménez López,

ra, la pintura y la música.[357] Todas estas manifestaciones culturales obviamente que arribaron a los virreinatos.

Y muchos fueron los cambios logísticos, orgánicos y tácticos que se dieron. No en balde, "el mejor alcalde de Madrid" estaba rodeado de colaboradores de lujo, ministros y consejeros reformistas, que conocían rigurosamente su oficio, dejando de lado la improvisación: Bernardo Tanucci (1698-1783), Leopoldo de Gregorio, marqués de Esquilache (1699-1785), Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximenez de Urrea, X conde de Aranda (1719-1798), José Moñino y Redondo, I conde de Floridablanca (1728-1808), José Bernardo de Gálvez y Gallardo, marqués de Sonora (1720-1787) y Pablo Jerónimo Grimaldi y Pallavicini, marqués de Grimaldi (1720-1789).[358]

¡Y cómo olvidar al peruano Pablo de Olavide y Jáuregui (1725-1803), quien fue catedrático de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos en 1742, y maltratado por la Inquisición española en 1778! A su llegada a la España de la época ilustrada en 1752 emprendió una labor proficua destacando la colonización de Sierra Morena, en Andalucía.[359] En 1997, mediante ley 3/1997, se fundó en Sevilla (España) la Universidad Pablo de Olavide en honor al político ilustrado hispano-peruano. Tampoco podemos obviar la presencia e importantísima labor intelectual de Manuel de Lardizábal y Uribe (1739- 1820),[360] al igual que su hermano Miguel de Lardizábal y Uribe (1744-1824), en las Cortes del Gobierno reformista afrancesado de Carlos III, y después en las de Carlos IV (1748- 1819) y Fernando VII (1784-1833).

De todas formas, hay que señalar con relación a nuestro homenajeado, lo siguiente: "Carlos III: ordenado y sencillo, casto y prudente, chancero y melancólico. Vida ejemplar la suya: repartida entre la oración y el despacho, la caza y la íntima tertulia, las audiencias de rigor y la siesta plácida. Frugal en sus comidas, afectuoso en el trato, amante de la verdad y de la justicia, preocupado del bien público a todas horas".[361] Innegablemente, Carlos III, considerado el soberano más laborioso de su estirpe, fue entre otras tantas cosas, fiel a sus costumbres como buen borbón, hombre poco dado a las pasiones, salvo su esposa y la casa, devoto y obediente y su refinado gusto de hombre de mundo lo complementaba sabiamente con la fidelidad a las consignas de sus padres, los reyes de España, a saber, Felipe V el Animoso (1683-1746), el primer rey de la dinastía Borbón, e Isabel de Farnesio (1692-1766), su segunda esposa tras enviudar.

Enrique: *La Compañía de Jesús, del exilio a la restauración. Diez estudios*, Universidad de Alicante, Alicante, 2017. Antecede Prólogo de Niccolo Guasti.

357 *Cfr*. Dominguez Ortiz, Antonio: *Carlos III y la España de la Ilustración*, *op. cit.*, págs. 159-352.

358 *Cfr*. Escudero, José Antonio: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979, págs. 265-659 y Sánchez Belda, Luis (*et al.)*: *Exposición de la administración en la época de Carlos III*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1962. Antecede Introducción de Vicente Rodríguez Casado. Igual, Pérez Estévez, Rosa M.ª: *La España de la Ilustración*, Cuadernos de Cultura y Civilización Hispánicas, Madrid, 2002, págs. 54-58.

359 *Cfr*., por todos, Lavalle y Arias de Saavedra, José Antonio de (1833-1893): *Don Pablo de Olavide. Apuntes sobre su vida y sus obras*, Imprenta Americana, Lima, 1859. Hay 2.ª edición corregida y considerablemente aumentada, Imprenta del Teatro Mercaderes, Lima, 1885.

360 Como botón de muestra, tan solo basta citar el libro: Lardizábal y Uribe, Manuel de: *Fuero Juzgo en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española*, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815. El origen de esta monumental obra, como lo recuerda Manuel de Lardizábal en el Prólogo, data de 1784, es decir, en pleno periodo de Carlos III.

361 *Cfr*. Fernández Almagro, Melchor: *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1928, págs. 20-21.

Esto nos lleva, derechamente, a sostener que la recia personalidad modernizadora dejó marcada con trazos vigorosos la historia de España entre sus antepasados y sucesores.[362] Y su exceso de inteligencia en pleno ejercicio de funciones y exceso del corazón se apagó para siempre a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre de 1788, siete días antes de cumplir 73 años, y un año antes, de la Revolución francesa y de la toma de la Bastilla, acaecida el 14 de julio de 1789. Sus despojos mortales descansan en la cripta del Real Monasterio de El Escorial, al lado de su añorada esposa María Amalia. Explica Modesto Lafuente (1806-1866), con ideas sugerentes y palabras muy acertadas, que: "… a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre [de 1788] exhaló su último aliento, en medio de las lágrimas de cuantos le rodeaban aquel insigne monarca que con tanta gloria había regido la España durante veintinueve años. Faltábanle pocos días para cumplir los setenta y tres de su edad."[363] Con lo cual, se fue una época histórica, tan pródiga en sucesos importantísimos producto del espíritu reformista del reinado carolino, expresado en la administración, el ejército y la marina, entre algunas manifestaciones cultivadas de la tierra.[364]

Conviene advertir al respecto que, la muerte de Carlos III — el reformista por excelencia y el exponente del despotismo ilustrado— fue muy sentida a una y otra vera del Atlántico: España y sus Indias. De este modo, y como era de esperarse, en las catedrales y en los templos españoles se celebraron con la mayor pompa diversas oraciones fúnebres y sermones panegíricos a la memoria de tan gran príncipe que había trabajado, de manera indesmayable, a favor de su pueblo.

De este modo, en España, entre otros, loaron las virtudes del difunto Monarca:

- Yrisarri, Lorenzo de: *Oración fúnebre, que en las exequias solemnes del Señor Rey Don Carlos III, celebradas en la iglesia de religiosos trinitarios calzados de esta corte por la real sociedad económica, dixo el Doctor don*, Don Antonio de Sancha, Madrid, 1789.
- Negrete, Fr. Manuel: *Cádiz, exequias a Carlos III Oración fúnebre, que en las solemnes honras que hizo la comunidad de los RR. PP. Menores Observantes de N. P. S. Francisco de la Ciudad de Cadiz, en la iglesia de su convento, el dia 18 de febrero de 1789. Po la alma de nuestro augusto monarca el señor don Carlos III*, Don Juna Ximenez Carreño, Cádiz, 1789.
- NOTICIA DE LAS EXEQUIAS, QUE LA MUY NOBLE, I MUY LEAL Ciudad, i Reyno de Mallorca HIZO EN LA IGLESIA CATHEDRAL de la Isla, el dia I

[362] Para una perspectiva histórica, *vid*., entre otros, Beneyto, Juan: "Notas para el estudio del Ejército Español en la Edad Media", en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, N.º 52, mayo, Madrid, 1944, págs. 3-12.

[363] *Cfr*., a tal fin, la monumental obra de Lafuente, Modesto (1806-1866): *Historia General de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, continuada desde dicha época hasta nuestros días, por Juan Valera, con la colaboración de D. Andrés Borrego y D. Antonio Pirala, t. 15, Montaner y Simon, Editores, Barcelona, 1889, págs. 67-68. A modo de complemento, *vid.*, Benito García, Pilar: "La muerte del rey", en Benito García, Pilar, Jordán de Urriés y de la Colina y Sancho, José Luis (coordinadores): *Carlos III. Majestad y ornato en los escenarios del rey ilustrado*, Patrimonio Nacional-Fundación Banco Santander, Madrid, 2016-2017, págs. 337-371.

[364] *Cfr*., entre varios, el clásico libro del historiador, periodista y escritor Ferrer del Río, Antonio (1814-1872): *Historia del reinado de Carlos III en España. Desde la instauración de los Borbones hasta la expulsión de los jesuitas*, t. 1, *Desde las guerras de las colonias hasta el fin del reformismo ilustrado*, t. 2, Desván de Hanta, Madrid, 2016. La 1.ª edición apareció en 1856; Fernández, Roberto: *Carlos III. Un monarca reformista*, Espasa Libros, S. L. U., Barcelona, 2016 y Giménez López, Enrique: *El fin del Antiguo Régimen. El reinado de Carlos III*, Historia 16, Madrid, 1996.

5. de Febrero de 1789, A LA CATOLICA MAGESTAD DEL SEÑOR D. CARLOS III. REY DE ESPAÑA, I DE LAS INDIAS, Palma, en la Imprenta Real, Palma de Mallorca, 1789.

– ORACION FUNEBRE QUE EN LAS AUGUSTAS EXEQUIAS QUE la Muy Noble, y Fidelisima Ciudad de Palma Capital del Reyno de Mallorca. CONSAGRO EL DIA 16. DEL MES DE FEBRERO de 1789. en su Santa Iglesia Cathedral la perpetua memoria del Serenisimo SEÑOR D. CARLOS

  I. REY DE LAS ESPAÑAS. DIJO *EL DOCTOR D. BARTHOLOME QUEGLES Presbytero, Maestro en Artes, Dr. en Sagrada Theologia, Beneficiado en la S. Igesia Cathedral de Palma, y Secretario de su Ilustrisimo Cavildo*. SE DA LA ESTAMPA Por orden del Muy Ilustre Ayuntamiento *MALLORCA*, En la Imprenta Real de D. Ignacio Maria Serrá, Palma de Mallorca, 1789.

– RELACION DE LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. FRANCISCO DE PALMA CAPItal del Reino de Mallorca, CONSAGRO AL SEÑOR DON CARLOS III. REI DE España, i sus Indias, en los dias 4. i 5. de Marzo del año 1789. SACALA A LUZ UN DEVOTO A LA Religion Serafica, Mallorca: Por Salvador Savali, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.

– ORACION FUNEBRE QUE EN LAS EXEQUIAS CELEBRADAS EN LA IGLEsia de San Cayetano, de la Ciudad de Palma del Reyno de Mallorca, por el Regimiento de Dragones del Rey dia 22, Febrero 1789. EN SUFRAGIO DE LA GRANDE ALma, y honra de la gloriosa memoria de Carlos III. de Borbon Rey de las Españas DIXO DON Juan BINIMELIS PRESBITERO BENEFIciado en la Santa Iglefia Catedral, Colegial y Rector que fue del Colegio de la Sapiencia, y Catedratico de Filosofia, Dr. en la mifma facultad, y en la de Teologia, y ambos Derechos, y Promotor Fifcal Eclefiaftico del Exercito de S. M. en dicho Reyno. Sale A LUZ. á expensas del mismo Regimiento, Mallorca: Por Salvador Savall, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.

– ORACION FUNEBRE LAUDATORIA, QUE EN LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. Francisco de la Ciudad de Palma del Reino de Mallorca, hizo por S. M. C. el Señor Don CARLOS III. Rei de España, y sus Indias en la Iglesia de dicho Convento, DIXO *EL P. Fr. RAIMUNDO STRAUCH DEL Orden de los Menores de la Regular Observancia, i Lector de Filosofia en el mismo Convento, dia 5. de Marzo de 1789*, Palma de Mallorca, 1789.

Mientras tanto, en la Nueva España, México, merece mencionarse:

– *Reales exequias celebradas en la Santa Iglesia Catedral de Mexico por el alma de Senor Don Carlos III*, D. Felipe de Zuniga y Ontiveros, México, 1789.

Y en el virreinato del Perú,[365] las debidas y acostumbradas honras fúnebres a los restos mortales de Carlos III, soberano ilustrado y, como tal, mecenas de las artes, de las humanidades y de las ciencias, no se dejaron esperar:

[365] A propósito, en homenaje al rey Carlos III el virrey Manuel de Amat (1704-1782) fundó el Real Convictorio de San Carlos, importantísimo centro de enseñanza en donde se formarían las futuras generaciones que llevaron los destinos del país. Al respecto, *vid*. Vargas Ugarte S. J., Rubén (1886-1975): *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*, Carlos Milla Batres Editor, Lima, 1970.

– Rico, Juan: *Reales exequias, que por el fallecimiento del señor Don Carlos III, Rey de España y de las Indias, mandó celebrar en la ciudad de Lima, capital del Perú, el excelentísimo señor Teodoro de Croix, caballero de Croix, del Orden Teutónico, coronel del regimiento de Reales Guardias Walonas, Teniente General de los Reales Exercitos, Virrey Gobernador y Capitán General de las provincias de Perú y Chile, Superintendente General de la Real Hacienda, y Presidente de la Real Audiencia de esta capital. Describialas al reverendo Padre don Juan Rico, presbítero de la Real congregación del Oratorio de San Felipe Neri de Lima*, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1789.

– Durán, José Miguel - Montt, Luis: *Oracion funebre que en la solemne parentacion que celebró la R. Universidad de S. Marcos de esta corte de Lima, por el alma de nuestro inclito y sábio monárca el señor D. Carlos III Rey de las Españas, y emperador de las Indias, dixo el M.R.P. Dr. Joseph Miguel Duran catedratico de prima de teologia moral, y casos ocurrentes tempore mortis ex V. Provil. en este reyno de PP. Clerigos Regulares Ministros de los Enfermos, el dia 15. de septiembre de 1789*, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1790.

V. LA OBRA

Con cuanto antecede, durante el reinado de Felipe V se dio en Bruselas, la Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, llamada [Segunda] de Flandes, en que se concede a los regimientos los consejos de guerra, y trata de la subordinación y disciplina de las tropas, su fuero, desertores, revistas, castigo para las plazas supuestas, asientos, duelos, desafíos y casamientos de oficiales y soldados. Además, las Ordenanzas del 10 de abril de 1702, también llamadas de Flandes, que fueron reformadas por el mismo soberano el 12 de julio de 1728, quedando derogadas por las Ordenanzas Militares de Carlos III del 22 de octubre de 1768 que entraron en vigor al año siguiente. Como consecuencia de ello desaparecen los tercios de infantería para ser sustituidos por los regimientos divididos en batallones y compañías; la pica, el mosquete y el arcabuz son sustituidos por el fusil de chispa, la carabina y la balloneta, complementando la reforma otros cuerpos normativos, en especial, la Ordenanza de 28 de febrero de 1704, relativa a la "Fuerza de los regimientos de Infantería, Caballería y Dragones". El influjo y la herencia militar del afrancesamiento se dejó notar a todas luces, tal y como lo han reconocido los estudiosos de la materia.

Añádase aun lo que sigue. La preocupación y constancia de Carlos III por darle a la milicia, en la metrópoli y en los dominios americanos, un mejor perfil y administración se justificaba necesariamente, por cuanto: "A finales del siglo XVII, la monarquía española se encontraba con muchas de sus posibilidades militares mermadas, hasta el punto de estar muy generalizada la idea de indefensión. En 1700, a la llegada de Felipe V, las fuerzas dependientes de Madrid eran unos 13,000 hombres en la península, pertenecientes, sobre todo, a las Milicias Provinciales, otros tantos en Milán y 10,000 en Flandes. Por esas mismas fechas, el Ejército francés estaba en torno a los 300,000."[366]

A la vista de lo expuesto, José Núñez del Prado estima que: "En todas las obras del reinado de Carlos III se nota cierta regularidad y grandeza, que si no son de las que arreba-

[366] *Cfr*. Martínez Ruiz, Enrique: *El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración*, Editorial ACTAS, s. l., Madrid, 2018, pág. 83.

tan y suspenden el ánimo, dejan, sin embargo, en el espíritu una impresión agradable. No deslumbra este reinado, como el de los Reyes Católicos; pero la vista se espacía en él tranquila y se dilata por apreciables horizontes. El espíritu de reforma aplicado con exquisita prudencia a todos los ramos de la Gobernación del Estado, dio en su tiempo abundantes y sazonados frutos. Preciábase el Rey de conocer el arte militar también como el primero y admirador de la táctica de Federico II [El Grande], la introdujo en su ejército con tanta perfección…".[367] Y a renglón seguido, añade lo siguiente: "Por la acertada distribución de sus partes y por la armónica contextura de toda la obra, pudiera compararse este Código [Ordenanzas Militares] a uno de esos edificios grecoromanos de sólidos cimientos y gallarda y severa construcción que se levantaron en aquella época."[368]

Leído en visión retrospectiva, Núñez del Prado concluye así: "Con todas sus perfecciones, que las tenían y grandes, las Ordenanzas Militares que se habían hecho ya de imposible aplicación en la práctica de los Tribunales; pues apenas quedaba un artículo que no hubiera sido mutilado, añadido o reformado, no por una, sino por multitud de Reales órdenes, contradictorias las más veces, entre las que era casi imposible el acierto, pues nunca se estaba seguro de haber dado con la última… A los pocos años de publicarse las Ordenanzas, el 31 de agosto de 1772, ya fueron modificados los artículos 70, 71 y 72 del Título X, tratado 8º, que penaban el delito de robo y más tarde por la Real órden de 30 de junio de 1817, lo fueron también el 64 y 65 del mismo título y tratado, referentes a muertes y heridas. Innumerables son las órdenes que se han dictado sobre deserciones desde la de 20 de agosto de 1794 hasta la de 31 de julio de 1866."[369] En ese contexto histórico, el decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 y el de 19 de julio de 1875, añádase el Código Penal Militar del 17 de noviembre de 1884, la Ley de Organización y Atribuciones de los tribunales en guerra de 10 de marzo de 1884 y la Ley de Enjuicimiento Militar de 29 de septiembre de 1886, acabaron con todo lo relativo a la administración de justicia y a los privilegios y exenciones de los aforados de guerra que las ordenanzas militares reconocían hasta ese momento.[370]

Ahora bien —reiterando lo ya expresado—, advertimos que en aquella época, entre otras de diversa índole: "Dos fueron las Ordenanzas Militares publicadas durante el reinado de Carlos III. Unas, las de 1762, redactadas por una Junta de Generales nombrada en 1749, fueron derogadas apenas nacidas, cuando estaba aún fresca la tinta de la impresión de tres de los seis volúmenes de que habían de componerse. Otras, las de 1768, calificadas por muchos de «sabias» y por todos reconocidas con el sonoro nombre de «Ordenanzas de

---

[367] *Cfr. Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, 3.ª edición, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1885, págs. LVI-LVII. Precedido de una Introducción de Excmo. Sr. D. Hilario Igon, y de un Estudio sobre el Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Núñez del Prado, y seguido del Libro II del Código Penal Común.

[368] *Cfr. Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, *op. cit.*, pág. LVII.

[369] *Cfr. Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, *op. cit.*, págs. LX-LXI.

[370] *Vid*. *Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos, concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1886. Antecede Prólogo del Excmo. Sr. D. Hilario Igon.

Carlos III».»[371] Como se sabe, fueron inspiradas, definitivamente, como ya se advirtió, en las de Federico II el Grande (Friedrich II der Große) de Prusia (1712- 1786).[372]

Baste con señalar que en la España ilustrada: "A partir del análisis de las Ordenanzas de 1728, en el que se incluían los comentarios y observaciones de generales de prestigio y corregidas por una junta que presidió el propio Conde de Aranda [Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximenez de Urrea: 1719-1798], y de la que formó parte [el Conde de] Garzola [Felice Gazzola o Félix Gazzola: 1698-1780], fundador del Real Colegio de Artillería [que se instaló en el espléndido Alcázar de Segovia en 1764], se llegó a la redacción definitiva que sancionó el Rey [Carlos III], ordenando su publicación «firmada de mi mano, sellada con sello secreto y refrendada de mi infrascripto Secretario de Estado, y del Despacho de la Guerra» en San Lorenzo el Real el 22 de octubre de 1768."[373] No es inútil advertir, finalmente, que el 18 de febrero del año siguiente se dio una aclaración sobre la inteligencia de las ordenanzas, en el sentido de que la *aclaran*, *alteran*, *varian* o *modifican*. El tema no fue más allá porque el tiempo se encargó de reafirmarlas tanto en la monarquía y nobleza española como en el descubrimiento de las nuevas rutas oceánicas, y, por tanto, en el Imperio de ultramar: la América carolina.

Efectuadas estas consideraciones previas, veamos ahora cómo se estructuró orgánicamente —el Índice— su contenido, que para la época era, con sobrada razón, de buen cuño jurídico, y redactados los ocho tratados con una pulcritud extraordinaria, tanto en profundidad como en amplitud del horizonte, reconociendo que algunos títulos se habían tomado de las ordenanzas de 1762:

ÍNDICE
DEL PRIMER TOMO DE ORDENANZAS MILITARES.[374]

---

[371] *Cfr.* Martínez Friera, Joaquín: "Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues", en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XII, N.º 141, octubre, Madrid, 1951, pág. 3. De igual forma, de la abundante bibliografía sobre el tema, *vid.* Bermúdez de Castro, Luis: "Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas", en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N.º 131, diciembre, Madrid, 1950, págs. 9-14. Del mismo autor: "A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III", en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N.º 124, mayo, Madrid, 1950, págs. 19-22. También, *vid.* Casado Burbano, Pablo: "Visión histórica del Derecho Penal Militar", en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, pág. 36.

[372] Así lo recuerda Rodríguez Casado, Vicente: "El ejército y la marina en el reinado de Carlos III", en Boletín del Instituto Riva-Agüero, N.º III, Lima, 1956-1957, págs. 129-156, en concreto, págs. 131-132.

[373] *Cfr.* Alonso Molinero, Antonio: "La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III", en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999, págs. 16-17. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente. En el mismo libro, *vid.* las exposiciones panorámicas sumarísimas, claras y comprensibles de Fernández Campos, Sabino: "Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida", págs. 23-38; y de González Díez, Emiliano: "Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III", págs. 55-62. También consúltese, Ollero Gómez, Carlos: "Constitución y Reales Ordenanzas", en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, N.º 59, Madrid, 1982, págs. 213-235, en concreto, págs. 214- 215.

[374] Adviértase que se ha respetado la escritura y ortografía de la época. Por lo demás, la edición que tenemos a la vista, y que destaca por su monumentalidad, es: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Se trata de una edición facsimilar de la 1.ª aparecida en 1768 en tres tomos, empero, impresa en dos tomos por la Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Además, se han consultado las siguientes ediciones, muy meritorias para su época: *Ordenanzas de S.M. para el régimen disciplinario, subordinación y servicio de sus exércitos*, Oficina del Extracto

TRATADO PRIMERO.

QUE CONTIENE LA FUERZA, PIE, Y LUGAR de los Regimientos de Infanteria: Eleccion de Granaderos: Pie, y formacion de los Cuerpos de Cavalleria, y Dragones: Fondos de Recluta, Remonta, y Armamento: Reglas para la administracion, y ajuste de ellos: Descuentos de Oficiales, y Tropa en viages de Mar por Mesa, y Racion de Armada: Funciones del Habilitado para el manejo de intereses.

Titulos.

I. Fuerza, pie, y lugar de los Regimientos de Infanteria.
II. Saca de Granaderos.
III. Fuerza, y pie de los Regimientos de Cavalleria, y Dragones.
IV. Método que ha de seguirse para el cobro, custodia, y distribucion de graficacion de Recluta, y Remonta.
V. Regla con que al entretenimiento de la fuerza ha de atenderse, y método que para el ajuste de gatificacion de gente, y fondos de Caxa ha de observarse.
VI. Entrega de Compañias vacantes al Comun, y del Comun á los Provistos.
VII. Fondo de Armamento.
VIII. Método con que ha de procederse al abono del haber de Prest, y Pagas de la Tropa, y Oficiales que se embarquen para America.
IX. Del Habilitado para el manejo de intereses.

TRATADO SEGUNDO.

QUE CONTIENE LAS OBLIGACIONES DE CADA clase, desde el soldado, hasta el Coronel inclusive: Ordenes generales para Oficiales en guarnicion, Quartel, Marchas, y Campaña: Proposicion de Empleos vacantes: Formalidades para dar la posesión: Modo de reglar las antigüedades: Junta de Capitanes: Visita de Hospital: Guardia de prevención: Licencias temporales: orden, y succesion del mando de los Cuerpos.

I. Del Soldado.
II. Del Cabo.
III. Obligaciones del Soldado, y Cabo de Cavalleria, y Dragones.
IV. Del Sargento.
V. Obligaciones del Sargento de Cavalleria, y Dragones.
VI. Obligaciones de los Subtenientes.
VII. Obligaciones del Alferez de Cavalleria, y Dragones.
VIII. Tenientes.
IX. Obligaciones del Teniente de Cavalleria, ó Dragones.
X. Obligaciones del Capitan.
XI. Obligaciones del Capitan de Cavalleria, y Dragones.
XII. Sargento Mayor de Infanteria.
XIII. Sargento Mayor de Cavalleria, y Dragones.
XIV. Teniente Coronel.

Correo, Coruña, 1813 y *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S. M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el teniente general Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye índice alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas ordenanzas adicionadas. También resulta útil, en clave histórica, el ensayo de Parada, Ramón: "Toque de silencio por la justicia militar", en Revista de Administración Pública, N.º 127, enero-abril, Madrid, 1992, pág. 17-20; y el de Canosa Usera, Raúl, notable por su amplitud de horizontes: "Configuración constitucional de la jurisdicción militar", en Poder Judicial, 2.ª época, N.º 34, junio, Madrid, 1994, págs. 10-12.

XV. Teniente Coronel de Cavalleria, ó Dragones.
XVI. Coronel de un Regimiento.
XVII. Ordenes Generales para Oficiales.
XVIII. Forma, y distinción con que han de ser los Cadetes admitidos, y considerados.
XIX. Funciones de los Avanderados.
XX. Funciones de los Ayudantes.
XXI. Del Tambor Mayor.
XXII. Modo en que han de admitirse los Cirujanos, y su obligación.
XXIII. Modo en que han de admitirse los Capellanes, y sus obligaciones.
XXIV. Proposicion de Empleos vacantes.
XXV. Formalidades que deben observarse para poner en posesión de sus empleos á los Oficiales, y demás Individuos de las Tropas.
XXVI. Forma en que se han de reglar las antiguedades.
XXVII. Juntas de Capitanes.
XXVIII. Visita de Hospital.
XXIX. Guardia de prevencion.
XXX. Licencias temporales.
XXXI. Orden, y succesion del mando de los Cuerpos.

TRATADO TERCERO.

QUE CONTIENE LOS HONORES MILITARES: Los que por Cuerpos enteros deben hacerse á entrada, y salida de Personas Reales, y Capitanes Generales en las Plazas: Guardias, y honores á personas, que por sus dignidades los gozan, no siendo Militares: Honores fúnebres: Tratamientos: Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados: Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones: Revistas de Comisario: Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

I. Honores Militares.
II. Honores por Cuerpos enteros, formados en las Plazas al entrar, y salir de ellas Personas Reales, y Capitanes Generales de los Exercitos, y de Provincia.
III. Honores que deben hacer las Tropas campadas á las Personas que los tienen, quando pasen por las Lineas.
IV. Guardias, y honores con que por su dignidades han de distinguirse algunas personas, que no son del Cuerpo Militar del Exercito, ni Armada.
V. Honores funebres que han de hacerse á Personas Reales, Oficiales Generales, y Particulares, y demás Individuos de mis Tropas, que murieren empleados en mi Real servicio.
VI. Tratamientos.
VII. Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados.
VIII. Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones.
IX. Revistas de Comisario.
X. Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

TRATADO QUARTO.

QUE EXPLICA LA FORMACION, MANEJO de Arma, y Evoluciones de Infanteria.

I. Toques que han de observar los Tambores, y Pifanos.

II. Disposiciones que deben preceder para ponerse un Batallon sobre las Armas.

III. Formacion del Batallon, y método con que ha de subdividirse en Trozos, Compañias, Medias, Quartas, y Octavas.

IV. Formalidad con que han de traerse, y recibirse las Vanderas.

V. Colocacion de Oficiales, Vanderas, y Sargentos en los ordenes de Batalla, y Parada de un Batallon, y Regimiento.

VI. Formacion en Columna.

VII. Instrucción para la marcha de frente, obliqua, y circular.

VIII. Prevenciones generales para el manejo de Arma, y Evoluciones.

IX. Manejo del Arma.

X. Evoluciones que se practicarán concluido el manejo de Arma.

XI. Advertencias generales para los fuegos.

XII. Fuegos que se harán en los Exercicios.

XIII. Exercicio de Granaderos.

XIV. Suplemento del manejo del Arma, que deberá servir para todos los movimientos que se han de executar en las Guardias, Revistas, etc.

XV. Modo con que los Oficiales han de saludar con las Vanderas, y Fusiles; y tiempos con que han de recogerlos, y descansar sobre ellos.

XVI. Método pronto, y fácil para enseñar el Exercicio, y perfeccionar en él á un Regimiento.

XVII. Toques de Caxa con que ha de señalarse el mando de Evoluciones.

XVIII. Señales de mando con la Espada.

ÍNDICE
DEL SEGUNDO TOMO DE
ORDENANZAS MILITARES
TRATADO QUINTO,

QUE CONTIENE LOS EXERCICIOS de Cavalleria, y Dragones, en que se explican sus formaciones, y maniobras.

Titulos.

I. Toques que han de usar los Trompetas, y Timbales de la Cavalleria, en Guarnición, Quartel, y Campaña.

II. Toques que han de observar los Cuerpos de Dragones.

III. Formación de Compañias, division de ellas, su colocación, y la de Oficiales, y Sargentos de un Esquadron en el orden de Batalla.

IV. Subdivisión de un Esquadron, reglas de distancia entre filas, é hileras, y medida del terreno que por calculo ha de considerarse competente á quialquiera numero de Cavalleria en el orden de Batalla.

V. Conduccion, retiro, y custodia de los Estandartes en Quartel, y Campaña.

VI. Regla que ha de seguirse para pasar del orden de Batalla al de Parada.

VII. Orden, y succesion de las voces del Exercicio, Evoluciones, y maniobras que harán los Esquadrones.
VIII. Reglas para formar el Piquete con todo el Regimiento.
IX. Formacion en Columna por filas.
X. Método que han de observar los Cuerpos de Dragones para las maniobras de desmontar, encadenar sus Cavallos, salir á formar el Batallon, y volver por Esquadrones á su orden de Batalla.
XI. Advertencias generales, comunes á Cavalleria, y Dragones montados.

TRATADO SEXTO,
QUE COMPREHENDE TODO LO PERTENECIENTE AL SERVICIO DE GUARNICION.

I. Autoridad de los Capitanes Generales de Provincia.
II. Funciones del Governador de una Plaza, y sucesión del mando accidental de ella.
III. Funciones del Teniente de Rey.
IV. Consideraciones á que ha de arreglarse el servicio de Guarnicion.
V. Funciones de los Sargentos Mayores de las Plazas, y Gefes de los Cuerpos en el servicio de ellas.
VI. Formalidades que han de observarse para cerrar las puertas de las Plazas.
VII. Formalidades para dar el Santo, y Orden: hacer, y recibir las Rondas, y practicar el servicio de Patrullas.
VIII. Formalidad con que se ha de hacer la descuebierta, y abrir las puertas de la Plaza.
IX. Destacamentos.
X. Modo en que los Governadores de las Plazas deben expedir Libramientos para la Polvora.
XI. Salvas que han de hacerse con la Artilleria de las Plazas, y casos en que corresponde excutarlas.
XII. Reglas que deben observarse para la persecución, y aprehensión de Desertores, y obligación de las Justicias para su descubrimiento, y conducción.
XIII. Reglas que deben observarse en la Marcha de las Tropas.
XIV. Regla que ha de seguirse en el Alojamiento de las Tropas, quando marchen.

TRATADO SEPTIMO,
QUE CONTIENE EL SERVICIO DE CAMPAÑA.

I. Asamblea del Exercito prevenido.
II. Clases de que se compone el Estado Mayor del Exercito.
III. Succesion del accidental mando del Exercito, y lugar de los Oficiales Generales, y Brigadieres en las Lineas.
IV. Pie, fuerza, y servicio de la Tropa de á pie, y montada, que ha de formarse en dos Cuerpos separados para Guardias de Generales, y Escolta de Equipages.
V. Funciones del Quartel Maestre, Junta de Campamento, y distribución del terreno por mayor.

VI. Funciones del Mayor General de Infanteria.
VII. Del Mayor General de Cavalleria, y Dragones.
VIII. Del Aposentador.
IX. Funciones del Conductor General de Equipages, y orden en que han de marchar los del Exercito.
X. Modo de campar con sus medidas, y circunstancias.
XI. Servicio de Campaña por Brigadas.
XII. Distribucion del Santo, y Orden general.
XIII. Modo de recibir la Ronda de Generales, y Oficiales de dia.
XIV. Sobre Destacamentos.
XV. Movimiento de un Campo á otro nuevo.
XVI. Alojamiento de Quarteles, ó Cantones, y modo en que ha de distribuirse el forage que haya en ellos.
XVII. Ordenes generales para el servicio de Campaña.
XVIII. Funciones del Intedente, y sus Dependientes.
XIX. Reglamento de mesa para los Oficiales Generales, y de otros grados en Campaña.
XX. Raciones de Pan, y Cebada con que en tiempo de Guerra ha de asistirse á los Oficiales Generales, y particulares que sirvieren en el Exercito de Campaña.

TRATADO OCTAVO,
DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

I. Esenciones, y Preeminencias del Fuero Militar, y declaración de las personas que le gozan.
II. Casos, y delitos en que no vale el Fuero Militar.
III. Casos, y delitos en que la Jurisdicción Militar conoce de Reos independientes de ella.
IV. Causas, cuyo conocimiento corresponde á los Capitanes Generales de las Provincias.
V. Consejo de Guerra Ordinario.
VI. Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
VII. Delitos, cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
VIII. Del Auditor General de un Exercito en Campaña, y de los de Provincia.
IX. De las formalidades que se han de observar en la degradación de un Oficial delinquente.
X. Crimenes Militares, y comunes, y penas que á ellos corresponden.
XI. De los Testamentos.[375]

[375] Al cierre del presente trabajo de investigación cayó en nuestras manos otra edición de las *Ordenanzas*..., muy útil y completísima a cargo del militar y escritor Muñiz y Terrones, José (1839-1900): *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un apéndice general que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológicos por materias; y un apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes. Sin pretensiones de agotar la temática, que por lo demás es oceánica, *vid*. Bouza, Antonio L.: "Biblioteca del Palacio Real de Madrid. Ordenanzas Militares del Reinado de Carlos III", en Reales Sitios. Revista del Patrimonio Nacional, Año XXV, N.º 98, Madrid, 1988, págs. 60-66.

Del esquema transcrito se revela que nos hallamos ante una obra extraordinaria de contenido exhaustivo, sin desmerecer, por cierto, a sus antecesoras. Por de pronto, Antonio Vallecillo, con la finalidad de explicar el contenido del índice — tan lleno de sugestiones —, decía en el siglo XIX con magistral capacidad de síntesis, que: "Lo principal que en él se observa, es la división de las Ordenanzas en *tratados*, *títulos* y *artículos* con numeración independiente unos de otros; cuyo método, si bien el más científico y filosófico de todos, no es, sin embargo, el mas expedito y claro para el manejo y uso de las Ordenanzas, por necesitarse tres citas para expresar y encontrar un artículo cualquiera. Y aunque no puede desconocerse que la naturaleza de la obra exige esta triple división de asuntos ó materias; hubiérase podido, sin embargo, conciliar todos los extremos, con la expresada división, y la numeración de los artículos continuada desde el primero hasta el postrero del último tratado, como hay varios ejemplos antiguos y modernos para asuntos de más espera que los militares, y entre ellos el Código Penal de España, publicado en 1848."[376]

Bueno sería recordar que las ordenanzas castrenses, definitivamente, fueron una recopilación de las muchas que se hicieron con anterioridad. Sin embargo, tuvieron dos innovaciones debidas a la Ilustración: *a)* en ellas se cedían los privilegios de sangre a la personal valía del individuo, y *b)* significaban una ruptura con el espíritu religioso y un triunfo del laicismo frente al tradicional espíritu católico de los Ejércitos de España.[377] Como es lógico, hemos de advertir de antemano que, por tratarse de una obra del reformismo borbónico, de arquitectura sobria, que tuvo mucho impacto en la legislación militar hispanoamericana y que sigue mereciendo plácemes —¡adelanto grandísimo!—, es importante transcribir algunos de sus artículos, con mayor incidencia en la práctica judicial militar, tal como aparecieron publicados en 1768, especialmente los referidos al fuero militar, advirtiéndose que el rey católico de las Españas también expidió, a modo de complemento, reales decretos y reales órdenes:

Trat. VIII. Tit. I. [378]
Tratado VIII.
DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

TITULO PRIMERO.
ESENCIONES, Y PREEMINENCIAS
del Fuero Militar, y declaracion de las personas que le gozan.

---

[376] *Cfr.*, en tal sentido, el utilísimo libro, notable por la aguda interpretación que se realiza, del militar y escritor Vallecillo, Antonio (1807-1880): *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D. P. Montero, Madrid, 1861, págs. 5-6. Del mismo autor, *vid*.: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos. Ilustradas por artículos con las Reales órdenes espedidas hasta la fecha de esta edición*, 3 ts., Imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1850-1852.

[377] *Cfr.* Baldovín Ruiz, Eladio: "El Fuero Militar en las Ordenanzas", en Revista de Historia Militar, N.º 76, Madrid, 1994, págs. 41-75; Gálvez Montero, José Francisco: *La Justicia Militar en la historia del Perú. Primera parte: Desde sus albores hasta 1899*, t. I, Fuero Militar Policial, Lima, 2017, págs. 81-103. Antecede Presentación de Juan Pablo Ramos Espinoza. También, *vid*., Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1967, pág. 18.

[378] *Cfr*. *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, *ob. cit.*, t. II, págs. 255-308. Obra de consulta obligatoria para la época, especialmente en lo relativo al fuero militar, fue la del jurisconsulto y escritor Bacardí, Alejandro de (1815-1905): *Nuevo Colon ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, 3.ª edición, 2 ts., Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y C.ª, Barcelona, 1878.

ARTICULO PRIMERO.

PARA atajar los incovenientes que (con atraso de mi servicio, y competencia de jurisdicciones) detienen, ò embarazan la buena adminisiracion de Justicia, asi por solicitar el Fuero Militar, muchos que no deben gozarle, como por sujetarse por ignorancia à otros Juzgados algunos, à quienes les está concedido, y debieran defenderle: Declaro, que el referido Fuero pertenece à todos los Militares, que actualmente sirven, y en adelante sirvieren en mis Tropas regladas, ò en empleos que subsistan con actual exercicio en Guerra, y que como tales Militares gocen sueldo por mis Tesorerias del Exercito en Campaña, ò las Provincias, comprehendiendose en esta clase los Militares que se huvieren retirado del servicio, y tuvieren Despacho mio, para gozar de Fuero; pero con la diferencia, y distinción que se expresará succesivamente en este Titulo.

2. Las Tropas Ligeras de Infanteria, y Cavalleria, que existen oy, y succesivamente se formaren, gozarán del mismo Fuero que las Tropas regladas de mi Exercito.

3. A los Oficiales, y Soldados, que estuvieren en actual servicio, no podrán las Justicias de los parages en que residieren apremiarlos à tener Oficios concegiles, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad: gozarán la excepción de pago de servicio ordinario, y extraordinario, y no podrá imponerseles Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte: Y siendo casados, gozarán sus mugeres de las mismas preeminencias; podrán traer Caravinas, y Pistolas largas de arzon, como las que se usan en la Guerra, teniendo plaza viva, y estando actualmente sirviendo: Y siempre que usaren de licencia, ò por comision de mi servicio se separen de sus destinos, ò Cuerpos, podrán traer estas Armas por el camino, para resguardo de sus personas; con calidad, que mientras estuvieren en la Corte, ò en las Ciudades, Villas, y Lugares de mis Reynos, no podrán andar con ellas, sino tenerlas guardadas en sus casas, para quando buelvan à servir, y hacer su viage: Podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los terminos, y meses vedados; y si usaren de otras Armas de fuego de las prohibidas por Vandos, y Pragmaticas, se les dará por incursos en los Vandos publicados, y por perdidas las Armas, sujetandose à la pena que se impusiere en dichos Vandos.

4. No podrán los referidos Oficiales, y Soldados ser presos por la Justicia Ordinaria por deudas, que hayan contraído despues de estár sirviendo, ni se les executará por ellas en sus Cavallos, Armas, ni vestidos, ni en los de sus mugeres, à menos que la deuda proceda de alcances, ò créditos, que mi Real Hacienda tenga contra ellos; pero en las deudas anteriores al tiempo en que el deudor entró en mi servicio, responderá según la calidad de la obligacion en su persona, y bienes raíces, y muebles, que no sean del uso Militar.

5. No podrán conocer de las causas civiles, ni criminales de Oficiales las Justicias Ordinarias, sino solo el Capitan General, Consejo General, ò Comandante Militar del parage donde residieren, segun la diferencia, y circunstancias de los casos en la forma que se explicará mas adelante.

6. Los Oficiales, Sargentos, Cabos, y Soldados, que se retiraren de mi servicio con licencia, haviendo servido quince años sin intermisión, gozarán Cedula de premio correspondiente; y en virtud de ella, si se retiraren del Exercito, estarán esentos del servicio ordinario, y extraordinario: No podrán ser apremiados à tener Oficios de Concejo, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad, ni se les impondrá Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte;

y las mismas preeminencias gozarán sus mugeres; y podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los términos, y meses vedados; pero si usaren de Armas prohibidas, se les dará por incursos en los Vandos publicados.

7. Desde la clase de Alferez, ò Subteniente inclusivé arriba, todos los Oficiales que se huvieren retirado del servicio con licencia mia, y Cedula de preeminencia, gozarán, además de las expresadas en el Articulo antecedente del Fuero Militar en las Causas criminales; de suerte, que las Justicias Ordinarias solo tendrán facultad para hacer la Sumaria, que deberán formar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo la causa leve; y siendo grave, en el de ocho dias naturales, y remitirla al Capitan General de la Provincia, en cuyo Juzgado se sentenciará, concediendo las apelaciones al Consejo Supremo de Guerra; y en las civiles, y casos exceptuados, los podrán procesar, sentenciar, y executar las Justicias Ordinarias: pero los Oficiales agregados à Plazas, destinados á Inválidos, y los de Milicias Provinciales regladas, gozarán tambien del Fuero civil, sacando la Cedula de preeminencias corresponciente à su clase.

8. Las mugeres, y los hijos de todo Militar gozarán este Fuero: y muerto aquel, le conservarán su viuda, y las hijas, mientras no tomen estado; pero los hijos varones unicamente le gozarán hasta la edad de diez y seis años.

9. Todo Criado de Militar, con servidumbre actual, y goce de salario, tendrá por el tiempo en que exista con estas calidades, el Fuero en las Causas civiles, y criminales que contra él se movieren, no siendo por deudas, ò delitos anteriores; en cuyo caso, ni le servirá el Fuero, ni se le apoyará con pretexto alguno, quedando responsables los Amos, y los Gefes de qualquiera omision en perjuicio de la buena administración de Justicia.

10. Todo Individuo que goce Fuero Militar, deberá declarar siempre que sea citado para ello por las Justicias Ordinarias, precediendo el aviso de estas al Comandante natural de que dependa; pero en los casos criminales executivos in fraganti, deberán declarar, aunque no se haya pasado el aviso à sus Gefes naturales; y reciprocamente se observará lo mismo por los dependientes de la jurisdicción ordinaria, siempre que la Militar los necesite para declarar, con la diferencia de casos que este Articulo previene.

TITULO SEGUNDO.
CASOS, Y DELITOS EN QUE NO VALE el Fuero Militar.

ARTICULO PRIMERO.

EL Individuo dependiente de la Jurisdiccion Militar, (de qualquiera especie, ò calidad que sea) que incurriere en los delitos de resistencia formal à la Justicia, ò desafio probado, en el modo que prescribe la Pragmatica expedida en 16. de Enero de 1716. inserta al fin de este Tratado, perderá el Fuero de que goza, y quedará (por la calidad de semejante exceso) sujeto al conocimiento de la Justicia Ordinaria del territorio en que le cometa, con inhibición absoluta de la Jurisdicción Militar, de que naturalmente dependa.

2. Tampoco ha de gozar del Fuero Militar el que extragere, ò ayudare á extraer de mis Reynos moneda, o pasta de oro, ò plata, ò introduxere en ellos moneda de vellon: el que fabricáre, ò ayudare à fabricar, ò expender moneda falsa contra las Leyes, Pragmaticas, y Cedulas expedidas en este asunto: El que usáre de Armas cortas de fuego, ò blan-

cas de las prohibidas por Reales Pragmaticas, como se verifique la aprehension Real en la persona; no entendiendose prohibida la Bayoneta sola, y descubierta en el Soldado de Infanteria, ni las de fuego en los casos que es permitido traerlas à los Militares, ni el de las otras Armas cortas, aunque vayan disfrazados, siendo en busca de Desertores, ù otro fin de mi servicio, y con despachos para ello, que señalen tiempo limitado.

3. Igualmente quedará despojado del Fuero Militar el que cometiere delito de robo, ò amancebamiento dentro de la Corte; y el que delinquiere en qualquiera parte contra la Administración, y Recaudacion de mis Rentas, siempre que, por diligencias de Ministros de ellas se verifique la aprehensión Real de los fraudes en su persona, casa, ò equipages, con especialidad contra la del Tabaco; à cuyo favor quiero que subsistan en su fuerza las Ordenes anteriormente expedidas; pero para procederse contra el Militar, en cuya casa, ò equipage se halle el fraude, ha de justificarse, que intervino su diligencia, o consentimiento en ocultarle.

4. Sobre particiones de herencia, si no fuere de persona que gozaba del Fuero Militar, en cuyo caso toca al Fuero de Guerra el Inventario, según Real Decreto de 25. de Marzo de 1752. conocimiento de Pleytos sobre bienes raíces, succesion de Mayorazgos, acciones Reales, Hypothecas, y Personales, que provengan de trato, y negocio, y sobre oficio, y encargo público, en que voluntariamente se huviere mezclado el Militar, no gozara del Fuero de su clase; ni tampoco le valdrá en los delitos capitales, que huviere cometido antes de entrar à mi servicio: pues es mi voluntad, que en este caso, sin suscitarse competencia por la Jurisdicción Militar con la Ordinaria, conozca ésta de semejantes causas; y se le entreguen los comprehendidos en ellas, quando los reclamáre, para que los juzgue, y sentencie como corresponda.

5. Si las Justicias prendieren algún Individuo dependiente de la Jurisdicción Militar del Exercito, que en su territorio haya cometido delito de los no exceptuados en los Artículos precedentes, ù otros, que se declararán en esta Ordenanza, deberán entregar el Reo à su respectivo Gefe, remitiendole, ò dándole aviso, para que le envie à buscar; y quando esto no pueda practicarse prontamente, substanciarán la causa las Justicias que le aprehendieren, hasta ponerla en estado de Sentencia, lo que deberán executar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo leve; y siendo grave en el de ocho dias naturales, por lo que mira à las de Oficiales Militares, y remitirán el proceso al Comandante Militar de aquel distrito, para que determine la causa; y lo mismo en las de los Soldados, que van de transito por el Pais solos con Pasaporte, ò sin él, y que robaren, ò ultrajaren; en cuyo caso podrán las Justicias Ordinarias del territorio procesarlos, remitiendo los Autos en el termino expresado al Capitan General de aquel distrito, para que dé la sentencia.

TITULO TERCERO.
CASOS, Y DELITOS EN QUE LA Jurisdiccion Militar conoce de Reos independientes de ella.

ARTICULO PRIMERO

TODA persona de qualquiera especie, sexo, ò calidad que sea, que contribuyere à la deserción de Tropa de mi Exercito, aconsejando, ò favoreciendo este delito, bien sea ocultando à el Desertor, comprandole su Ropa, ò Armamento, ò dandole otra de disfraz, deberá ser juzgada por la Jurisdiccion Militar de que dependa el Desertor favorecido; y siempre que ésta reclame à los Reos de semejante crimen, estará obligada à entregarlos la Justicia natural de que dependan.

2. La inhibición, de que trata el Articulo antecedente: declaro, que no solo debe entenderse con la Jurisdicción Ordinaria, sino con la Militar de qualquier otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, de la Armada, ò de Tropas Ligeras, ò Milicias; pues es mi voluntad, que el Cuerpo de que fuese el Desertor, à quien se le huviere ocultado, comprado su Ropa, o Armamento, ò dado otra de disfraz, tenga derecho de reclamar à los Reos auxiliares de su fuga, aunque sirvan en otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias; y que reciprocamente se entreguen de unos à otros Cuerpos los Reos reclamados por este delito, à fin de que se les juzgue por el Consejo de Guerra del que le reclama, imponiendoles la pena que en el Titulo de ellas se previene.

3. Los Cuerpos del Exercito, que aprehendieren, Reos dependientes de otros Regimientos de él, ò de la Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias por delito que no sea el de favorecer, ò abrigar la desercion, en el modo que explica el Articulo antecedente, deberán reciprocamente entregarlos à los Regimientos, ò Gefe de que dependan; y si para justificacion de la causa necesitáre la Jurisdicción Militar testigos sujetos à otra, ò al contrario, se les mandará, sin dificultad, que hagan su deposicion ante el que la substanciáre.

4. A la Jurisdiccion Militar ha de pertenecer privativamente el conocimiento de causas de incendio de Quarteles, Almacenes de boca, y Guerra, y Edificios Reales Militares, robos, ò vejaciones que en dichos parages se executen, trato de infidencia por espias, ò en otra forma, insulto de Centinelas, ò Salvaguardias, y conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales, ò Tropa, en qualquiera modo que se intente, ò execute: y los Reos de otras Jurisdicciones, que fueren comprehendidos en qualquiera de estos delitos, serán juzgados, y sentenciados por la Militar, con el castigo que por esta Ordenanza corresponda.

5. Siempre que qualquiera Regimiento, ò Batallón entero de mi Exercito, fuere destinado à servir en la Armada, en sus Baxeles, ò Arsenales, desde el dia en que tome posesion de este destino, hasta el en que cese, dependerá de la Jurisdicción de Marina; y por la misma regla la Tropa de Marina, que sirviere en tierra, dependerá de la Jurisdicción Militar de tierra, en la forma que explica el Titulo segundo del sexto Tratado de esta Ordenanza.

[…]

TITULO QUINTO. CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO.
ARTICULO PRIMERO.

PARA que las Tropas se contengan en aquella exacta obediencia, y disciplina Militar, que conviene al decoro, y estimación de su destino: ordeno, que por todo crimen, que no sea de los exceptuados, en que no vale el Fuero Militar, sea el Individuo que le cometa, (desde Sargento inclusive abaxo) juzgado por el Consejo de Guerra, que tengo concedida facultad de formar para estos casos à los Regimientos de mis Exercitos, asi de Infanteria, como de Cavalleria, y Dragones, (bien sean Españoles, ò Estrangeros) para todos los delitos que se- ñala esta Ordenanza; y en los de que por estraños no se trata, ha de observar el Consejo las formalidades, que para el acierto de su juicio, y sentencia prescribe este Tratado, con apercibimiento de que qualquiera Oficial, que contraviniere à lo prevenido en él, concurriendo en calidad de Juez al Consejo de Guerra, será depuesto de su empleo.

Trat. VIII. TIT. VI.

TITULO SEXTO.
CONSEJO DE GUERRA DE OFICIALES
Generales.

ARTICULO PRIMERO.

Por lo que toca à crímenes Militares, y faltas graves, en que los Oficiales incurrieren contra mi Real servicio, es mi voluntad, que se examinen en Junta de Oficiales de superior graduación, dandosele à este Tribunal la denominacion de Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

2. La formacion de este Consejo ha de ser siempre en la Capital de la Provincia en que el Oficial Reo tenga su destino: el Capitan General, o Comandante General de ella, Presidente, y facultad suya el nombrar los Oficiales, que deban componerle, atendiendo à que su numero no sea menor de siete, ni que exceda de trece, y à que le llenen (en el modo posible) Oficiales Generales, eligiendo (si estos no alcanzaren) Brigadieres, y en su defecto Coroneles; pero nunca ha de descenderse de esta clase, y siempre ha de asistir el Auditor de Guerra, como Asesor del Consejo, tomando el ultimo lugar, sin voto en é l , y solo con el fin de iluminar (en los casos dudosos que ocurran) al Presidente, y qualquiera de los Jueces, que para asegurar su acierto le pregunte.

[…]

Trat. VIII. TIT. VIII. TITULO OCTAVO.
DEL AUDITOR GENERAL DE
un Exercito en Campaña, y de los de Provincia.

Siendo de la mayor importancia la recta, y buena administración de justicia en un Exercito, que se halle en Campaña, reservo en mi Persona el nombramiento de un Auditor General, que sirva en él, del caracter, graduación, ciencia, y circunstancias correspondientes à la gravedad de tan respetable Ministerio, y sus funciones serán las que explican los Artículos siguientes.

ARTICULO PRIMERO.

El Auditor General conocerá en todos los negocios, y casos de Justicia, como persona en quien reside el exercicio de la jurisdicción del Capitan General, ò General en Gefe del Exercito, y en nombre de éste encabezará las sentencias en esta forma:

Nos el Capitan General N. vistos estos Autos, fallamos, que debemos condenar, y condenamos, etc. lo firmará el Auditor, y con la sentencia pasará à dar cuenta al Gefe General del Exercito, quien, enterado por dicho Ministro de lo que resulta de la causa, y contiene la sentencia, firmará en lugar preeminente; y por el Escribano se notificará à las Partes, si fuere civil, y si criminal, à los Reos.

[…]

Entre otras situaciones significativas que trasuntan en las ordenanzas militares del rey cazador está el disfrute del fuero militar, a la vista de lo que acabamos de transcribir, y que constituía en la reciente dinastía borbónica un nuevo encuadre institucional, empezando por los privilegios, excensiones, preeminencias, y fijando las competencias jurisdiccionales entre la jurisdicción civil y la jurisdicción militar con el propósito de evitar enfrentamientos, lo cual era inevitable. Mientras tanto, en el siglo XVIII se iba acentuando de manera organizada la presencia del fuero militar.

Sin embargo, como advierte Martínez Ruiz, "subyace un fenómeno de gran trascendencia sociopolítca, pero que hasta el momento solo ha sido valorado de forma jurídico-institucional: […] el creciente papel que los militares jugaron en el siglo XVIII y que prepararon el militarismo decimonónico… A finales del siglo XVIII los capitanes generales eran los Presidentes de las audiencias y los Jefes de las tropas que actuaban en su distrito; el Ejército no solo era uno de los instrumentos de la política exterior, sino también se reafirmaba como la principal fuerza de manteniento del orden y la seguriad pública mediante la intervención directa y la creación de unidades y cuerpos específicos y la importancia de los militares en la administración aragonesa está fuera de toda duda. Además, Felipe V y Carlos III — los dos borbones más influyentes en la configuración del Fuero militar y en las reformas castrences implantadas en la Monarquía española — vivieron varias campañas a lo largo de su vida, pasando por momentos en que su suerte dependió de los soldados que mandaban."[379] De tal modo que el fuero militar constituía una suerte de buque insignia y/o núcleo duro para justificar la presencia del Derecho Penal Militar en el siglo XVIII, yendo en línea de avanzada con el propósito de alcanzar el espíritu y la disciplina militar en la carrera de las armas, realidad que inexorablemente deja sentir su presencia hasta nuestros días.

Por lo demás, no se pueden entender *in globo* las Ordenanzas Militares de Carlos III si es que no se complementa su estudio con las diversas cédulas, circulares, reglamentos y otros dispositivos militares de carácter administrativo, que también rigieron en el Perú por orden de Su Majestad el rey Carlos III. En especial, las circulares que en la práctica le dieron vida y dinamicidad a las ordenanzas militares. Todo ello se puede consultar en las obras del Oficial Segundo del Cuerpo Administrativo del Ejército Eduardo Reguera y Urrutia[380] y de Juan Marcos y González.[381]

Entre varias de ellas, debemos mencionar a las siguientes:

REAL ORDENANZA EN QUE S. M. ESTABLECE LAS REGLAS QUE INVIOLABLEMENTE DEBEN OBSERVARSE PARA EL ANNUAL REEMPLAZO DELE GÉRCITO CON JUSTA Y EQUITATIVA DISTRIBUCIÓN EN LAS PROVINCIAS, en la Oficina de Pedro Marin, Madrid, Año de MDCCLXX.

REAL CEDULA DE SU MAGESTAD, Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUE

SE DECLARAN INCLUSOS en Sorteos para el annual reemplazo del Egercito à los dependientes de todos los Hospitales del Reyno; y libres de ellos á todos los Oficiales de dotacion fija que existian en las Oficinas de Particulares, y Comunidades antes de la publicacion de la Ordenanza de tres de Noviembre de mil setecientos setenta, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1772.

---

[379] *Cfr*. Martínez Ruiz, Enrique: *El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración*, *op. cit.*, pág. 146.

[380] *Cfr.* Reguera y Urrutia, Eduardo: *Colección Legislatura Militar (Autorizada de Real Orden)*, 5 ts., Imprenta de Pascual Gracia y Orga, Madrid, 1864-1869. Además de las leyes de la Justicia Militar, se incluyen las Reales disposiciones y circulares comprendidas desde 1799 hasta 1869, inclusive los de la Justicia Militar.

[381] *Cfr.* Marcos y González, Juan: *Prontuario General clasificado y cronológico de las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos, órdenes e instrumentos que constituyen la legislación administrativa militar*, Editorial Prudencio Cuartero, Madrid, 1863. De igual manera, *vid*. García Bruna, Antonio: *Archivo Militar de Legislación, Derecho y Jurisprudencia. Guía Práctica de la Legislación Militar o Diccionario Legislativo para el Ejército*, 2 ts., Imprenta de Emili Vaquer, Madrid, 1899-1901.

REAL CEDULA DE S.M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARAN exemptos del Sortéo para el Reemplazo del Egército à los Escribientes, que con arreglo à Ordenanza, deben tener los Ingenieros de Marina, los del Guarda-Almacen General, los del Guarda-Almacen del deposito de peltrechos de los Navios, y otros que se expresan, en la forma, y con las prevenciones que se hacen, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

REAL CEDULA DE S.M., Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL, EN DECLARACION del Articulo X. de la Real Ordenanza de Reemplazos del Egército, se autorizan desde aora à las Juntas Provinciales de Agravios, para que si en alguno de los Sorteados concurriesen motivos de mucha gravedad, y urgencia, le permitan poner en su lugar otro hombre que tenga las calidades que requiere el Servicio Militar, con lo demás que contiene, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

LA INFLUENCIA DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE 1768 EN EL *PRONTUARIO DE ORDENANZA PARA EL EJÉRCITO* (1856), DE JUAN ESPINOZA

En el año 1856, el Crl. Juan Espinoza (1804-1871) — "antiguo soldado del Ejército de los Andes", como solía poner en sus obras — publicó un compendio legislativo intitulado *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, en el que compendió armoniosamente las famosas ordenanzas militares españolas. En su opinión, las Ordenanzas… en forma de Código Militar se dieron por vez primera en 1587, durante el reinado de Felipe II (1527-1598), luego fueron reformadas por Felipe IV (1605-1665) el 28 de junio de 1632, y después se expidieron otra vez durante el reinado de Felipe V (1683-1746) en 1728. Este último introdujo en sus ordenanzas el siguiente principio: "El que manda debe juzgar". Cuarenta años después, se refundieron por Carlos III el 22 de octubre de 1768, en la villa de Madrid, por haberse ofrecido algunas dudas que, consultadas, atrasaban el servicio y mal interpretadas podrían, tal vez, perjudicarle.

De cuanto queda consignado, se colige que la compilación del *Prontuario de Ordenanza* tenía el siguiente contenido:

- Primera parte
- Que contiene
- Las obligaciones

De clase, desde el Soldado, al Coronel inclusive, y las atribuciones del inspector general; Ordenes generales para Oficiales; proposición de empleo vacantes; formalidades para dar la posesión; modo de reglar las antigüedades; junta de capitanes, visita de hospital; guardia de prevención; licéncias temporales; órden y sucesión del mando de los cuerpos.

- Segunda parte
- Que contiene

Honores fúnebres; revista de comisario; bendición de banderas y estandartes; nueva escala de sueldos; reglamento de contabilidad con modelos; ley de montepío; decreto supremo de 13 de octubre de 1857 sobre bagajes, resoluciones supremas de 25 de junio y 2 de agosto de 1850 sobre lo mismo.

Luego de haber aparecido la primera edición en 1856, hubo dos ediciones más del *Prontuario…*, es decir, en 1857 y en 1900, la cual tenemos a la vista. Fundamentando su publicación, Juan Espinoza nos decía en el Prólogo aparecido en la 3.ª edición, que: "Las Ordenanzas Militares españolas [de 22 de octubre de 1768], sobre las que hemos hecho la presente edición, han sido miradas siempre como un modelo de sabiduría en la materia, y aunque en algunos puntos, principalmente en el penal, son susceptibles de ventajosas modificaciones, en el que trata de las obligaciones de cada clase, que es la parte que hemos *copiado*, casi nada o muy poco tendría que variarse para amoldarlas a nuestra situación, cualquiera que fuese el régimen social bajo el cual nos gobernásemos; pues es preciso no perder de vista que, ya sea en una república, ya sea en una monarquía, el Ejército tendrá siempre que regirse por leyes especiales que, en el servicio militar y mecánico del cuartel, lo segreguen de la sociedad para su régimen interno."[382]

Quiere ello decir que la idea de Juan Espinoza, un tanto temeraria como él mismo lo reconocía, era adaptar a nuestro régimen republicano las ordenanzas militares españolas, a través del *Prontuario…* suprimiendo lo que de ningún modo cuadraba para la época, especialmente en la parte penal y en lo concerniente a la falta de autorización para sustituir las penas de la ordenanza española con otras más análogas a nuestra realidad. En realidad, cuanto acabamos de decir demuestra que el *Prontuario…* no contenía, en sentido estricto, disposiciones relativas al Derecho Penal Militar. Sin embargo, es materia de atención para demostrar que, pese a habernos desprendido del dominio español en 1821, y reafirmado con las batallas de Junín y Ayacucho en 1824, seguíamos supeditados, hasta los albores del siglo XX, a la legislación militar española; es decir, a las Ordenanzas Militares de Carlos III.[383] No obstante que el 27 de septiembre de 1890[384] fue aprobado mediante Real Decreto el Código de Justicia Militar de España, que constituyó la fuente directa del Código de Justicia Militar peruano de 1898, conjuntamente con el Código Penal Militar francés modificado y reglamentado hasta el 31 de agosto de 1878.[385]

IV. EPÍLOGO

Para concluir, debemos manifestar que Carlos III, "adicto a sus buenos amigos" y "consecuente y fiel con los antiguos servidores", sin duda alguna, en la época de su rei-

---

[382] *Cfr.* Espinoza, Juan: *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, 3.ª edición, Lima, 1900, pág. III. Para el caso peruano, también *vid.*, a modo de complemento, Gálvez Montero, José Francisco: "Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú", en Revista Peruana de Derecho Público, Año 7, N.º 13, julio-diciembre, Lima, 2006, págs. 112-115.

[383] Ya en la vista fiscal de Manuel Toribio Ureta (1813-1875) de fecha 31 de octubre de 1868, y cuando todavía no teníamos un Código de Justicia Militar, se dejaba notar el influjo de las ordenanzas militares que eran aplicadas conjuntamente con "las leyes patrias y los principios constitucionales relativos a la administración de justicia…". *Cfr.* Gastón, Alfredo: *Compilación de la Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta*, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875, págs. 280-282, en concreto, pág. 280.

[384] Todo ello, sin obviar la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra del 10 de marzo de 1884 y el Reglamento del Consejo Supremo de Guerra y Marina, mandado observar provisionalmente por Real Orden de 27 de junio de 1884. Ambos textos se pueden consultar en De la Peña y Cuéllar, Nicolás: *Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y atribuciones de los tribunales de guerra*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, págs. 522-590.

[385] *Vid. Código Penal Militar y de Organización de los Tribunales de Francia*, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos*, *Instituciones y Códigos franceses*, t. 5, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889, págs. 297-358.

nado borbónico sentó las bases de la Justicia Militar, con admiración y conocimiento de causa, institución a la que dejó marchando con la regularidad de un reloj que marca la hora exacta. De ahí que el legado histórico del monarca de la Ilustración siga vigente hasta el día de hoy, especialmente en el campo de la milicia, en donde la legislación marcial le debe muchísimo a él, no solo en la península ibérica, sino también en la vitrina comparada, en especial, en la América morena. En términos exactos, formalmente las ordenanzas militares estuvieron vigentes en España hasta la Constitución de 1978.

Por lo expuesto, es conveniente y necesario sostener que las Ordenanzas Militares de Carlos III[386] — paciente y formidable trabajo— impusieron nuevas reformas y reorganización en 1768, que culminaron con la brillante liza al promulgarse la Constitución de Cádiz el 19 de marzo de 1812.[387] Se puede entender, entonces, que la creación del Consejo Supremo de Guerra, viejo antecedente de las actuales estructuras de la Justicia Militar, también fue recepcionado en el Perú por el innegable influjo del dominio español.[388] Y el tiempo, para decirlo con más exactitud, le dio a las ordenanzas un notabilísimo prestigio que no ha cesado de crecer hasta nuestros días.

Bástenos traer aquí, a guisa de recuerdo, que el primer Código de Justicia Militar[389] se promulgó durante el gobierno de Nicolás de Piérola (1839-1913) el 20 de diciembre de 1898, y sirvió como pista de despegue de la Justicia Militar del Perú para ir consolidando y estandarizando su campo de acción al tenor de nuevas tendencias legislativas militares que subsisten hasta la actualidad, montadas sobre los hombros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

386 Por todos, *vid.* la voz: "Ordenanzas Militares", a cargo de Salas Larrazábal, Ramón, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1991, págs. 886-887. Del mismo autor, *vid*. "Ejército y Marina", en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2.ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2007, págs. 239-341. Como complemento, *vid.* McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2.ª edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1982, págs. 24-25. Del mismo autor, *vid*. "El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XV, N.º 43, enero-abril, México, D. F., 1982, págs. 16-74.

387 Entre otros, *vid*., Palomino Manchego, José F.: "La Jurisdicción Militar en el periodo gaditano: Su influjo en el Perú", en Palomino Manchego, José F. y Navejas Macías, José de Jesús (coordinadores): *La Constitución de Cádiz de 1812 (A propósito de su bicentenario)*, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2015, págs. 903-925. Antecede Prólogo de Luis Cervantes Liñán. Publicado también en Revista de Derecho Político N.º 84, mayo-agosto, Madrid, 2012, págs. 351-371, y en el Jurista del Fuero Militar Policial. Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año VII, N.º 12, diciembre, Lima, 2018, págs. 17-33.

388 *Vid.* Vigón Suerodíaz, Jorge: "El Ejercito y la Armada en el reinado de Carlos III", en Revista de Estudios Americanos, N.º 100, Sevilla, 1960, págs. 117-120. También, a modo de complemento, *vid.* Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971, págs. 71-82. Y el utilísimo libro de Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985, págs. 37-60. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría (1923-2013).

389 *Cfr*. Bravo Maxdeo, Roosevelt: "Los ciento veinte años de la Justicia Militar en el Perú", en Direito Militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME, ano XX, Número 132, novembro/dezembro, Florianópolis/SC, 2018, págs. 2-6. Uno de los primeros trabajos estuvo a cargo de Fernández García, Raúl: *Complemento del Código de Justicia Militar con índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas*, Sanmarti y Ca., Lima, 1916. Igualmente, *vid*., Bustamante y Rivero, José Luis (1894-1989): *Organización y Procedimientos de la Justicia Militar en el Perú. Comentario de los Libros I, III y IV del Código de Justicia Militar de 20 de diciembre de 1898*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. FUENTES HISTÓRICAS IMPRESAS

CEDULA DE S. M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARA que el conocimiento de las testamentarías de los Factores que tienen à su cargo la provision del Exército toca à la Jurisdicion ordinaria, una vez que se hallen entregados los efectos de la provision, en la conformidad que se expresa, En la Imprenta de Don Pedro Marin, 1785.

CÓDIGO Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército, 3.ª edición, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1885. Precedido de una Introducción de Excmo. Sr. D. Hilario Igon, y de un Estudio sobre el Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Núñez del Prado, y seguido del Libro II del Código Penal Común.

CÓDIGO Penal Militar y de Organización de los Tribunales de Francia, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos, Instituciones y Códigos franceses, t. 5, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889.

DURÁN, José Miguel-Montt, Luis. **Oracion funebre que en la solemne parentacion que celebró la R. Universidad de S. Marcos de esta corte de Lima, por el alma de nuestro inclito y sábio monárca el señor D. Carlos III Rey de las Españas, y emperador de las Indias, dixo el M.R.P. Dr. Joseph Miguel Duran catedratico de prima de teologia moral, y casos ocurrentes tempore mortis ex V. Provil. en este reyno de PP**. Clerigos Regulares Ministros de los Enfermos, el dia 15. de septiembre de 1789, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1790.

ESPINOZA, Juan. **Prontuario de Ordenanza para el Ejército**, 3.ed. Lima, 1900.

GASTÓN, Alfredo. **Compilación de la Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta**, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875.

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de. **Fuero Juzgo en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española**, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815.

LEY de Enjuiciamiento Militar con formularios completos, concordancias y notas, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1886. Antecede Prólogo del Excmo. Sr. D. Hilario Igon.

MARCOS Y GONZÁLEZ, Juan. **Prontuario General clasificado y cronológico de las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos, órdenes e instrumentos que constituyen la legislación administrativa militar.** Madrid: Editorial Prudencio Cuartero, 1863.

MUÑIZ Y TERRONES, José. **Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos**, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Ve-

lasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un Apéndice General que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológicos por materias; y un Apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año de 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes.

NEGRETE, Fr. Manuel. **Cádiz, exequias a Carlos III Oración fúnebre, que en las solemnes honras que hizo la comunidad de los RR. PP. Menores Observantes de N. P. S. Francisco de la Ciudad de Cadiz, en la iglesia de su convento, el dia 18 de febrero de 1789. Po la alma de nuestro augusto monarca el señor don Carlos III**, Don Juna Ximenez Carreño, Cádiz, 1789.

NOTICIA DE LAS EXEQUIAS, QUE LA MUY NOBLE, I MUY LEAL Ciudad, i Reyno de Mallorca HIZO EN LA IGLESIA CATHEDRAL de la Isla, el dia I 5. de Febrero de 1789, A LA CATOLICA MAGESTAD DEL SEÑOR D. CARLOS III. REY DE ESPAÑA, I DE LAS INDIAS, Palma, en la Imprenta Real, Palma de Mallorca, 1789.

ORACION FUNEBRE QUE EN LAS AUGUSTAS EXEQUIAS QUE la Muy Noble, y Fidelisima Ciudad de Palma Capital del Reyno de Mallorca. CONSAGRO EL DIA 16. DEL MES DE FEBRERO de 1789. en su Santa Iglesia Cathedral la perpetua memoria del Serenisimo SEÑOR D. CARLOS III. REY DE LAS ESPAÑAS. DIJO EL DOCTOR D. BARTHOLOME QUEGLES Presbytero, Maestro en Artes, Dr. en Sagrada Theologia, Beneficiado en la S. Igesia Cathedral de Palma, y Secretario de su Ilustrisimo Cavildo. SE DA LA ESTAMPA Por orden del Muy Ilustre Ayuntamiento MALLORCA, En la Imprenta Real de D. Ignacio Maria Serrá, Palma de Mallorca, 1789.

ORACION FUNEBRE QUE EN LAS EXEQUIAS CELEBRADAS EN LA IGLEsia de San Cayetano, de la Ciudad de Palma del Reyno de Mallorca, por el Regimiento de Dragones del Rey dia 22, Febrero 1789. EN SUFRAGIO DE LA GRANDE ALma, y honra de la gloriosa memoria de Carlos III. de Borbon Rey de las Españas DIXO DON Juan BINIMELIS PRESBITERO BENEFIciado en la Santa Iglefia Catedral, Colegial y Rector que fue del Colegio de la Sapiencia, y Catedratico de Filosofia, Dr. en la mifma facultad, y en la de Teologia, y ambos Derechos, y Promotor Fifcal Eclefiaftico del Exercito de S. M. en dicho Reyno. Sale A LUZ. á expensas del mismo Regimiento, Mallorca: Por Salvador Savall, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.

ORACION FUNEBRE LAUDATORIA, QUE EN LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. Francisco de la Ciudad de Palma del Reino de Mallorca, hizo por S. M. C. el Señor Don CARLOS III. Rei de España, y sus Indias en la Iglesia de dicho Convento, DIXO EL P. Fr. RAIMUNDO STRAUCH DEL Orden de los Menores de la Regular Observancia, i Lector de Filosofia en el mismo Convento, dia 5. de Marzo de 1789, Palma de Mallorca, 1789.

ORDENANZAS de S.M. para el régimen disciplinario, subordinación y servicio de sus exércitos, Oficina del Extracto Correo, Coruña, 1813.

ORDENANZAS de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos, adicionadas previa autorización de S. M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el teniente general Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye índice alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas ordenanzas adicionadas.

ORDENANZAS de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exer-

citos, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Edición facsimilar, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999.

RELACION DE LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. FRANCISCO DE PALMA CAPItal del Reino de Mallorca, CONSAGRO AL SEÑOR DON CARLOS III. REI DE España, i sus Indias, en los dias 4. i 5. de Marzo del año 1789. SACALA A LUZ UN DEVOTO A LA Religion Serafica, Mallorca: Por Salvador Savali, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.

REAL ordenanza en que s. m. establece las reglas que inviolablemente deben observarse para el annual reemplazo dele gército con justa y equitativa distribución en las provincias, en la Oficina de Pedro Marin, Madrid, Año de MDCCLXX.

REAL cedula de su magestad, y señores del consejo, por la que se declaran inclusos en Sorteos para el annual reemplazo del Egercito à los dependientes de todos los Hospitales del Reyno; y libres de ellos á todos los Oficiales de dotacion fija que existian en las Oficinas de Particulares, y Comunidades antes de la publicacion de la Ordenanza de tres de Noviembre de mil setecientos setenta, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1772.

REAL cedula de s.m. y señores del consejo, por la qual se declaran exemptos del Sortéo para el Reemplazo del Egército à los Escribientes, que con arreglo à Ordenanza, deben tener los Ingenieros de Marina, los del Guarda-Almacen General, los del Guarda-Almacen del deposito de peltrechos de los Navios, y otros que se expresan, en la forma, y con las prevenciones que se hacen, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

REAL cedula de s.m., y señores del consejo, por la qual, en declaracion del Articulo X. de la Real Ordenanza de Reemplazos del Egército, se autorizan desde aora à las Juntas Provinciales de Agravios, para que si en alguno de los Sorteados concurriesen motivos de mucha gravedad, y urgencia, le permitan poner en su lugar otro hombre que tenga las calidades que requiere el Servicio Militar, con lo demás que contiene, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

REAL cedula de s. m. y señores del consejo, por la qual se manda observar y guardar el breve inserto expedido por su santidad, en que se establece una congregación nacional de las cartuxas de españa con un vicario general regnícola, independiente del prior y capítulo de grenoble, con lo demas que se expresa, En la Imprenta de Don Pedro Marin, 1784.

REALES exequias celebradas en la Santa Iglesia Catedral de Mexico por el alma de Senor Don Carlos III, D. Felipe de Zuniga y Ontiveros, México, 1789.

REGUERA y Urrutia, Eduardo: *Colección Legislatura Militar (Autorizada de Real Orden)*, 5 ts., Imprenta de Pascual Gracia y Orga, Madrid, 1864-1869.

RICO, Juan. **Reales exequias, que por el fallecimiento del señor Don Carlos III, Rey de España y de las Indias, mando celebrar en la ciudad de Lima, capital del Perú, el excelentísimo señor Teodoro de Croix, caballero de Croix, del Orden Teutónico, coronel del regimiento de Reales Guardias Walonas, Teniente General de los Reales Exercitos, Virrey Gobernador y Capitán General de las provincias de Perú y Chile, Superintendente General de la Real Hacienda, y Presidente de la Real Audiencia de esta capital. Describialas al reverendo Padre don Juan Rico, presbítero de la Real congregación del Oratorio de San Felipe Neri de Lima**. Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1789.

VALLECILLO, Antonio. **Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos. Ilustradas por artículos con las Reales órdenes espedidas hasta la fecha de esta edición**, 3 ts., Imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1850-1852.

VALLECILLO, Antonio. **Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768.** Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861.

YRISARRI, Lorenzo de. **Oración fúnebre, que en las exequias solemnes del Señor Rey Don Carlos III, celebradas en la iglesia de religiosos trinitarios calzados de esta corte por la real sociedad económica, dixo el Doctor don**. Don Antonio de Sancha, Madrid, 1789.

A) FOLLETOS Y LIBROS

ALONSO BÁQUER, Miguel. **El Ejército en la sociedad española.** Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.

AGUILAR PIÑAL, Francisco. **Bibliografía de Estudios sobre Carlos III y su época.** Editorial del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1988.

ANES, Gonzalo. **El antiguo régimen: Los borbones.** 4.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1979. Se trata del t. IV de la *Colección Historia de España Alfaguara*, dirigida por Miguel Artola.

BACARDÍ, Alejandro de. **Nuevo Colon ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias.** 3.ª edición, 2 ts., Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y C.ª, Barcelona, 1878.

BALDOVÍN RUIZ, Eladio. **Las Ordenanzas Militares en España. 250 aniversario de la publicación de las Ordenanzas de Carlos III en 1768.** Pinares Impresores, S. L., Madrid, 2018. Antecede Prólogo de José Mena Aguado.

BALLBÉ, Manuel. **Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983).** 2.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría.

BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis. **Organización y Procedimientos de la Justicia Militar en el Perú. Comentario de los Libros I, III y IV del Código de Justicia Militar de 20 de diciembre de 1898.** Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920.

BUSQUETS BRAGULAT, Julio. **El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar.** Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1967.

COXE, Guillermo. **España bajo el reinado de la Casa de Borbón. Desde 1700, en que subió al trono Felipe V, hasta la muerte de Carlos III, acaecida en 1788.** t. IV, traducida al español con notas, observaciones y un apéndice por Jacinto de Salas y Quiroga, Establecimiento Tipográfico de D. F. de P. Mellado, Editor, Madrid, 1846-1847.

DE LA PEÑA Y CUELLAR, Nicolás. **Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y atribuciones de los tribunales de guerra.** Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886.

DE TAPIA OZCARIZ, Enrique. **Carlos III y su época.** Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1962.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. **Carlos III y la España de la Ilustración.** 3.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2016.

ESCUDERO, José Antonio. **Los orígenes del Consejo de Ministros en España**, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Raúl. **Complemento del Código de Justicia Militar con índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas**, Sanmarti y Ca., Lima, 1916.

FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor. **Orígenes del Régimen Constitucional en España**, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1928.

FERNÁNDEZ, Roberto. **Carlos III. Un monarca reformista**, Espasa Libros, S. L. U., Barcelona, 2016.

FERRER DEL RÍO, Antonio. **Historia del reinado de Carlos III en España. Desde la instauración de los Borbones hasta la expulsión de los jesuitas, t. 1, Desde las guerras de las colonias hasta el fin del reformismo ilustrado**, t. 2, Desván de Hanta, Madrid, 2016.

GÁLVEZ MONTERO, José Francisco. **La Justicia Militar en la historia del Perú. Primera parte: Desde sus albores hasta 1899**, t. I, Fuero Militar Policial, Lima, 2017. Antecede Presentación de Juan Pablo Ramos Espinoza.

GARCÍA BRUNA, Antonio. **Archivo Militar de Legislación, Derecho y Jurisprudencia. Guía Práctica de la Legislación Militar o Diccionario Legislativo para el Ejército**, 2 ts., Imprenta de Emili Vaquer, Madrid, 1899- 1901.

GIMÉNEZ LÓPEZ, Enrique. **El fin del Antiguo Régimen. El reinado de Carlos III**, Historia 16, Madrid, 1996.

_____. **La Compañía de Jesús, del exilio a la restauración**. Diez estudios, Universidad de Alicante, Alicante, 2017. Antecede Prólogo de Niccolo Guasti.

HAZARD, Paul. **El pensamiento europeo en el siglo XVIII**, traducción del francés y Prólogo de Julián Mañas, Revista de Occidente, Madrid, 1946.

LAFUENTE, Modesto. **Historia General de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII**, continuada desde dicha época hasta nuestros días, por Juan Valera, con la colaboración de D. Andrés Borrego y D. Antonio Pirala, t. 15, Montaner y Simon, Editores, Barcelona, 1889.

LAVALLE Y ARIAS DE SAAVEDRA, José Antonio de. **Don Pablo de Olavide. Apuntes sobre su vida y sus obras**, Imprenta Americana, Lima, 1859. Hay 2.ª edición corregida y considerablemente aumentada, Imprenta del Teatro Mercaderes, Lima, 1885.

MARTÍNEZ RUIZ, Enrique. **El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración**, Editorial ACTAS, s.l., Madrid, 2018.

MCALISTER, Lyle N. **El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)**, 2.ª edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1982.

MENÉNDEZ PIDAL, Ramón. **Historia de España: La época de los primeros borbones. La nueva monarquía y su posición en Europa (1700-1759)**, vol. 1, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Vicente Palacio Atard.

NAVARRO GARCÍA, Luis. **Hispanoamérica en el siglo XVIII**, 4.ª edición corregida y aumentada, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.

PÉREZ ESTÉVEZ, Rosa M.ª. **La España de la Ilustración**, Cuadernos de Cultura y Civilización Hispánicas, Madrid, 2002.

PÉREZ SAMPER, María de los Ángeles. **La vida y la época de Carlos III**, Editorial Planeta, S. A., Madrid, 1998.

QUIRÓS ROSADO, Roberto. **Monarquía de Oriente. La corte de Carlos III y el gobierno de Italia durante la guerra de Sucesión española**, Marcial Pons, Ediciones de Historia, S. A., Madrid, 2017. Antecede Prólogo de Antonio Alvárez-Osorio Alvariño.

SÁNCHEZ BELDA, Luis *(et al.)*. **Exposición de la administración en la época de Carlos III**, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1962. Antecede Introducción de Vicente Rodríguez Casado.

SERRERA, Ramón María (coordinadora). **Carlos III. El Monarca y el Hombre (1716-2016)**, Real Maestranza de Caballería de Sevilla, Sevilla, 2016.

VARGAS UGARTE S. J., Rubén. **El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias**, Carlos Milla Batres Editor, Lima, 1970.

VELÁSQUEZ, María del Carmen. **La España de Carlos III de 1764 y 1776 según los embajadores austriacos**, Documentos, UNAM, México, D. F., 1963.

ZAVALA Y LERA, Pío. **España bajo los borbones**, 2.ª edición, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1930.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y EN LIBROS

ALONSO MOLINERO, Antonio. La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III, en AA.VV.: **Ordenanzas Militares de Carlos III**, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.

BALDOVÍN RUIZ, Eladio. El Fuero Militar en las Ordenanzas, en **Revista de Historia Militar**, N.º 76, Madrid, 1994.

BENEYTO, Juan. Notas para el estudio del Ejército Español en la Edad Media, en Ejército. **Revista Ilustrada de las Armas y Servicios**, N.º 52, Mayo, Madrid, 1944.

BENITO GARCÍA, Pilar, Jordán de Urriés y de la Colina y Sancho, José Luis (coordinadores). **Carlos III. Majestad y ornato en los escenarios del rey ilustrado**, Patrimonio Nacional-Fundación Banco Santander, Madrid, 2016- 2017.

BERMÚDEZ DE CASTRO, Luis. A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III, en Ejército. **Revista Ilustrada de las Armas y Servicios**, Año XI, N.º 124, Mayo, Madrid, 1950.

_____. Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas, en Ejército. **Revista Ilustrada de las Armas y Servicios**, Año XI, N.º 131, Diciembre, Madrid, 1950.

BOUZA, Antonio L. Biblioteca del Palacio Real de Madrid. Ordenanzas Militares del Reinado de Carlos III, en Reales Sitios. **Revista del Patrimonio Nacional**, Año XXV, N.º 98, Madrid, 1988.

BRAVO MAXDEO, Roosevelt. Los ciento veinte años de la Justicia Militar en el Perú, en Direito Militar. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME**, ano XX, Número 132, novembro/dezembro, Florianópolis/SC, 2018.

CASADO BURBANO, Pablo. Visión histórica del Derecho Penal Militar, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coordinadores): **Comentarios al Código Penal Militar**, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988.

CANOSA USERA, Raúl. notable por su amplitud de horizontes: Configuración constitucional de la jurisdicción militar, en **Poder Judicial**, 2.ª época, N.º 34, junio, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Sabino. Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida, en **AA.VV.: Ordenanzas Militares de Carlos III**, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.

GÁLVEZ MONTERO, José Francisco. Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú, en **Revista Peruana de Derecho Público**, Año 7, N.º 13, julio-diciembre, Lima, 2006.

GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano. Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III, en **AA.VV.:** ***Ordenanzas Militares de Carlos III***, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.

MARTÍNEZ FRIERA, Joaquín. Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues, en Ejército. **Revista Ilustrada de las Armas y Servicios**, Año XII, N.º 141, octubre, Madrid, 1951.

MCALISTER, Lyle N. El fuero militar en la Nueva España (1764-1800), en **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, Año XV, N.º 43, enero-abril, México, D. F., 1982.

OLLERO GÓMEZ, Carlos. Constitución y Reales Ordenanzas, en **Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas**, N.º 59, Madrid, 1982.

PALOMINO MANCHEGO, José F. La Jurisdicción Militar en el periodo gaditano: Su influjo en el Perú, en Palomino Manchego, José F. y Navejas Macías, José de Jesús (coordinadores): La Constitución de Cádiz de 1812 (A propósito de su Bicentenario), **Cuadernos del Rectorado**, Lima, 2015. También se ha publicado en la Revista de Derecho Político N.º 84, mayo- agosto, Madrid, 2012 y en la Revista Jurista del Fuero Militar Policial. Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año VII, N.º 12, diciembre, Lima, 2018.

PARADA, Ramón. Toque de silencio por la justicia militar, en **Revista de Administración Pública**, N.º 127, enero-abril, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ CASADO, Vicente. El ejército y la marina en el reinado de Carlos III, en **Boletín del Instituto Riva-Agüero**, N.º III, Lima, 1956-1957.

SALAS LARRAZÁBAL, Ramón: Voz. Ordenanzas Militares, en Artola, Miguel (Dirigida por): **Enciclopedia de Historia de España**, vol. V, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1991.

_____. Voz: Ejército y Marina, en Artola, Miguel (Dirigida por). **Enciclopedia de Historia de España**, vol. 2, 2.ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2007.

VIGÓN SUERODÍAZ, Jorge. El Ejercito y la Armada en el reinado de Carlos III, en **Revista de Estudios Americanos**, N.º 100, Sevilla, 1960. Lima, 22 de octubre de 2018. Santo Domingo, 22 de marzo de 2019.

CONSCIENTIZAÇÃO JURÍDICA NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS: EDUCAÇÃO PARA A JUSTIÇA

Alte Esq LEONARDO PUNTEL
Ministro do Superior Tribunal Militar

RESUMO

Este trabalho ressalta aspectos da Justiça Cidadã, assim compreendida enquanto a prática do Direito e a existência, experimentada pela sociedade brasileira, em estado de plena liberdade com responsabilidade. A pesquisa realizada tem como metodologia a investigação de bibliografia disponível em literatura jurídica e na legislação do país, visando a alcançar o objetivo geral de analisar os impactos causados pela Constituição Federal de 1988 nas Forças Armadas brasileiras. Busca, por meio do estudo dos preâmbulos das Constituições Brasileiras, verificar o que inspirou o Poder Constituinte, a fim de retratar os vetores que orientaram também as Forças Singulares em diversos momentos históricos. A partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à inafastabilidade de jurisdição, bem como, por meio da integração institucional, examina a conscientização jurídica dos militares e constata a sua colaboração na manutenção do Estado Democrático de Direito e a melhoria no exercício da cidadania. Percebe- se que, graças à Educação para a Justiça, as Forças Armadas brasileiras têm observado os princípios fundamentais da Carta Maior e os direitos fundamentais, sem que isso implique o afastamento dos seus valores assentados na hierarquia e na disciplina. Sobressai o papel do Poder Judiciário, sobretudo pelas ministrações de palestras, do Ministério Público e da Advocacia- Geral da União na obtenção desses efeitos benéficos à Democracia, à medida que promovem a sua integração com as Forças Armadas e as conscientizam das garantias constitucionais necessárias à existência democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Cidadã. Constituição Federal de 1988. Forças Armadas brasileiras. Conscientização jurídica dos militares.

ABSTRACT

This work highlights aspects of Citizen Justice, thus understood as the practice of Law and existence, experienced by Brazilian society, in a state of full freedom with responsibility. The research carried out has as methodology the investigation of bibliography available in legal literature and in the country's legislation, aiming to reach the general objective of analyzing the impacts caused by the Federal Constitution of 1988 in the Brazilian Armed Forces. It seeks, through the study of the preambles of the Brazilian Constitutions, to verify what inspired the Constituent Power, in order to portray the vectors that also guided the Singular Forces at different historical moments. Based on the principle of the dignity of the human person and the right to unfastenable jurisdiction, as well as, through institutional integration, it examines the military's legal awareness and notes their collaboration in maintaining the Democratic Rule of Law and improving the exercise of citizenship. It is noticed that, thanks to Education for Justice, the Brazilian Armed Forces have been observing the principle of human dignity and fundamental rights, without this implying the departure from their values based on hierarchy and discipline. The role of the Judiciary, the Public

Prosecutor's Office and the Attorney General's Office stands out in obtaining these beneficial effects on Democracy, as they promote their integration with the Armed Forces and make them aware of the constitutional guarantees necessary for democratic existence.

KEYWORDS: Citizen Justice. 1988 Federal Constitution. Brazilian Armed Forces. Legal awareness of the military.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 2.1. Constituições de 1824 a 1988 – 2.2. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as Forças Armadas – 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é anualmente celebrada como marco da redemocratização no país. É referência quanto aos valores supremos da ordem jurídica e política. É símbolo de esperança para a sociedade brasileira, pois elevou a dignidade da pessoa humana a um dos princípios fundamentais da República. Trouxe consigo, entre tantas transformações, elementos necessários à efetividade e a tutela dos direitos fundamentais e à incidência da força normativa da Lei Maior, tornando, assim, realidade o Estado Democrático de Direito.

Nesse universo, orbita o tema do presente estudo, delimitado às repercussões que a obra constitucional de 1988 causou nas Forças Singulares, a partir da mudança de concepção quanto aos valores supremos da República, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Assim, estabelece-se como hipótese de trabalho que a inauguração da nova ordem constitucional, em 1988, fez emergir verdadeiros paradigmas, que, por meio da conscientização jurídica, passaram a nortear a vida em sociedade. Nessa perspectiva, traça-se como o objetivo geral analisar alguns de seus efeitos práticos na ambiência militar. Para o seu alcance, tem-se como objetivos específicos observar a evolução dos valores que inspiraram o Poder Constituinte e verificar, a partir da Constituição de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a fazer parte do cotidiano da vida militar.

O presente estudo justifica-se pelo fato de a conscientização jurídica ser indicativo quanto à aptidão dos militares para colaborarem, por meio de sua missão constitucional, com o Estado Democrático de Direito. Ademais, considerando que a condição de militar não lhes retira o status de cidadão, integrante de uma mesma sociedade – a brasileira, a alteração de comportamento na caserna retrata não apenas o nível educacional dos mantenedores da paz, mas também de parcela significativa da coletividade do país.

A pesquisa proposta tem como metodologia a investigação bibliográfica, baseada em livros e legislação. Com base nessas fontes, o trabalho se divide em duas partes: a primeira, correlata ao exame da modificação dos valores inspiradores da Carta Magna; a segunda, concernente aos impactos nas Forças Armadas decorrentes da Constituição Federal de 1988.

2. AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O estudo dos valores que inspiraram cada reconstrução da ordem constitucional, assentados nos preâmbulos das sucessivas Constituições brasileiras, permite compreender o "espírito" que dava vida ao país em dado momento histórico, perspectiva esta que auxilia na compreensão da progressiva conscientização jurídica dos militares das Forças Armadas. Portanto, para os objetivos enunciados, faz-se mister, primeiramente, discorrer sobre os referidos preceitos.

2.1. Constituições de 1824 a 1988

Muito já se discutiu acerca do valor e da eficácia do conteúdo do preâmbulo de uma Constituição, havendo controvérsias quanto à sua primazia ou operacionalidade frente a outros textos normativos, seja de origem constitucional ou infraconstitucional. Contudo, não há divergências quanto ao fato daquela parte da Lei Maior exprimir a diretriz e os pensamentos que predominavam na Assembleia Constituinte e que orientaram o Poder Constituinte Originário.[390] Segundo José Afonso da Silva:

> No mais das vezes eles fazem referência explícita ou implícita a uma situação passada indesejável, e postulam a construção de uma ordem constitucional com outra direção, ou uma situação de luta na perseguição de propósitos de justiça e liberdade; outras vezes exprimem um princípio básico, político, social e filosófico, do regime instaurado pela Constituição. Há casos em que tudo isso vem misturado a declarações de direitos e garantias constitucionais.[391]

Com efeito, como já mencionado, a análise dos preâmbulos das Constituições de um Estado permite identificar o que dominava no seio social e o que havia sido absorvido pelo Constituinte, a fim de romper com a estrutura supostamente obsoleta com relação à dinâmica social e política do país.

No caso do Brasil, a primeira Constituição outorgada – a Constituição Política do Império do Brazil, de 1824,[392] continha, em seu preâmbulo, mandamento de observância quanto aos ditames daquela Carta, oferecida e jurada pelo Imperador. A preocupação proeminente estava em normatizar a vida do Império, ordenada pela pessoa do Imperador, inviolável e sagrada. Ele, à época, titular do Poder Moderador, era a chave de toda a organização política. Logo, era relevante que tal autoridade fosse reconhecidamente legítima, com o fiel e inquestionável acatamento à sua potestade. Nesse viés, não no trazia no preâmbulo valores e objetivos que tangenciassem os direitos fundamentais, por conta da sua característica marcadamente limitadora.

Em 1891, com a Constituição da República Federativa do Brasil,[393] buscou-se organizar o país com base no regime livre e democrático. Nada dispunha, no entanto, na parte

---

[390] Nesse sentido, José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2014, p. 23.

[391] *Ibidem*, p. 24.

[392] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em 10 de jul. 2019.

[393] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 10 de jul. 2019.

preambular, que evidenciasse serem os direitos fundamentais axiomas relevantes ao Constituinte.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934,[394] com o escopo de organização estatal com alicerces democráticos, passou a externar as intenções voltadas à unidade, à liberdade, à justiça e ao bem-estar social e econômico. Nesse período, ainda que de maneira embrionária, os direitos fundamentais começaram a inspirar a Carta Política do Brasil.

Não obstante, em 1937, fruto de período histórico marcado por turbulências políticas, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil[395] teve, como elementos predominantes, a preservação e a defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo. Como justificativa, apontava-se, no preâmbulo, a iminência de guerra civil e o estado de apreensão do país devido à "infiltração comunista". Ainda que, de certa maneira, se falasse em bem-estar do povo, os direitos fundamentais não consistiam em valores supremos que orientavam a Constituinte.

Em 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil,[396] voltava a focar na existência de um regime democrático, sem, contudo, assentar premissas atreladas aos direitos fundamentais que guiariam a interpretação e a concretização das normas do Ordenamento Jurídico.

A Constituição de 1967[397] e a resultante da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969,[398] sequer previam a democracia como pilar da organização estatal. Tampouco os direitos fundamentais figuravam como elementos fundadores daquela ordem constitucional.

Foi apenas em 1988, com o advento da Constituição Cidadã,[399] que passou a constar, no preâmbulo, o objetivo de salvaguardar o exercício dos direitos sociais e individuais, fundados nos valores supremos dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, todos pré-requisitos para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Portanto, foi com a Constituição de 1988 que, no Brasil, não apenas a organização do Estado e dos Poderes, bem como a vida das instituições, dos grupos sociais, da política e da economia, passou a ter como valores inspiradores e como norte os direitos fundamentais. O Estado assumia, assim, o compromisso de garantir o exercício dos valores supremos, dentre os quais sobressaíam os direitos fundamentais.[400]

---

[394] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 10 de jul. 2019.

[395] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 10 de jul. 2019.

[396] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 10 de jul. de 2019.

[397] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 10 de jul. de 2019.

[398] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm Acesso em 10 de jul. 2019.

[399] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 de jul. 2019.

[400] José Afonso da Silva elucida que: "Os valores supremos, expressamente enunciados, são: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

2.2. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as Forças Armadas

Entre as inovações trazidas pela Carta Magna de 1988, tem-se que a previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República e a inafastabilidade de jurisdição como direito e garantia fundamental conduziram a prevalência da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais nas relações entre as Forças Armadas e os militares, bem como entre eles mesmos.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental propagou na ambiência militar o valor de que o ser humano deve ser reconhecido com primazia para o Universo Jurídico, deve ser tratado na sua individualidade, não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. Note o quão complexas são as mudanças a partir dessa concepção, visto que os militares assumem o compromisso de defenderem a Pátria com o sacrifício da própria vida, sendo intrínsecos às atividades operativas os permanentes riscos à higidez física e mental, bem como o contínuo estado de disponibilidade às missões que lhes forem confiadas.

Desse ponto de vista, a destinação das Forças Armadas brasileiras é elemento de primacial. Defender a Pátria, garantir a primazia dos poderes constitucionais e, ainda, garantir a Lei e a Ordem, com enfoque no desenvolvimento nacional, e cooperar com a defesa civil, quando esgotados todos os demais instrumentos de segurança pública, possuem o ser humano como mote. Assim, não se denota sobejo que todas essas tarefas operativas perpassam a proteção dos direitos humanos e sob a égide do Direito Internacional de Conflitos Armados.

Ou seja, a missão específica da Força brasileira a ser cumprida pode ter diferentes finalidades, que determinam meios ou modos de agir. Assim, observam-se diferentes perfis, conforme o contexto estratégico usual de tais exercícios de força, numa ação integrada e multidisciplinar, com o que as Forças naval, aérea e terrestre julguem mais adequadas para a consecução de determinada missão, com primazia para o ser humano como sujeito de direitos.

Outrossim, é também sob o prisma da dignidade da pessoa humana que as questões administrativas que, em outros tempos, eram analisadas pela autoridade militar apenas sob a ótica das demandas militares, passam a ter como elementos de ponderações a proteção ao gênero, à família e à saúde, bem como a outros interesses supraindividuais.

Noutro passo, a inafastabilidade de jurisdição ou do controle jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, como direito e garantia fundamental, reforçou a conscientização do militar, enquanto cidadão, sobre os seus direitos e deveres, bem como os de outros indivíduos. O fato de qualquer lesão ou ameaça a direito poder ser levada à apreciação do Poder Judiciário colaborou para o aprimoramento do exercício da liderança nos diversos círculos hierárquicos, fortalecendo e legitimando a autoridade de quem a exerce. Diminuíram-se, dessa forma, espaços para abusos morais.

---

justiça. Os artigos definidos (os direitos, a liberdade etc.) são do texto constitucional e têm, no contexto, importante papel, porque cumprem função de generalizador, de qualificador universal ou operador total, valem para a classe o termo referido; por eles „se expressa uma vinculação universal dos valores do argumento. A oração se converte num juízo universal positivo de determinação, quer dizer, com respeito à função diretiva, em esquema diretivo de ação universal. *Ibidem,* p. 25.

Nos cursos de formação dos militares, intensificaram-se as disciplinas afetas às áreas jurídicas e nas grades curriculares que não as acolhiam, nelas foram incluídas noções de Direito e matérias afins.

No âmbito administrativo, as normas regulamentares passaram a ser elaboradas, muitas delas, reproduzindo garantias constitucionais, contando, ainda com o exercício do Poder Regulamentar em consonância ao "devido processo administrativo-normativo" e à legalidade administrativa.

Nesse conspecto, os processos decisórios passaram a observar o contraditório e a ampla defesa quando correlatos ao pessoal e, em todas as esferas e assuntos, à motivação e à razoável duração para o seu deslinde.

No que concerne à matéria disciplinar, a imparcialidade e o julgamento por autoridade competente, assim como o contraditório e a ampla defesa, ganharam relevância frente aos procedimentos que haviam sido consolidados com lastro somente na hierarquia e na disciplina.

O exercício da função de polícia judiciária militar na instauração e na condução dos inquéritos policiais militares (IPM) e nos autos de prisão em flagrante (APF) para subsidiarem eventuais ações penais de competência da Justiça Militar da União também são aperfeiçoados por meio de adestramentos realizados não apenas pelas Forças, mas também pelo Ministério Público Militar e pela Justiça Castrense. Nessas ocasiões, além dos aspectos processuais penais, são enfatizadas as garantias fundamentais a serem observadas. Assim, esses treinamentos, de viés educacional, além de proporcionar a troca de conhecimentos, de estimular melhorias no saber, promovem o alargamento do diálogo institucional.

Os militares que são sorteados para comporem os Conselhos de Justiça - órgãos da Justiça Militar da União - para desempenharem a função de juiz militar também recebem adestramento tanto das Forças Singulares quanto das citadas instituições, a fim de colaborarem para que exerçam aquele múnus com respeito às garantias constitucionais.

Dessa maneira, paulatinamente, intensifica-se a integração das Forças Armadas com o Ministério Público e com o Poder Judiciário e, por meio da educação, robustece-se e estimula-se a conscientização jurídica.

Para ilustrar um dos resultados dessa integração profissional, cita-se a edição, pelo Ministério Público Militar, do Manual de Polícia Judiciária Militar,[401] elaborado por um grupo de trabalho composto por integrantes do Ministério Público Militar, do Ministério da Defesa e das Forças Armadas. O objetivo comum é, no âmbito da Justiça Militar da União, uniformizar os procedimentos investigatórios, a fim de incrementar a qualidade dos serviços da persecução criminal e, por conseguinte, viabilizar um processo mais célere e fidedigno.[402]

O intercâmbio de experiência também já ocorreu com a possibilidade de o magistrado da Justiça Castrense conhecer um pouco mais a realidade de seus jurisdicionados. Nesse

[401] Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf> Acesso em 10 de jul. 2019.

[402] Manual de polícia judiciária militar / Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. – Brasília, DF: MPM, 2019. p. 13.

viés, a Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM), em 2021, promoveu, no Curso de Formação para fins de Vitaliciamento, eventos que permitiram aos magistrados vivenciar algumas das atividades desempenhadas pelos militares, por meio de visitas técnicas às Organizações Militares e da participação dos juízes em simulações de exercícios militares.[403] Como resultado, transcrevem-se abaixo dois relatos de juízes participantes, *in verbis:*

> (...) o conteúdo ministrado foi relevantíssimo para o meu desenvolvimento pessoal e profissional, pois a aproximação com as atividades rotineiras dos jurisdicionados proporcionou o conhecimento da realidade do militar e, com isso, ocorreu a ampliação de minha visão fazendo com que alguns aspectos relevantes fossem esclarecidos, lapidando toda a experiência já vivenciada na magistratura.[404]

E: "Além disso, as peculiaridades da vida na caserna não são contadas nos livros. Assim, no que se refere à aproximação entre juízes e militares e à imersão no universo militar... Não é demais repetir o quanto as experiências vividas durante a Fase III do Curso foram capazes de mudar a minha mentalidade em relação a alguns aspectos da realidade militar. E, vale ressaltar, não somente quanto às questões postas, mas, a partir delas, foi possível obter uma compreensão muito mais ampla da vida militar e das suas peculiaridades.[405]"

Com efeito, a integração com o Poder Judiciário e órgãos afetos ao exercício do Direito e à promoção da Justiça não se encerra apenas na esfera da Justiça Castrense.

Já são tradicionais as palestras proferidas por Ministros dos Tribunais Superiores aos alunos das Escolas Superiores de Guerra, Escola de Guerra Naval, Escola de Comando e Estado- Maior do Exército e Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica, com temas que contribuem para a compreensão das principais decisões que repercutiram nos meios políticos e sociais, medidas que aprimoram a conscientização jurídica dos militares, o que também lhes permitem, como cidadãos, acompanhar os trabalhos das Cortes.[406]

Nesse panorama, não se pode deixar de mencionar o contato, por intermédio das demandas submetidas à Justiça Federal em face de cada Força, muitas vezes levadas à apreciação do Superior Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ajuizadas por civis, militares e pelo Ministério Público Federal.

O intercâmbio, por meio dos litígios, possui também o caráter educacional e, portanto, transformador. A partir de decisões "isoladas" e da jurisprudência consolidada, viabilizam-se ajustes internos nas Forças Armadas, com o escopo de rigorosamente executar suas atribuições, incluindo as administrativas, à luz do Ordenamento Jurídico.

Para exemplificar bons frutos dessa relação, destacam-se: a manutenção no serviço ativo dos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida quando assintomáticos e

---

[403] Brasil. Superior Tribunal Militar. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União. Relatório de atividades 2021. – Brasília.

[404] Ibidem

[405] Ibidem

[406] Exemplo de encontro Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411003> Acesso em 10 jul. 2019.

a inclusão da esclerose múltipla no rol das enfermidades que ensejam a "reforma remunerada" do militar por incapacidade para o serviço ativo.

Na dinâmica litigiosa e na de prevenção de litígios, os militares dialogam com os Advogados da União, com o fito de colaborarem com os trabalhos nos interesses da União, o que concorre para a qualidade dos serviços das Forças Armadas e da Advocacia-Geral da União.

Com efeito, diante de tantos impactos que exigem cada vez mais conhecimentos jurídicos, as Forças Singulares reestruturaram seus Corpos e Quadros para que operadores do Direito ingressassem na carreira militar, prestando apoio técnico às atividades administrativas e operacionais.

Nesse cenário, verifica-se que os reflexos da Constituição Federal de 1988 nas Forças Armadas foram marcantes, bem como que elas, como instituições, por meio da conscientização jurídica de seus militares, buscam fielmente estarem em harmonia com a ordem constitucional vigente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Constituições Brasileiras, desde a do Império, trazem, em seus preâmbulos, vetores que guiaram o Poder Constituinte. Contudo, foi com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, na parte preambular, os princípios e os direitos fundamentais passaram a constar como objetivos, retratando verdadeiros valores supremos.

A partir da mudança de pensamento que motivou a instituição da nova ordem constitucional e as suas inovações, surgiram novos paradigmas que refletiram em toda a sociedade, nela incluídas as Forças Armadas.

Vários foram os motivos que cooperaram para as alterações de padrões de comportamentos no seio da caserna; no entanto, os mais marcantes foram a previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República e a inafastabilidade do controle jurisdicional como direito e garantia fundamental; ambos estimularam e nutriram a conscientização jurídica dos militares.

As modificações realizadas no pensar e no atuar das Forças Singulares, bem como a sua integração com o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União, voltadas à educação para a justiça e para a melhoria na qualidade dos serviços, demonstram que estão continuamente contribuindo para que o Estado Democrático de Direito denote-se efetivo e seja uma realidade brasileira.

Ademais, como cidadãos, os militares, conscientes dos valores supremos da República, da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como cientes da existência e da obrigatoriedade do acatamento dos direitos e das garantias fundamentais, além de atenuarem as possíveis "injustiças" que estão suscetíveis as pessoas nas mais diversas relações humanas, exercem conscientemente a sua cidadania. E, dessa maneira, também concorrem para a constante construção de uma sociedade fraterna, pluralista e solidária.

Compreender e conhecer as mudanças das relações entre os militares e as respectivas instituições a que pertencem auxilia não apenas a desconstruir o arquétipo que já não corresponde aos reais padrões de comportamentos outrora a eles associados, como também viabiliza projeções exequíveis quanto ao futuro em termos de grupo social e de nação. No dizer do Ministro do Superior Tribunal Militar José Barroso Filho:

> Só haverá futuro em sociedade, se houver uma repactuação ética do que entendemos como desenvolvimento. E este precisa estar relacionado com a melhoria da vida que levamos e das liberdades de que desfrutamos. (...) Compreender a relação entre indivíduos e instituições é desvendar os mistérios do desenvolvimento das sociedades. Não se constrói um país com ódio e ressentimento, mas, sim, com verdade e justiça. Precisamos nos reconciliar com o passado para nos *reencantarmos* com a certeza de que no futuro seremos uma grande nação.[407]

Há que se confiar na educação da sociedade brasileira para a Justiça. Este é o caminho que, em definitivo, nos guiará para os marcos ainda não alcançados da plena civilização. Desigualdades sociais, surtos anárquicos na ordem política, gestão reprovável da coisa pública, intolerância à diversidade de todos os tipos, substituição do diálogo pelo ódio, e tantos outros exemplos de anomia na vida brasileira, tudo isso ficará para trás, sem chance aos retrocessos. Esta é a nossa esperança que se fundamenta na Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>

_____**Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>

_____**Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>

_____**Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>

_____**Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>

_____**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>

_____**Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>

[407] FILHO, José Barroso et al. Coleção 30 anos da Constituição do Brasil de 1988: nosso projeto de futuro. Vol 1. Direito humanos e princípios fundamentais da República. Rio de Janeiro: Bibliex, 2018, pp. 7/8.

_____**Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União. **Relatório de atividades 2018**. – Brasília : Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2019.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional**: interpretação, controle de constitucionalidade e outros temas. Brasília: Vestcon, 2007.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional**. Brasília: Vestcon, 4ª ed., 2006.

FILHO, José Barroso et al. **Coleção 30 anos da Constituição do Brasil de 1988: nosso projeto de futuro**. Vol 1. Direito humanos e princípios fundamentais da República. Rio de Janeiro: Bibliex, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. **Manual de polícia judiciária militar** – Brasília, DF: MPM, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira [et al]. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ESPECIALIDADE DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes[408]
Ministro do Superior Tribunal Militar

RESUMO

O presente artigo aborda alguns temas relacionados à aplicação do art. 290, *caput*, do CPM, ressaltando o aspecto da especialidade do referido tipo penal militar. Demonstra-se a especialidade da norma penal castrense, em relação ao direito penal comum, destacando a inaplicabilidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar da União. Aborda-se a questão da recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 290 do CPM e sua não contrariedade em relação às Convenções Internacionais de Nova York (1961) e de Viena (1988), conforme reconhecido pela Jurisprudência do Superior Tribunal Militar e da Excelsa Corte. Analisa-se a impossibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao crime do art. 290 do CPM, independentemente da quantidade de entorpecente apreendido. Por fim, frisa-se que o preceito secundário do art. 290 do CPM não viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana, diante da especialidade do tipo penal militar em epígrafe e do interesse do legislador em tutelar valores intrínsecos à vida na caserna, tais como a hierarquia e a disciplina militar.

PALAVRAS-CHAVE: Código Penal Militar. Artigo 290. Posse de entorpecente. Lugar sujeito à administração militar. Especialidade da norma. Valores tutelados. Regularidade das Instituições Militares. Constitucionalidade. Princípio da Insignificância. Não incidência. Preceito secundário. Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê a competência da Justiça Militar da União em seu art. 124, atribuindo à Justiça Castrense o julgamento dos crimes militares definidos em lei.

A existência de uma Justiça Especializada, dotada de regras especiais, visa, principalmente, a preservação de valores indispensáveis ao desempenho regular das atividades pertinentes às Forças Armadas, a hierarquia, a disciplina, o serviço e o dever militares.

Além disso, consoante propagado pela Doutrina, a principal nota que distingue a especialidade do Direito Penal Militar é o bem jurídico tutelado por esse ramo do direito penal. Nesse sentido, é a lição de Cícero Robson Coimbra Neves (*In*: Manual de Direito Processual Penal Militar: em tempo de paz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 523) para quem, *in verbis "...o Direito Penal Militar é especial em razão do objeto de sua tutela*

[408] Ministro do Superior Tribunal Militar.

jurídica: sempre a regularidade das instituições militares, seja de forma direta, imediata, seja de forma indireta ou mediata (…)".

De fato, ainda que o tipo penal militar venha a tutelar especificamente determinado bem jurídico, como a integridade física, no caso do crime de lesão corporal, essa norma penal castrense também terá como escopo a proteção de outros bens jurídicos, ainda que de forma mediata, especialmente a hierarquia, a disciplina, o serviço e o dever militares, e, em última análise, a regularidade das Instituições Militares.

Sob a perspectiva da especialidade do artigo 290, *caput*, do CPM, e do próprio Direito Penal Militar, o presente artigo aborda alguns aspectos relevantes relacionados à aplicação do referido dispositivo legal no âmbito da Justiça Militar da União, ressaltando a sua importância na tutela jurídica dos princípios e valores essenciais à manutenção das Instituições Castrenses.

2. ESPECIALIDADE DO ART. 290 DO CPM

Sob a rubrica de "tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar", o art. 290, *caput*, do CPM tipifica a conduta de receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, **em lugar sujeito à administração militar**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, estabelecendo em seu preceito secundário a pena de até cinco anos de reclusão.

De pronto, percebe-se que o elemento espacial "em lugar sujeito à administração militar" caracteriza a especialidade do delito quando comparado à legislação penal comum.

Não obstante, com o advento da Lei nº 11.343/2006 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), uma parcela dos operadores do direito, com atuação na Justiça Militar da União, passou a defender a aplicação, no âmbito da Justiça Castrense, do art. 28 do mencionado diploma repressivo, considerado mais brando no trato das questões do uso e do porte de substâncias entorpecentes para consumo próprio, *in verbis*:

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (…).

Atento às peculiaridades da vida militar e aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal castrense, o Superior Tribunal Militar, desde logo, tratou de resguardar a especialidade do art. 290, *caput*, do CPM, refutando a hipótese de aplicação da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar da União.

Entre muitos que se seguiram no período após a edição da Lei Antidrogas, o aresto a seguir colacionado, referente a *Habeas Corpus* julgado no ano de 2008, retrata a solidez dos argumentos sustentados pelo Plenário do STM, desde o início dessa discussão, na defesa da especialidade do art. 290 do CPM, *in verbis*:

> (…) 1. A Lei nº 11.343/2006, assim como as anteriores Leis nº 10.429/2002 e nº 6.368/1976 é inaplicável no âmbito da Justiça Militar da União. A jurisprudência do Superior Tribunal Militar tem afastado sua aplicação sob os seguintes fundamentos: a) o artigo 290 do CPM não foi revogado expressamente pela Lei nº 11.343/06; b) o Decreto-Lei nº 1.001/1969 é norma especial e a Lei nº 11.343/2006 norma geral, não sendo possível que a segunda revogue a primeira, por aplicação do princípio da especialidade; e c) a descriminalização do uso de substância entorpecente em locais sujeitos à administração militar é incompatível com o sistema castrense, pautado em rigorosos padrões de segurança e alicerçado na hierarquia e na disciplina. (…). 4. Ordem de Habeas Corpus denegada, por falta de amparo legal. (STM. HC nº 2008.01.034505-1 - RS. Rel. Min. Dr JOSÉ COÊLHO FERREIRA. Julgamento: 26/08/2008). (Grifo nosso.)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, após certo dissenso entre suas duas Turmas, o Pleno da Suprema Corte, ainda no ano de 2010, pôs fim à controvérsia, ao chancelar o entendimento de que a legislação especial (Código Penal Militar) prevalece sobre a lei comum (Lei nº 11.343/2006). Pelo valor histórico e higidez dos argumentos, vale destacar dois arestos da Excelsa Corte frequentemente relembrados em julgados do Superior Tribunal Militar, *in verbis*:

> (…). 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. (…). **6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.** 7. Ordem denegada. (STF. Plenário. HC nº 103.684 - DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 21/10/2010). (Grifo nosso.)

> (…) 2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei n° 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda na vigência da Lei n° 6.368/76. (…). 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares. (…). 6. Art. 2°, § 1°, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei n° 11.343/06. 7. Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM. 8. Habeas Corpus denegado. (STF. Tribunal Pleno. HC n° 94.685/CE. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 11/11/2010). (Grifos nossos.)

Nos dias atuais, pode-se dizer, sem receio de incorrer em equívoco, que se encontra consolidado nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar o entendimento de que, consoante o Princípio da Especialidade, o art. 290 do Código Penal Militar se sobrepõe à legislação comum (Lei nº 11.343/2006), sendo a norma do códex militar aplicável às situações de posse ou uso de entorpecente em lugar sujeito à administração militar. A matéria, inclusive, está sumulada no âmbito do Tribunal Castrense, *in verbis*:

> SÚMULA Nº 14
>
> Tendo em vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não se aplica à Justiça Militar da União. (DJe Nº 149, de 02.09.14 e BJM Nº 40, de 22.08.14).

De fato, as regras instituídas pela Lei nº 11.343/2006, conquanto dispensem um tratamento mais brando ao usuário de drogas, no meio civil, não podem ser acolhidas no âmbito do Direito Penal Militar e da Justiça Militar da União, em razão das características da vida nos quartéis e das especificidades das atividades ali desenvolvidas.

3. QUESTÕES RELACIONADAS À APLICAÇÃO DO ARTIGO 290 DO CPM: JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Outras questões intimamente ligadas à aplicação do art. 290 do CPM aos casos de posse e uso de entorpecentes em lugar sujeito à administração militar são, comumente, objeto de análise nos Recursos submetidos ao Plenário do Superior Tribunal Militar.

A seguir, aborda-se algumas das principais questões trazidas à baila na discussão desse tema.

3.1 Constitucionalidade do artigo 290 do CPM

No interesse de seus representados, é comum as Defesas alegarem em suas peças recursais a inconstitucionalidade do art. 290 do CPM. O principal argumento, em suma, é no sentido de que o referido dispositivo legal seria incompatível com as Convenções de Viena, de 1988, e de Nova York, de 1961, visto que ambas foram incorporadas ao ordenamento jurídico interno e recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 e não se coadunariam com a penalização do indivíduo que usa ou porta drogas ilícitas para seu consumo pessoal.

A rigor, a questão diz respeito à recepção, ou não, do art. 290 do CPM pela Constituição Federal de 1988, tese em relação à qual a jurisprudência da Corte Superior Castrense, em alinho com decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, é pacífica no sentido de que o art. 290 do CPM foi recepcionado pela Carta Magna e que as Convenções Internacionais de Nova York (1961) e de Viena (1988) não afastam a incidência do tipo penal militar aos crimes de uso ou posse de substâncias entorpecentes ocorridos em área sujeita à administração militar.

Nesse sentido, o Acórdão proferido pela 2ª Turma do STF, no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 710.663/DF, julgado em 30/10/2012, em que o Voto proferido pela eminente Ministra Cármen Lúcia demonstra o entendimento da Corte Constitucio-

nal acerca da matéria, ao frisar que, *in verbis*: "(*…) este Supremo Tribunal assentou a constitucionalidade da resposta penal mais severa do art. 290 do Código Penal Militar (comparada ao art. 28 da Lei n. 11.643/2006[sic]) à posse de droga em recinto militar. (…)".* (STF. 2ª Turma. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 710.663/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 30/10/2012).

Em relação à jurisprudência do Superior Tribunal Militar vale destacar aresto da lavra da eminente Ministra Dra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que bem sintetiza o entendimento da Corte Castrense, *in verbis*:

> (…) As Convenções de Nova Iorque e de Viena, além de não trazerem em seu texto qualquer impedimento à criminalização da posse de droga pelo usuário, são diplomas ineficazes para afastar a incidência do art. 290 do CPM.
> É Imprescindível a necessidade da repressão do uso e do porte de drogas no interior da caserna, visto a peculiaridade inerente às atividades militares. Dessa forma, pacífico é o entendimento da recepção do art. 290 do CPM pela Ordem Constitucional vigente. Precedentes do STF. (…). Preliminares rejeitadas. Recurso não provido. Decisão unânime (STM. Apelação nº 0000038-15.2016.7.11.0111 - DF. Rel. Min. Dra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgamento: 15/08/2017). (Grifos nossos.)

De fato, as Convenções de Nova York e de Viena não trazem em seu texto qualquer impedimento à criminalização da posse de droga pelo usuário. Ademais, em virtude da especialidade do Direito Penal Militar e das especificidades das Instituições Castrenses, elas não têm eficácia para afastar a incidência do art. 290 do CPM.

A incorporação dos referidos instrumentos ao ordenamento jurídico interno não ofusca a aplicabilidade do citado art. 290, cabendo ressaltar que o referido tipo penal também tem por objeto a tutela de bens jurídicos específicos, destinados à preservação da regularidade das Instituições Militares, cujos valores se encontram albergados pela Constituição Federal de 1988.

Importa lembrar que a Constituição Federal de 1988 confere caráter particular ao Direito Penal Castrense, protegendo seus bens jurídicos de maior relevância, assim como lhe concede tratamento especializado, com os instrumentos necessários à tutela desses bens jurídicos, ao definir a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, sendo certo que tal especialidade é extremamente necessária para preservar os valores e princípios que regem a vida militar.

Assim, sobretudo em razão do caráter especial do Direito Penal Militar e das especificidades das Instituições Castrenses, não há dúvida de que o tipo penal previsto no art. 290 do CPM encontra-se em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, entendimento que, como dito anteriormente, encontra-se solidamente assentado na jurisprudência da Corte Superior Castrense.

3.2 O crime do art. 290, caput, do CPM, e o Princípio da Insignificância

Alega-se, com certa frequência, que a tipicidade material do delito em tela restaria afastada em situações nas quais é apreendida na posse do Agente uma pequena (ínfima)

quantidade de substância entorpecente, com base na aplicação no Princípio da Insignificância.

Nesse desiderato, argumenta-se, em linhas gerais, que a pequena quantidade de substância apreendida não teria potencialidade para lesar o bem jurídico protegido pelo tipo penal, ou que não teria capacidade de causar dependência ou risco à saúde do usuário/portador, nem à saúde dos seus companheiros de caserna.

Entretanto, o Superior Tribunal Militar tem firme entendimento, arrimado em precedentes do STF, no sentido de que tal princípio não se aplica ao crime do art. 290 do CPM, independentemente da quantidade de entorpecente apreendido, o que é plenamente justificado pelas características especiais da vida castrense e das atividades desenvolvidas no âmbito das Forças Armadas.

De início, deve-se atentar que o crime de posse de entorpecente consubstancia delito de perigo abstrato, que prescinde a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para sua caracterização. Em outras palavras, para a tipificação do delito basta, tão somente, a probabilidade do dano, presumido pelo legislador na construção do tipo penal em discussão. Dessa maneira, o fato de a quantidade de substância apreendida ser mínima (ínfima), possuir ou não capacidade de causar dependência, bem como possuir potencial lesivo baixo, não tem o condão de afastar a tipicidade material da conduta.

Também se deve atentar que, apesar de localizado topograficamente no Título VI, Capítulo III, do CPM - "Dos Crimes Contra a Saúde" - o tipo penal descrito no art. 290, além de proteger a saúde individual e coletiva, tem como foco a tutela da regularidade das Instituições Militares e da sociedade como um todo, em razão da própria natureza das atividades militares.

Tal entendimento é firmemente defendido em diversos julgados do Superior Tribunal Militar, entre os quais destaca-se o aresto abaixo colacionado que ilustra o pensamento da Corte Superior Castrense:

> (...). Não cabe aplicar, in casu, o princípio da insignificância sob os argumentos de que ínfima seria a quantidade de maconha que portava e de que, daí, não teria resultado lesão alguma ao bem jurídico tutelado no crime previsto no art. 290 do CPM. Como já assentado pelo Superior Tribunal Militar e pela Suprema Corte no vértice, a simples presença da substância entorpecente nos quartéis, em desacordo com as normas legais e regimentais, constitui bem mais que delito de perigo para a saúde individual e coletiva, na medida em que põe em risco de morte não só os integrantes da Força, como também outras frações da sociedade, em face da própria natureza das atividades militares, com o impositivo uso de armamentos, inclusive pesados, e de outros petrechos com elevado poder de destruição. Ademais, notória também é a insegurança gerada pela presença e pelo uso de entorpecentes na Caserna, no que diz respeito à efetiva operacionalidade da tropa e à preservação da hierarquia e da disciplina. Desse modo, à evidência, não se esgota a tutela do tipo previsto no art. 290 do CPM na preservação da saúde individual e coletiva, mas sim alcança outros bens jurídicos de capital importância para as Forças Armadas, quais sejam, a segurança dos seus integrantes e da coletividade em geral, a efetividade de sua atuação no cumprimento de sua destinação constitucional e a preservação dos seus pilares institucionais, vale dizer, a hierarquia e a disci-

> plina. (...) (STM. Apelação nº 7000022-19.2018.7.00.0000. Rel. Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos. Julgamento: 5/4/2018). (Grifo nosso.)

Para concluir esse ponto, cumpre mencionar que, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a incidência do Princípio da Insignificância pressupõe a existência cumulativa de quatro vetores, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Analisados tais vetores, vê-se, de plano, que não há espaço para a almejada aplicação do Princípio da Insignificância, seja diante da especialidade do art. 290 do CPM, seja, com maior razão, porque a presença em ambiente castrense de substância entorpecente, independentemente do tipo e da quantidade, não se coaduna com os princípios e valores basilares das Forças Armadas, em especial a hierarquia e a disciplina militares.

É exatamente nessa linha que trilha a Jurisprudência da Corte Superior de Justiça Militar, assim como a do Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado no seguinte julgado, que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

> PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. **AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS**. BEM JURÍDICO. PROTEÇÃO. HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITAR. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. (…). **2. O Plenário desta Corte firmou precedentes referentes aos militares incursos no delito do art. 290 do CPM, entendendo ausentes as condições necessárias à aplicação do princípio da insignificância, porquanto os bens jurídicos resguardados pela norma penal referida são a hierarquia e disciplina militar.** Precedentes: HC 94.685/CE, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgamento em 11/11/2010; HC 107.688/DF, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, Julgamento em 7/6/2011). (…). 4. Ordem denegada. (STF. 1ª Turma. HC nº 107.689 - RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 14/02/2012). (Grifos nossos.)

De fato, a conduta de portar entorpecente em lugar sujeito à administração militar não pode ser entendida como de ofensividade mínima, pois, como já foi dito, o tipo penal militar em discussão tutela não somente a saúde do militar, mas, também, a própria estrutura militar, alicerçada na hierarquia e na disciplina, valores de grande relevância para as Forças Armadas e sem os quais estaria comprometida sua missão constitucional o que, por si, justifica a intervenção da Justiça Militar na repressão de fatos dessa natureza.

A periculosidade social da ação é patente, na medida em que o uso e o porte de substância entorpecente, ainda que em quantidade mínima, revela perigo à Unidade Militar, aos seus integrantes e ao bom andamento dos trabalhos na caserna, também objeto de tutela da norma penal militar em análise.

A expressividade da lesão jurídica provocada é exacerbada, diante da gravidade da conduta em tela, especialmente quando se sabe que os militares têm acesso a armas de fogo de diversos calibres, assim como a artefatos de guerra, e que suas atividades demandam nível de responsabilidade incompatível com o uso de substâncias que possam lhes alterar os sentidos.

Por fim, também não se pode deixar de observar que o comportamento do agente infrator é altamente reprovável, eis que o porte de psicotrópicos, bem como o seu uso efetivo, em ambiente militar, constituem conduta temerária, que menospreza os princípios basilares das Instituições Militares e que configuram verdadeira afronta aos superiores hierárquicos, principalmente levando-se em consideração que os militares são permanentemente cientificados sobre a proibição de introdução dessas substâncias nos quartéis. Além disso, a posse e o uso de substância entorpecente, em lugar sujeito à administração militar, gera um efeito altamente negativo no âmbito interno da caserna e prejudica a própria confiabilidade e o conceito de honorabilidade das Forças Armadas perante a sociedade.

Por tais razões, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, em alinho com os precedentes emanados do Pretório Excelso, rechaça a aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes de uso ou porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar, ainda que mínima (ínfima) a quantidade, eis que tal conduta, diante da especialidade do Direito Penal Militar, configura comportamento altamente reprovável, acarreta expressiva lesão jurídica e ofende gravemente os bens jurídicos tutelados, além de configurar ação socialmente perigosa no seio das Unidades militares.

3.3. Proporcionalidade do preceito secundário do art. 290 do CPM

No que diz respeito à pena cominada pelo art. 290, *caput*, do CPM, alguns operadores do Direito Penal Castrense apontam a desproporcionalidade do preceito secundário do tipo penal em tela ("reclusão, até cinco anos"), visto que o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 estabelece, em relação ao usuário de drogas, sanções não restritivas à liberdade. Também argumentam que não há distinção de pena em relação às diversas condutas estabelecidas no *caput* do art. 290, cujos núcleos verbais, de diferentes intensidades, igualariam a situação de um usuário à de um traficante, sustentando, por vezes, que a pena seria cruel e ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Em que pese toda a construção argumentativa, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar é firme e pacífica no sentido de que o preceito secundário do art. 290, *caput*, do CPM, não macula o princípio da proporcionalidade. A título de exemplos, podem ser mencionados os seguintes julgados da Corte Superior de Justiça Militar, *in verbis*:

> (...). Carecem de fundamento os ataques consubstanciados nas preliminares de inconstitucionalidade da norma penal incriminadora insculpida no art. 290 do Código Repressivo Militar: (...); **a duas, não viola o princípio da proporcionalidade das penas, porque apesar de a pena cominada ser a de privação de liberdade, tal rigor se justifica porque a proteção jurídica vai além da incolumidade e da saúde do infrator, abrangendo a disciplina (princípio basilar de sustentação das Forças Armadas), o que já sinaliza para um regramento jurídico coadunado com as especificidades da vida castrense**; (…). Preliminares defensivas de inconstitucionalidade rejeitadas. Decisão unânime. (…). (STM. Apelação nº 0000200-94.2013.7.01.0401 - RJ. Rel. Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo. Julgamento: 28/06/2016). (Grifo nosso.)
>
> (…). **Não se visualiza incompatibilidade vertical do dispositivo impugnado com o postulado da proporcionalidade, uma vez que, embora as elementares do art. 290 do CPM encampem as figuras de traficante e usuário de drogas, o juiz, na análise do caso concreto, valorará distintamente o agir de cada qual**. (…). Recurso não

> provido. Decisões unânimes. (STM. Apelação nº 0000058-46.2014.7.09.0009 - MS. Rel. Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgamento: 27/04/2016). (Grifo nosso.)
> (…). **O conceito doutrinário de pena cruel não diz respeito à reprimenda estabelecida no art. 290 do CPM. Considerar como cruel uma penalidade que varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, cuja individualização é levada a efeito analisando concretamente a conduta perpetrada pelo réu, é, além do desconhecimento quanto ao conceito, desconsiderar a gravidade desse tipo penal no âmbito da estrutura organizacional das Forças Armadas**. (...). Negado provimento ao Apelo defensivo. Unanimidade. (STM. Apelação nº 0000139- 69.2014.7.03.0103 - RS. Rel. Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Julgamento: 16/05/2017. (Grifo nosso.)

Diversos outros julgados do STM, no mesmo sentido dos arestos supramencionados, bem demonstram não haver motivo para se falar em violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana, em relação ao preceito secundário do tipo penal em epígrafe.

Sobre o tema, é imperioso observar que, embora o *caput* do art. 290 do CPM seja crime de ação múltipla, em que a lei descreve 11 (onze) condutas nucleares, não há crueldade na cominação da pena estabelecida em seu preceito secundário, principalmente se considerada a especialidade do tipo penal militar e o interesse do legislador em tutelar, além da saúde individual e coletiva, valores intrínsecos à vida na caserna, como a hierarquia, a disciplina, a segurança das Unidades Militares e, em decorrência, da sociedade em geral.

Além disso, a pena em abstrato prevista para o delito em comento é de "até" 5 (cinco) anos de reclusão. Dessa forma, cabe ao Órgão julgador da Justiça Militar da União, por opção legislativa, valorar a conduta, distinguindo o usuário do traficante, e aplicar o Princípio da Proporcionalidade a cada caso concreto, dosando o *quantum* de pena a ser aplicada de acordo com a gravidade da conduta apurada e dentro dos limites estabelecidos pelo legislador.

Cabe destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem referendado o entendimento esposado pelo Superior Tribunal Militar, como pode ser observado no precedente abaixo, referente a *Habeas Corpus* julgado pela 1ª Turma da Excelsa Corte, no ano de 2015, *in verbis*:

> "(…). 3. Inobstante mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma. 4. **A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, quanto à recepção da norma castrense pelo texto constitucional, é no sentido de que 'o art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade** e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006' (HC 119.458/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 03.4.2014). 5. Ordem denegada". (STF. 1ª Turma. HC nº 123190 - DF. Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento: 02/06/2015.) (Grifo nosso.)

Veja-se que na análise dessa questão, não se pode descurar de alguns aspectos já mencionados no decorrer do presente texto, os quais corroboram a perfeita sintonia do preceito secundário do art. 290 do CPM com o Princípio da Proporcionalidade. Sobretudo, há que se considerar o caráter especial do Direito Penal Castrense e, consequentemente, do preceito incriminador estabelecido no art. 290 do Código Penal Militar.

Da mesma forma, não se deve olvidar que o tipo penal militar em epígrafe, além da saúde individual e coletiva, tem como objeto de sua tutela jurídica a regularidade do funcionamento das Instituições Militares, máxime nos aspectos da hierarquia e disciplina, do serviço e do dever militar, bens jurídicos de elevado valor e de interesse das Instituições Castrenses e de toda a sociedade brasileira.

Ademais, é preciso resguardar a operacionalidade das Forças Armadas e a própria efetividade do Direito Penal Castrense. Não é por acaso, pois, que existe uma legislação própria e uma Justiça especializada para fazer frente a condutas que, pelos efeitos danosos e pelo perigo causado às Unidades militares e aos seus integrantes, podem vir a abalar os princípios e valores essenciais a essas Instituições Nacionais.

Não obstante, seria bem-vinda uma alteração legislativa do art. 290 do CPM, no sentido de prever separadamente, em parágrafo distinto, o preceito secundário para o apenamento das condutas previstas que sejam equivalentes ao tráfico de drogas, visando oferecer maior flexibilidade ao magistrado por ocasião da mensuração da pena em relação à traficância, mantendo-se, por óbvio, em relação aos casos de posse ou uso de entorpecentes, a atual tutela jurídica penal, em observância aos princípios e valores castrenses já mencionados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As peculiaridades da vida na caserna demandam a existência de um regramento específico e mais rígido, considerando os bens jurídicos envolvidos. Não por outra razão, o Direito Penal Militar é dotado de características e instrumentos próprios, de uma legislação específica e de uma Justiça especializada, meios essenciais à salvaguarda dos valores e princípios, indeclináveis e intransigíveis, que sustentam a existência e o funcionamento das Forças Armadas.

O uso ou o simples porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar representa um elevado risco para a segurança das Unidades Militares e de seus integrantes, sem contar que tal conduta tem alto potencial de afetar a operacionalidade das Instituições Militares, que possuem, dentre outros encargos, a Defesa da Pátria e a Garantia da Lei e da Ordem. Nesse sentido, destaca-se o entendimento doutrinário de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (*In*: Manual de direito penal militar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1382), *in verbis*:

> Ademais, um cigarro de maconha, ainda que não utilizado no quartel, pode sim significar um risco em potencial; não, obviamente, pela potencialidade de viciar outros colegas de farda, quando então estaríamos focando apenas o bem jurídico imediato, e sim pela desastrosa consequência da atuação de um militar entorpecido, por exemplo, com um fuzil automático leve (FAL) em suas mãos ou na posterior condução de uma viatura policial em emergência. (...)

Por certo, todos aqueles que possuem algum conhecimento sobre as características da vida militar têm noção do alto poder destrutivo que a introdução, o uso ou a mera posse de substância entorpecente nos quartéis pode ocasionar às Instituições Militares, máxime pela quebra de seus princípios basilares, hierarquia e disciplina militares.

Notadamente, a descriminalização ou a aplicação de institutos despenalizadores em relação à introdução, uso ou, mesmo, ao porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar é totalmente incompatível com os valores e bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Militar, até por questão de segurança da Unidades Militares, de seus integrantes e da sociedade como um todo.

Oportuno, assim, realçar as palavras do Eminente Ministro Ayres Britto inseridas no Voto condutor do HC nº 103.684/DF, anteriormente citado, segundo as quais mostra-se elementar a consideração de que **o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam**; e que saltam à evidência os efeitos danosos de tal conduta no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que jamais poderão cumprir a sua missão constitucional, se não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

Como tem se relembrado em diversos julgamentos ocorridos no Superior Tribunal Militar, os militares lidam com valores sublimes, como a vida e a própria soberania estatal, de forma que é imperiosa a completa repulsa a qualquer tipo de introdução, porte ou uso de substância entorpecente em área sob administração militar, a fim de se proteger a higidez do ambiente castrense.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 OUT 21.

_____. **Decreto-lei nº 1.001,** de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm> Acesso em: 22 OUT 21.

_____. **Lei ordinária nº 11.343**, de 22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 22 OUT 2021.

_____. **Regimento Interno do Superior Tribunal Militar**: súmulas. 1. ed. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar: em tempo de paz**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A PENA DE MULTA NA JUSTIÇA MILITAR

Luiz Octavio Rabelo Neto
Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União

RESUMO

Neste artigo, busca-se analisar a possibilidade de aplicação da pena de multa na Justiça Militar, especialmente em decorrência do advento da Lei nº 13.491/2017. Indica-se que tal tipo de pena é aplicável na Justiça Militar desde a Roma Antiga, sendo possível aplicá-la, atualmente, em tempo de paz, quando prevista no preceito secundário da norma que tipifica o crime militar extravagante. A competência para execução da pena de multa é do juiz civil atuante no Juízo Militar; a legitimidade ativa é do órgão do Ministério Público que atua perante aqueles Juízos militares competentes, devendo ser observado o procedimento previsto na Lei de Execução Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar. Lei nº 13.491/2017. Crimes militares. Pena de multa.

ABSTRACT

In this article, it is seeked to analyze the possibility of applying the fine in the Military Justice, especially as a result of the enactment of the Law nº. 13.491/2017. It is indicated that this type of penalty has been applicable in Military Justice since Ancient Rome, and it is currently possible to apply it in times of peace, when provided for in the secondary precept of the penal rule. The civil judge acting in the Military Court is competent to execute the fine penalty; active legitimacy belongs to the Public Prosecutor's Office acting before those competent military courts, and the procedure provided for in the Criminal Execution Law must be observed.

KEYWORDS: Military justice. Law 13,491/2017. Military crimes. Fine penalty.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Origem na Roma Antiga; 3. Histórico na legislação penal militar nacional; 4. A controvertida aplicabilidade da pena de multa nos crimes militares extravagantes; 5. A dosimetria da pena e o pagamento voluntário da multa; 6. Competência, legitimidade ativa e procedimento para execução da pena de multa na Justiça Militar; 7. Conclusão; 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 13.491, de 13/10/2017, que entrou em vigor na data de sua publicação (16/10/2017), trouxe grandes inovações ao Direito Militar, alterando a definição de crime militar (novo inciso II do art. 9º do Código Penal Militar) e, por consequência, a competência criminal da Justiça Militar dos Estados e da União.

A redefinição de crime militar implicou na criação de crimes militares extravagantes, também chamados de crimes militares por extensão,[409] isto é, crimes previstos apenas na legislação penal comum (Código Penal e legislação penal especial), que se qualificam como militares pela presença de algumas das elementares previstas no inciso II do art. 9º do CPM.

Neste estudo, diante da referida alteração legislativa, busca-se analisar, em especial, a possibilidade de aplicação da pena de multa na Justiça Militar, em tempo de paz, bem como as consequências advindas dessa aplicação.

2. ORIGEM NA ROMA ANTIGA

De início, destaca-se que a aplicação da pena de multa no âmbito da justiça castrense não é matéria nova, tendo origem nos primórdios do direito militar, ainda na Roma antiga, o que, de plano, afasta argumentos de que tal pena seria incompatível com a índole do direito militar.

Dissertando sobre penas militares tempo da Roma antiga, leciona ESMERALDINO BANDEIRA:[410]

> Multa (pecuniaria multa). Chamada a principio simplesmente condemnatio, variava, conforme a época, no modo de sua execução. É sabido que até a guerra contra a cidade de Veios, na Etruria, cujo assedio durou dez annos, a terminar em 358, o exercito romano não percebia soldo algum e que só em 349 é que elle foi instituido. A victoria lhe servia de paga - vicisse stipendium erat; e essa paga se verificava pela partilha nos despojos dos vencidos. (...) Conforme, portanto, fosse a épocha anterior ou posterior àquele assedio, a multa consistia na prohibição de participar dos referidos despojos (stipendio privari), ou na privação do soldo vencido (aere dirutus ou resignatum aes).

Em sentido similar, leciona CHRYSOLITO DE GUSMÃO[411] que a pena de multa era uma das espécies de pena militar aflitivas (Dig. De Re Militari - L. XLIX, T. XVI, I, 3, §1º). Segundo esse autor, a multa era uma pena que parecia ter uma feição subsidiária. De início, a milícia romana era composta dos elementos da aristocracia plutocrática romana, de maneira que não havia, então, a instituição do soldo, não podendo, assim, a multa ser aplicada. Posteriormente à batalha de Veios, criou-se o soldo militar, possibilitando a aplicação direta da pena pecuniária.[412]

CHRYSOLITO DE GUSMÃO cita, ainda, exemplo de multa extraído do Digesto: "*'Qui militae tempus in desertione implevit, emerito privatur' (Quem conclue o tempo de serviço militar em deserção é privado do soldo) L. 49, tit. 16, 1. 3, § 8º."*[413] Acrescenta,

---

[409] ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar* (Lei 13.491/17). Disponível em: < https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf >. Acesso em: 15/11/2021.

[410] BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Curso de direito penal militar*. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1915, pp. 437-438.

[411] GUSMÃO. Chrysolito de. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p. 182.

[412] *Ibidem*, pp. 183-184.

[413] *Ibidem*, p. 184.

também, que, nos Códigos, vê-se uma espécie de multa que não incidia sobre o soldo, mas consistia na confiscação dos bens do desertor que falecesse nesse estado (*Cod., L. XII, tit. XXXVI, 1.4).*[414]

Dessas citações, observa-se que a pena de multa nada apresenta de incompatível com a índole do direito penal militar, vale dizer, com as garantias de hierarquia e disciplina, visto que prevista, como pena aplicada a militares, desde os primórdios do direito castrense.

3. HISTÓRICO NA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR NACIONAL

Nos Artigos de Guerra do Conde de Lippe de 1763, no Código Penal para a Armada (decreto nº 18, de 07/03/1891), ampliado ao Exército pela Lei nº 612, de 29/09/1899, primeira codificação castrense nacional, passando, posteriormente, pelos Códigos Penais Militares de 1944 e de 1969, não há previsão expressa da pena de multa.

Contudo, informa SILVIO MARTINS TEIXEIRA, comentando o Código Penal Militar de 1944, que a pena de multa, de que trata o Código Penal comum, não constando no Código Penal Militar de 1891, já estava prevista em várias leis penais militares (Dec. 4.988, de 8 de janeiro de 1926; Código de Justiça Militar, arts. 27, 260 e 388; Regulamento Disciplinar da Armada - Dec. 15.961 e 1923, art. 31 etc.). A pena de multa não foi incluída no Código Penal Militar de 1944 pois a maioria da comissão revisora do anteprojeto do novo CPM, à época, contra o voto de Silvio Martins Teixeira, julgou-a inadequada aos crimes militares.[415]

Segundo consta da exposição de motivos apresentada pela comissão revisora do anteprojeto que se converteu no CPM de 1944, apresentada ao Presidente Getúlio Vargas em 20/12/1943, não constou do anteprojeto a pena de multa pelos seguintes motivos:

> Pareceu-nos que desaconselhável seria a sua inclusão num Código Penal Militar. Embora esteja prevista na atual legislação, entendemos não a perfilhar, por isso que, no meio militar, ora seria ineficiente, ora por demais onerosa. Além disso, a alta dignidade da hierarquia e dos deveres militares não nos parece se compadeça com a aplicação da pena pecuniária.[416]

Quanto ao CPM de 1969, atual legislação penal militar em vigor, não há qualquer referência à pena pecuniária nem no seu texto, como já dito, nem na exposição de motivos apresentada pela comissão revisora do anteprojeto de lei.[417]

---

[414] *Ibidem*, p. 184.

[415] TEIXEIRA, Silvio Martins. *Novo Código Penal Militar do Brasil*. Livraria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1946, p. 18.

[416] *Ibidem*, p. 24.

[417] Exposição de Motivos do Código Penal Militar de 1969. Disponível em: <https://www.legjur.com/legislacao/art/dcl_00010011969>, acesso em 04/11/2021.

4. A CONTROVERTIDA APLICABILIDADE DA PENA DE MULTA NOS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES

Controverte-se a respeito da possibilidade de aplicação de pena de multa na Justiça Militar. A pena de multa ou pena pecuniária é uma espécie de sanção penal consistente na imposição ao condenado da obrigação de pagar uma quantia em dinheiro que será revertida em favor do Fundo Penitenciário.

A pena de multa não está prevista no rol de penas do CPM de 1969, mas, com a ampliação de competência da Justiça Militar promovida pela Lei nº 13.491/2017, diversos crimes militares extravagantes estão tipificados com essa pena no preceito secundário da norma penal incriminadora.

Sobre o tema, dividem-se os estudiosos da matéria em duas correntes antagônicas. A primeira corrente defende a impossibilidade da aplicação de pena de multa na Justiça Militar, considerando que não há previsão no art. 55 CPM a respeito dessa pena pecuniária,[418] sendo, por isso, incompatível com o referido código e juridicamente impossível um pedido de imposição de multa no processo penal militar. Poderá o juiz considerar, excepcionalmente, que é o caso de isenção da pena, diante do princípio da estrita legalidade que marca o direito penal.[419]

Segundo RONALDO JOÃO ROTH, "a analogia *in bonam partem* deve nortear a solução de afastar as penas incompatíveis dos crimes militares por extensão com as penas previstas na Parte Geral do CPM, tomando como base a mencionada norma do art. 12 do CP."[420] Para o ilustre doutrinador, se o CPM, que é lei especial, não prevê algumas penas existentes na legislação penal comum, deverão elas ser ignoradas na aplicação da lei penal, "sob pena de incidir no hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico, o qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu não ser possível."[421]

Nessa diretriz já decidiu a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por maioria, ao julgar a Apelação Criminal nº 0002066-78.2020.9.26.0030 (8.039/21), em 05/08/2021,[422] Juiz Relator Avivaldi Nogueira Junior. Para afastar a pena de multa, entendeu-se que, mesmo que prevista em legislação extravagante, a

---

[418] Nesse sentido: Palestra "*Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a 1ª instância da JMU*", proferida pela Dra. Maria Placidina de Azevedo Barbosa Araújo, então Juíza titular da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=pXHAY8SzXh8>. Acesso em: 15/11/2021.

[419] Nesse sentido: Palestra "*Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar*", proferida pelo Dr. Ronaldo João Roth, Juiz de Direito da 1ª Auditoria de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sNHD_d-RNvo>. Acesso em 15/11/2021.

[420] ROTH, Ronaldo João. *Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade*. In: *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018. p. 137.

[421] *Ibidem*, p. 138

[422] No mesmo sentido: TJM-SP, AC 0005336-47.2019.9.26.0030 (007991/2021), 2ª Câmara, Relator: Juiz Avivaldi Nogueira Junior, julgamento: 15/07/2021; AC 0001929-66.2020.9.26.0040 (7974/2020), 2ª Câmara, Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior, julgamento em 29/04/2021; AC 0000731-67.2015.9.26.0040, Rel. Juiz Fernando Pereira, Primeira Câmara, j. 17/12/2019. Em sentido contrário, prevalecendo os votos dos Juízes Paulo Prazak e Silvio Hiroshi Oyama, TJM-SP, AC 0004605-85.2018.9.26.0030 (7.888/2020), Relator Juiz Avivaldi Nogueira Junior, julgamento em 05/11/2020.

pena de multa não será aplicada no âmbito da Justiça Militar, devendo subsistir apenas as penas privativas de liberdade. Isso porque, desde a edição da Lei 13.491/17, as infrações penais da legislação penal comum praticadas pelo agente militar numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM se converteram em crimes militares por extensão. Logo, sofrerão a incidência do regramento da Parte Geral do Código Penal Militar naquilo que forem compatíveis (ex: penas de reclusão e detenção), visto que inadmissível a incidência híbrida de leis.

A segunda corrente, a que aderimos,[423] defende a possibilidade de aplicação de pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora do crime militar extravagante. Segundo essa concepção, não é possível aplicar apenas o preceito primário da norma, no qual está descrita a conduta, e não aplicar integralmente o preceito secundário, que fixa a pena de multa.[424]

Esclarece-se que se defende a aplicabilidade da pena de multa apenas quando prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, afastada a aplicação como pena substitutiva da pena privativa de liberdade, conforme previsto no CP comum (arts. 44, § 2º, e 60, § 2º), visto que o CPM, lei especial, não dispõe, propositadamente, sobre a matéria.

Logicamente, o rol de penas principais constante do CPM (art. 55) não prevê e nem poderia prever a pena de multa, visto que essa pena não é cominada a nenhum tipo existente na sua Parte Especial. Contudo, com a inovação da Lei nº 13.491/2017, importando crimes militares da legislação penal comum para o Direito Militar, nos quais é possível a cominação da pena de multa, alternativa ou cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, é possível que a Justiça Militar aplique esse tipo de pena.

Na realidade, como muito bem pontuado por WENDELL PETRACHIM ARAUJO, Juiz Federal da Justiça Militar, com apoio nos art. 10, inciso IV, e 20 do CPM, em tempo de guerra já era possível a aplicação da pena de multa pela Justiça Militar:

> Em relação à aplicação de penas não previstas no Códex Castrense, como, por exemplo, a pena de multa (em decorrência da ampliação dos crimes militares) não há qualquer incompatibilidade nesse raciocínio; basta seguirmos a mesma coerência estabelecida pelo legislador ordinário quando previu a hipótese de sanção (no Código Penal Militar) aos crimes previstos na legislação penal comum ou especial e cometidos em tempo de guerra (...) Retira-se assim, como conclusão, que já existia a previsão de aplicação da pena de multa na Justiça Militar, nas situações envolvendo os delitos praticados em tempo de guerra e praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro militarmente ocupado. Hodiernamente, com a alteração do inciso II do art. 9º, essa aplicação foi estendida para os crimes militares em tempo de paz.[425]

---

[423] RABELO NETO, LUIZ OCTAVIO. *A Lei nº 13.491/2017 e sua influência na parte geral do CPM e nas penas*. In: *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, v. 27, p. 35-57, 2018.

[424] QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. "*Palestra Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a Instância Recursal da JMU*". Proferida no Seminário promovido pelo Superior Tribunal Militar: "A Leitura da Lei nº 13.491/2017", em 12/04/2018.

[425] ARAUJO, Wendell Petrachim. *Lei 13.491/2017, Perspectivas e nuances da alteração legislativa no Código Penal Militar*. In: *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de*

A teoria do direito ou, mais especificamente, a teoria da norma jurídica ou da norma jurídico-penal, tendo como consectário a necessidade de observância do princípio da legalidade, também fundamenta a aplicação da pena de multa pela Justiça Militar.

Não aplicar a pena de multa, nos casos em que essa justiça especializada seja competente em razão da Lei nº 13.491/2017, implica em negar vigência à lei que impõe essa pena ao crime militar extravagante, bem como desconsiderar o princípio da inderrogabilidade das penas. Se a lei está vigente (validade formal, em conformidade com as normas acerca de sua produção) e tem validade (material, de conteúdo), ela deve ser aplicada, pois não foi revogada com a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017.

Nesse passo, o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A Lei nº 13.491/17 de nenhuma forma revogou ou com ela se pretendeu revogar qualquer tipo penal que estabeleça a pena de multa, nem o art. 55 do CPM é imprescindível para aplicação de penas pela Justiça Militar.

Sustenta o professor FERNANDO GALVÃO que com a alteração produzida pela Lei 13.491/2017 no inciso II do art. 9º do CPM, a pena de multa efetivamente foi introduzida no ordenamento jurídico-militar. Segundo adverte o referido professor, que é Juiz civil do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

> porque a legislação penal e processual penal militar se tornou anacrônica em relação à legislação comum, o juiz da Justiça especializada Militar constantemente é chamado a contextualizar suas decisões com os princípios constitucionais, os postulados da política criminal brasileira e a realidade social na qual sua decisão produzirá efeitos. Por isso, na Justiça Militar não se pode ignorar as novas formas de intervenção repressiva estatal e a política criminal que as instituiu.[426]

Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência cristalizada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, com base nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, interferir na atividade legiferante, constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, notadamente no que se refere ao *quantum* da sanção penal prevista no preceito secundário dos delitos, tendo em vista tratar-se de matéria de política criminal. Tal proceder, por parte do Estado-Juiz, incorreria em nítida violação ao princípio da separação dos poderes.[427]

Em decisão recentíssima, que aborda tema similar à questão ora em análise, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a multa mínima prevista no artigo 33 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que tipifica o crime de tráfico de entorpecentes, é constitucional. O dispositivo estabelece pena de reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa para o delito. Por unanimidade, o Plenário reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário (RE) 1347158 (Tema 1.178) e, por maioria, reafirmou a jurisprudência de que o Poder Judiciário não pode substituir o Legislativo na quantificação da sanção penal prevista como resposta a condutas delitivas.

Magistrados da Justiça Militar da União. Ano 1, n. 1 (jun. 2018). Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018. p. 152.

426 *Direito penal militar: teoria do crime.* 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 93.

427 STF, ARE 1.305.785-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 10/6/2021.

A tese de repercussão geral fixada no julgamento foi a seguinte: "A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena".

Confira-se a ementa do julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PENA DE MULTA. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. **IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O PODER LEGISLATIVO NA QUANTIFICAÇÃO DA PENA.** PRECEDENTES. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (grifei)
> (STF, RE 1.347.158, Relator: Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgamento: 21/10/2021, Publicação: 27/10/2021)

A mesma fundamentação é aplicável para a questão da aplicabilidade da multa na Justiça Militar: não compete aos órgãos da justiça castrense substituir o legislador na quantificação da pena fixada em abstrato, vale dizer, a pena disposta no preceito secundário da norma penal incriminadora.

O Superior Tribunal Militar, embora sem aprofundar a discussão objeto desse estudo, confirmou na íntegra uma sentença em que se condenou um civil como incurso no delito de uso indevido de símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 296, §1º, inciso III, CP comum). No caso concreto, o civil utilizou um adesivo para identificação de veículo pertencente a um Tenente Coronel da Aeronáutica já falecido, tendo sido condenado, além da pena privativa de liberdade, ao pagamento de pena de multa.[428]

Na sentença de primeiro grau (Processo 7000037-39.2018.7.08.0008), lavrada pelo Juiz Federal da Justiça Militar JOSÉ MAURÍCIO PINHEIRO DE OLIVEIRA, titular da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, consta: "A pena de multa, prevista no art. 296 do CP, embora não prevista no CPM, com a inovação trazida pela Lei n. 13.491/17, que possibilitou à Justiça Castrense aplicar penas definidas na legislação penal comum, há de ser aplicada porquanto da norma contida no art. 5°, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e tendo por esteio o disposto no art. 60 do Código Penal."[429]

A classificação das normais penais também é mais um argumento para aplicação da pena de multa na Justiça Militar. A classificação mais adequada das normas penais distingue normas penais incriminadoras e não incriminadoras. Segundo lição de CEZAR BITENCOURT:[430]

---

[428] STM, APELAÇÃO Nº 7001420-64.2019.7.00.0000, Relator: Ministro Artur Vidigal de Oliveira, julgamento em 10/09/2020, DJe 29/09/2020.

[429] Sentença proferida em 21/10/2019 nos autos do Processo 7000037-39.2018.7.08.0008.

[430] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177.

> As *normas penais incriminadoras* têm a função de definir infrações penais, *proibindo* (crimes comissivos) ou *impondo* (crimes omissivos) a prática de condutas, sob a ameaça expressa e específica de pena e, por isso, são consideradas normas penais em sentido estrito. Essas normas, segundo uma concepção universal, compõem-se de dois preceitos: 1) *preceito primário*: encerra a norma proibitiva ou mandamental, ou, em outros termos, que descreve, com objetividade, clareza e precisão, a infração penal, comissiva ou omissiva; 2) *preceito secundário*: representa a cominação abstrata, mas individualizada, da respectiva sanção penal. (...) As *normas penais não incriminadoras* são aquelas que estabelecem regras gerais de interpretação e aplicação das normas penais em sentido estrito, repercutindo tanto na delimitação da infração penal como na determinação da sanção correspondente.

As normas penais não incriminadoras podem ser: 1) permissivas; 2) complementares; 3) explicativas. As permissivas são aquelas que têm por fim afastar a ilicitude da conduta do agente ou a culpabilidade (*v.g*, causas de justificação, art. 42, CPM); as complementares fornecem princípios gerais para aplicação da lei penal (*v.g*., isenção de pena aos inimputáveis, art. 48, CPM); as explicativas esclarecem ou explicitam conceitos (*v.g*, pena base, art. 77, CPM).

O art. 55 do CPM, que estabelece quais são as penas principais do Código, é regra de caráter meramente explicativo,[431] tanto que nos artigos seguintes o código procura caracterizar cada uma dessas penas, as quais são previstas no preceito secundário dos tipos penais constantes da Parte Especial do Código.

Por isso, norma da Parte Geral não incriminadora (art. 55 do CPM), de natureza explicativa, tem função de informar quais as penas constantes nos tipos penais existentes na Parte Especial do Código, explicitando nos dispositivos posteriores as características de cada uma dessas penas. Sendo explicativa, não tem o condão de complementar o tipo penal, não sendo, por isso, imprescindível para a tipicidade.

A falta de previsão da pena de multa no art. 55 do CPM não pode isentar o réu da pena de multa disposta em lei, pois a norma não tem caráter permissivo, autorizando a realização da conduta tipificada. Logo, os órgãos julgadores da Justiça Militar devem aplicar a multa penal quando prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, sob pena de violação frontal da lei. Nesse sentido, leciona RICARDO FREITAS que "os enunciados que estão na parte geral do Código Penal Militar existem com finalidade de esclarecer e permitir a aplicação das normas que são expressas por meio de enunciados contidos na parte especial."[432]

---

[431] Em igual semelhante: MIRABETE, Julio Fabrini (In: *Manual de direito penal*. Vol. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49) ensina que as regras sobre aplicação da pena de multa são normas explicativas: "As leis penais não incriminadoras podem ser subdivididas em explicativas (ou complementares) e permissivas. **As normas explicativas esclarecem o conteúdo de outras ou fornecem princípios gerais para a aplicação das penas. São preceitos explicativos** os conceitos de 'reincidência' (art. 63), de 'casa' (art. 150, § 4º), de 'funcionário público' para fins penais (art. 327), bem como **regras sobre aplicação da lei penal (art. 1º e §§), as referentes à aplicação da pena (arts. 59 e 60 do CP) etc". (grifei).**

[432] ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar. Teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 9.

Não há propriamente "hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico". O tipo penal é composto de duas partes integradas, quais sejam, a descrição da conduta e a correspondente sanção. Realizada a condição (a conduta descrita no tipo penal), deve ser aplicada a consequência, ou seja, a sanção penal.

Segundo clássica lição de HANS KELSEN, há um nexo consequencial entre ilícito e sanção, pois o "delito caracteriza-se como uma condição da sanção",[433] sendo o delito entendido como "a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta."[434]

Segundo abalizada lição de JORGE CESAR DE ASSIS, "Não se sustenta o argumento de que o CPM não prevê a pena de multa porque, quando de sua edição o Código Penal Militar previa, apenas e tão somente os crimes militares próprios e impróprios."[435] Na verdade, a "ausência de previsão da pena de multa na legislação penal castrense apenas reforça a ideia de que o advento dessa nova classe de crimes militares forçosamente trará consigo, para a Justiça Militar, todos os seus institutos específicos."[436]

O sistema de penas em vigor no país encontra sua base no art. 5º da CF. As alíneas "a" a "e" do inciso XLVII do art. 5º da CF contêm o rol das penas proibidas,[437] e as alíneas "a" a "e" do inciso XLVI do mesmo artigo, o rol das lícitas ou permitidas, dentre as quais está a pena de multa (alínea "c"),[438] sendo esse mais um fundamento para a aplicação desse tipo de pena na Justiça Militar.

Superada a questão da possibilidade de aplicação da pena de multa, pergunta-se: quais serão os critérios para a aplicação da pena de multa na Justiça Militar, considerando que o CPM é omisso a respeito? A resposta pode ser extraída do art. 12 do CP comum, ou seja, as regras gerais do CP comum aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial (CPM), se esta não dispuser de modo diverso, como é o caso em questão.

5. A DOSIMETRIA DA PENA E O PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DA MULTA

Para fins de aplicação da pena de multa, a Justiça Militar deve fixar a pena em dias-multa, segundo as regras gerais previstas nos arts. 49 a 52 do CP comum.

---

[433] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 75.

[434] *Ibidem.* pp. 76-77.

[435] ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p. 63.

[436] *Idem, loc. cit.*

[437] Estão proibidas as penas (art. 5º, XLVII, CF): a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84,
XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

[438] Estão permitidas, entre outras, as seguintes penas (art. 5º, XLVI, CF): a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Diferentemente do critério trifásico aplicável para fixação de penas privativas de liberdade, o CP segue um *sistema bifásico* [439]para dosimetria da pena de multa, conforme a seguir descrito:

1ª fase: o julgador estabelece o **número de dias-multa**, que varia entre o **mínimo de 10 e o máximo de 360** (art. 49, *caput*, parte final, CP). Para estabelecer esse número, o magistrado leva em conta as circunstâncias judicias, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes. Em suma, as mesmas etapas percorridas na dosimetria da pena privativa de liberdade.

2ª fase: o julgador fixa o **valor do dia-multa**, que não pode ser inferior a **1/30** do **salário mínimo mensal** vigente ao tempo do fato, nem superior a **5** vezes esse salário (art. 49, § 1º, CP). Leva-se em conta a **situação econômica do réu** (art. 60, *caput*, CP).

Concluídas essas operações, o juiz pode considerar que, em face do elevado poder econômico do réu, a sanção pecuniária, embora aplicada no máximo legal, é ineficaz. Nesse caso, o juiz pode aumentar o seu valor até o **triplo (3x)** (art. 60, § 1º, CP).

O pagamento voluntário da multa deve ser realizado pelo réu no prazo de 10 dias depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 50, *caput*, CP). O Código prevê a possibilidade de o condenado requerer o parcelamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas, podendo o juiz autorizar desde que as circunstâncias justifiquem (*v.g*,: réu muito pobre, multa elevadíssima). O parcelamento deverá ser feito antes de esgotado o prazo de 10 dias. O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º, da LEP). Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá revogar o benefício (art. 169, § 2º, da LEP).

6. COMPETÊNCIA, LEGITIGIMIDADE ATIVA E PROCEDIMENTO PARA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA NA JUSTIÇA MILITAR

Se a multa não for paga voluntariamente, procede-se ao pagamento forçado, observando-se o procedimento descrito pelos artigos 164 a 170 da Lei de Execução Penal.

Desde a Lei nº 9.268/1996, conferindo nova redação ao art. 51 do CP, é vedada a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. A multa é considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A partir dessa alteração legislativa, tornou-se controvertida a competência para execução da pena de multa e o legitimado ativo para promover a cobrança. A jurisprudência, de início, entendeu que a cobrança forçada da penalidade, após a omissão do

[439] MASSON, Cleber. *Direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 798.

sentenciado quanto ao pagamento, teria sido atribuída à advocacia pública, mediante execução fiscal ajuizada perante as Varas de Execuções Fiscais.

Decorrido o prazo para pagamento voluntário, o entendimento era o de que deveria se extrair certidão contendo informações sobre a condenação, remetendo-se à Fazenda Pública para fins de inscrição em dívida ativa e ajuizamento da execução fiscal. Era o entendimento consagrado na Súmula 521 do STJ (3ª Seção. Aprovada em 25/3/2015, DJe 6/4/2015): "A legitimidade para a execução fiscal da multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública".

Contudo, tal panorama mudou com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3150 pelo Supremo Tribunal Federal, na qual a Corte declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições - perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos -, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo, assim sua natureza de sanção penal. Em suma, entendeu-se que o Juízo competente, com prioridade, é o Juízo da Execução Penal, sendo o legitimado ativo preferencial o órgão do Ministério Público atuante perante esse juízo.

Confira-se a ementa do julgado:

> Ementa: Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público. Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal.
> 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão "aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição", não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. **Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980.** (ADI 3150, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, DJe 06-08-2019) (grifei)

Com isso, em razão do efeito vinculante da referida ADI, o STJ reviu o seu posicionamento e passou a decidir consoante o STF, restando superado o entendimento fixado na Súmula 521 do STJ.[440] Consequentemente, como a pena de multa detém caráter penal, o seu inadimplemento é óbice à declaração de extinção de punibilidade do condenado, ainda que cumprida a pena privativa de liberdade aplicada cumulativamente com aquela pena pecuniária.[441]

Embora referida decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3150 tenha efeito vinculante, vale ressalvar que, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, foram modulados temporalmente os efeitos da decisão,[442] de modo a estabelecer a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública quanto às execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da referida ADI ocorrido em em 02/06/2020.

Por fim, observa-se que a redação do artigo 51 do Código Penal foi mantida pela lei denominada "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019), que, contudo, acolhendo, em parte, a jurisprudência do STF, estabeleceu a competência exclusiva dos Juízos das Varas de Execuções Penais para a execução do valor da multa, afastada, portanto, a competência das Varas de Execução Fiscal.

Assim, vale mencionar o PARECER SEI Nº 9276/2021/ME, de 23/06/2021, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que conclui pela incompetência do referido órgão para cobrança de valores oriundos da aplicação de multa penal, a partir da vigência da Lei nº 13.964/2019 (23/01/2020), considerando que a legitimidade do Ministério Público para execução da multa criminal passou a ser exclusiva e perante o juízo da execução penal, descabendo-se falar em legitimidade subsidiária da Fazenda Pública perante a vara de execução fiscal e, consequentemente, em inscrição em dívida ativa de valores oriundos da aplicação de multa penal.

Na mesma linha, ANDRÉ ESTEFAM, atualizador da obra de Damásio de Jesus, leciona:

> De acordo com o art. 51 do Código, com redação decorrente da lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019): "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

---

[440] EDcl no AgRg no HC 441.809/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021; AgRg no REsp 1.850.903/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/4/2020, DJe 30/4/2020; EDcl no AgRg no REsp 1.806.025/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 5/11/2019; CC 165.809/PR, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, DJe 23/8/2019.

[441] Nesse sentido, entendimento firmado no Tema Repetitivo n. 931, em que, no julgamento dos Recursos Especiais representativos da Controvérsia n. 1.785.383/SP e 1.785.861/SP, a Terceira Seção do STJ estabeleceu a tese de que, "na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". (acórdãos publicados no DJe de 2/12/2020),

[442] Cf. ADI 3150, Embargos de Declaração, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, Dje 20-05-2020.

> Havia, antes da alteração promovida pela citada Lei, controvérsia a respeito do regime jurídico da multa após o trânsito em julgado. Dentre os temas objeto de divergência, destacamos: o juízo competente para a execução da multa, a legitimidade para ajuizar a execução e o prazo prescricional.
> O entendimento predominante sobre os dois primeiros temas era de que a legitimidade era da Procuradoria da Fazenda Pública (e não do Ministério Público) – Súmula 521 do STJ – e a competência era do Juízo da Execução Fiscal.
> O STF, porém, em dezembro de 2018, julgando a ADIn nº 3150 e a 12ª questão de Ordem na AP 470 ("Caso Mensalão"), definira que o órgão legitimado para a propositura era, prioritariamente, o Ministério Público, devendo a cobrança tramitar no Juízo da Execução Penal.
> **Desde 23 de janeiro de 2020, com o início da vigência da Lei Anticrime, a legitimidade do Ministério Público passou a ser exclusiva (não mais prioritária), pois a execução, nos termos do dispositivo, sempre se dará perante o Juízo da Execução Penal.**[443] (grifei)

No mesmo sentido, leciona DOUGLAS:[444]

> Em conclusão, reafirmamos que, depois da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a execução da pena de multa deverá ser, necessariamente, perante o Juízo da Execução Penal, com atribuição exclusiva do Ministério Público, sendo descabido falar, desde então, em atribuição subsidiária da Fazenda Pública perante a Vara de Execuções Fiscais, nos termos em que decidido pelo STF (segundo a redação da disposição anterior) na ADI nº 3.150-DF.

Esse entendimento vem sendo acolhido pelo STJ:

> EXECUÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. INDULTO. COMPETÊNCIA PARA DECLARAÇÃO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. ARTIGO 51 DO CÓDIGO PENAL. LIMITE PARA A CONCESSÃO DO INDULTO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. DECRETO PRESIDENCIAL N. 9.246/2017 E PORTARIA/MF N. 75/2012.
> (...) IV - Ainda que assim não fosse, proveito algum decorreria da declaração de incompetência do juízo das execuções penais, eis que, **conforme a atual redação do artigo 51 do Código Penal, recentemente alterada pela Lei n. 13.964/2019, cabe ao juízo das execuções penais, sem ressalvas, a competência para execução da pena de multa**. (grifei)
> É de conhecimento geral que as alterações nas regras processuais relativas à competência material têm aplicação imediata, independentemente das que vigiam à época do cometimento do crime. (...)
> (STJ, AgRg no REsp 1869371/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 24/11/2020)

---

[443] JESUS, Damásio de. Atualização André Estefam. *Direito Penal. Volume I*, 37ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

[444] FISCHER, Douglas. *Execução da pena de multa depois da Lei nº 13.964/2019: atribuição exclusiva do ministério público*. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/execucao-da-pena-de-multa-depois-da-lei-no-13-964-2019-atribuicao-exclusiva-do-ministerio-publico/>. Acesso em 04/11/2021.

Assim, o órgão do Ministério Público atuante perante o Juízo de execução é o legitimado ativo exclusivo para cobrança forçada da pena de multa perante o Juízo da Execução Penal.

Aplicando-se esse raciocínio à Justiça Militar, constata-se que a execução é da competência do Juiz civil togado (Juiz Federal da Justiça Militar e Juiz de Direito do Juízo Militar), monocraticamente, e se dará perante a Auditoria por onde correu o processo, seja em âmbito federal ou estadual, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, perante o seu presidente (CPPM, art. 588, e Lei nº 8.457/92, arts. 9º, XIV e 30, XI).

Tratando-se de sentenciado condenado à pena privativa de liberdade, sendo suspensa a execução da pena pela concessão do *sursis,* e, aplicada cumulativamente a pena de multa, permanece a competência com a Justiça Militar, tendo em vista que o sentenciado não será recolhido à prisão sujeita à jurisdição ordinária.[445] Não é possível cindir a execução das diversas espécies de pena impostas no título executivo judicial, tendo em vista que a execução penal segue o princípio da unicidade.

No caso de haver cumprimento de pena privativa de liberdade em presídio ou outro estabelecimento penal estadual, independentemente do regime prisional fixado, aplicada cumulativamente com a multa, esta deverá também ser executada no Juízo das Execuções Penais competente para fiscalizar a pena privativa de liberdade,[446] de forma que deve o Juízo militar se dar por incompetente.

No caso do civil condenado pela Justiça Militar da União, ainda que sujeito ao regime aberto,[447] ou mesmo do militar excluído[448] dos quadros da corporação militar, federal

---

[445] CRIME MILITAR. PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. FISCALIZAÇÃO. SURSIS. COMPETÊNCIA. Réu condenado pela Justiça Castrense, beneficiário da suspensão condicional da execução da pena, que não foi recolhido em estabelecimento sujeitos à administração estadual, compete a Justiça Militar acompanhá-lo durante o período de prova. Conflito conhecido. Competência da Justiça Militar, o Suscitante. (STJ, CC 20.313/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/1998, DJ 18/12/1998, p. 286)

[446] CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE PENA DE MULTA FIXADA CUMULATIVAMENTE COM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZO FEDERAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXECUTADA POR JUÍZO ESTADUAL. (...)
(...) 3. "**A execução da pena de multa deve seguir no Juízo das Execuções Penais, que é o Juízo Estadual, no caso de haver cumprimento de pena privativa de liberdade em presídio estadual aplicada cumulativamente com a multa**. Além de a multa ter natureza de sanção penal, sendo racional a existência de execução penal una, ressalte-se que os valores recolhidos, quer por sentença condenatória proferida por Juízo Estadual ou por sentença condenatória proferida por Juízo Federal, têm o mesmo destino: o Fundo Penitenciário Nacional, nos termos do art. 2º, inciso V, da Lei Complementar nº 79/1994" (CC 168.815/PR, de minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 16/6/2020). (...) (STJ, CC 179.037/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2021, DJe 27/09/2021)

[447] CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. CIVIL APENADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REGIME ABERTO. COMPETÊNCIA DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 192 DO STJ. 1. É competente o Juízo das Execuções Penais do Estado para a execução da pena imposta pela Justiça Militar, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (Súmula 192 STJ). 2**. Considerando que o condenado ao cumprimento de pena em regime aberto tem o status jurídico de preso, não importa que o condenado não esteja efetivamente recolhido em um estabelecimento penal de administração estadual**. Inteligência dos artigo 36, § 1º do Código Penal e 118 da Lei 7.210/84. 3. Conflito negativo conhecido para declarar competente o juízo das execuções penais do Estado do Rio de Janeiro. (STJ, CC 85.589/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SE-

ou estadual, quando recolhidos em estabelecimento prisional civil, a execução da pena foge da alçada da competência da Justiça Militar, nos termos do enunciado da Súmula 192 do STJ: " Compete ao juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual". (Súmula 192, Terceira Seção, julgado em 25/06/1997, DJ 01/08/1997, p. 33718)

Isso porque aplica-se a esses casos o art. 62 do Código Penal Militar, segundo o qual o civil cumpre pena aplicada pela Justiça Militar em estabelecimento prisional civil, ficando sujeito ao regime conforme a legislação penal comum.

Não pode a Justiça Militar promover a execução da pena de ofício, desrespeitando o princípio da inércia jurisdicional, devendo, pois, aguardar a manifestação e iniciativa do órgão que detém legitimidade ativa para tanto.

A legitimidade ativa para promover a execução forçada é do órgão do Ministério Público atuante perante aqueles Juízos competentes da Justiça Militar. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Quanto ao rito, deverá ser observado, por analogia, aquele estabelecido nos artigos 164 a 170 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com aplicação da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) e do Código de Processo Civil no que for cabível para a expropriação de bens do devedor.

O artigo 164 e seguintes da Lei de Execução Penal esclarecem que, decorrido o prazo concedido ao sentenciado sem que ele efetue o pagamento da pena de multa, a nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil, com a ressalva de que, se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao Juízo Cível para prosseguimento.

7. CONCLUSÃO

Ao fim desse estudo, espera-se ter contribuído com a interpretação das consequências advindas da Lei nº 13.491/2017 na Justiça Militar, concluindo-se pela aplicabilidade, embora controvertida, da pena de multa nesta justiça especializada, desde que prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, o que, de forma alguma contraria a índole do direito militar, visto que tal pena é aplicada pela justiça militar desde os primórdios do direito penal militar, ainda na Roma Antiga.

ÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 207)

[448] PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. **Compete à Justiça Comum a execução da pena imposta pela Justiça Castrense, quando o condenado foi excluído da Corporação Militar.** 2. Conflito conhecido para julgar competente o Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais do Rio de Janeiro-RJ. (STJ, CC 109.355/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 30/05/2011)

Deve-se aplicar a multa na Justiça Militar adotando-se as normas gerais previstas no Código Penal comum, sendo da própria justiça especializada a competência para a execução da referida pena, nos termos do novel art. 51 do CP, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, salvo circunstâncias modificativas que determinem a competência da Justiça comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. **Direito penal militar. Teoria crítica & prática**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANGHER, Anne Joyce (organização). **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. São Paulo: Ed. Rideel, 32ª edição, 2021.

ARAÚJO, Maria Placidina de Azevedo Barbosa. Palestra "**Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a 1ª instância da JMU**". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pXHAY8SzXh8>. Acesso em: 15/11/2021.

ARAUJO, Wendell Petrachim. Lei 13.491/2017, Perspectivas e nuances da alteração legislativa no Código Penal Militar. In: **Revista da Enajum**: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União. Ano 1, n. 1 (jun. 2018). Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

ASSIS, Jorge César de. **Crime militar & processo**: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. **Curso de direito penal militar**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1915.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. ADI 3150, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, DJe 06-08-2019.

BRASIL. Justiça Militar da União. Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar José Maurício Pinheiro de Oliveira em 21/10/2019 nos autos do Processo 7000037- 39.2018.7.08.0008, Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar.

BRASIL. PARECER SEI Nº 9276/2021/ME, de 23/06/2021, aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1869371/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 24/11/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 20.313/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/1998, DJ 18/12/1998, p. 286.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 179.037/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN

PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2021, DJe 27/09/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 85.589/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 207.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CC 109.355/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 30/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal Militar, Apelação nº 7001420-64.2019.7.00.0000, Relator: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgamento em 10/09/2020, DJe 29/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ARE 1.305.785-AgR, Rel. Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 1.347.158, Relator: Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, julgamento: 21/10/2021, Publicação: 27/10/2021.

BRASIL. Exposição de motivos do Código Penal Militar de 1969. Disponível em: <https://www.legjur.com/legislacao/art/dcl_00010011969>, acesso em 04/11/2021.

FISCHER, Douglas. **Execução da pena de multa depois da Lei nº 13.964/2019: atribuição exclusiva do ministério público**. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/execucao-da- pena-de-multa-depois-da-lei-no-13-964-2019-atribuicao-exclusiva-do-ministerio-publico/>. Acesso em 04/11/2021.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal militar**: Teoria do Crime. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GUSMÃO. Chrysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915, p.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JESUS, Damásio de. Atualização André Estefam. **Direito Penal**. Volume I, 37ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal. Parte Geral**. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. Vol. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. "**Palestra Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a Instância Recursal da JMU**". Proferida no Seminário promovido pelo Superior Tribunal Militar "A Leitura da Lei nº 13.491/2017", em 12/04/2018.

RABELO NETO, LUIZ OCTAVIO. A Lei nº 13.491/2017 e sua influência na parte geral do CPM e nas penas. In: **Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar**, v. 27, p. 35-57, 2018.

ROTH, Ronaldo João. **Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar** (Lei 13.491/17). Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf. Acesso em: 15/11/2021.

_____. Palestra "Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sNHD_d-RNvo>. Acesso em: 15/11/2021.

_____. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. In: **Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar**. Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002066-78.2020.9.26.0030 (8.039/21), Juiz Relator AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR, julgamento em 05/08/2021.

TEIXEIRA, Silvio Martins. **Novo Código Penal Militar do Brasil**. Livraria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1946.

Nota sobre o autor

Dr. Luiz Octavio Rabelo Neto

Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União, lotado na Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede em Belém/PA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UNINTER. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará.

A JMU COMO PROTAGONISTA NA SUSTENTAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL

Gen Ex Marco Antônio de Farias
Ministro do Superior Tribunal Militar

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa identificar como a prevenção geral e especial, advindas do exercício da competência da Justiça Militar da União (JMU), sustentam os Princípios basilares da Hierarquia e da Disciplina e, por consequência, os serviços prestados pelas Forças Armadas à sociedade. Neste sentido, a JMU revela-se, no contexto da Lei Máxima, como a tutora do meio de proteção mais eficaz de todos os brasileiros, proporcionando a necessária paz social que permite o avanço dos objetivos nacionais.

O mosaico público desenhado permite que a JMU, mediante o rigor e a eficácia de suas decisões, mantenha intactos os Princípios da Hierarquia e da Disciplina, os quais alicerçam e balizam as Forças Armadas – instituições nacionais permanentes e regulares – no trajeto constitucional do cumprimento de suas atribuições garantidoras do Estado Democrático de Direito. Somente dessa forma, a sociedade terá o ambiente favorável para tornar pleno o lema estampado na Bandeira Nacional: "ORDEM E PROGRESSO".

Por isso, a ruptura desavisada ou inconsequente da base principiológica da JMU comprometeria esse importante sustentáculo da soberania do Brasil. Se for despida de sua essência, a JMU sofrerá rachaduras que reverberarão nos pilares da Hierarquia e da Disciplina, com o potencial de desnaturar as Forças Armadas – meio mais eficaz de Defesa Nacional. Em decorrência, tal conjuntura provocaria graves abalos sociais, sendo capazes de obstar o quanto a nação brasileira tem a progredir no encontro do seu promissor futuro.

Assim, pode-se perceber a propriedade da existência deste ramo especializado – a JMU – e, em face do seu contexto constitucional, a necessidade de haver ordenamento jurídico mais austero, para reger a condução dos processos e dos julgamentos dos crimes castrenses definidos em lei.

2. DESENVOLVIMENTO

No âmbito da JMU, verifica-se que, admitidas algumas exceções pontuais, a legislação e a jurisprudência mostram-se mais rígidas se comparadas à Justiça comum. E não é por acaso. A necessidade se pauta no interesse da Defesa Nacional. É preciso ter-se uma legislação menos leniente para tutelar os meios capazes de garantir a soberania, a lei e a ordem. As Forças Armadas são Instituições regulares e permanentes, belicamente equipadas e que necessitam da tutela jurídica contra os delitos militares praticados dentro, de dentro para fora e de fora para dentro dos seus muros.

Como prova histórica desse aspecto, pode-se citar, por exemplo, a Lei nº 9.099/95 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências –, na qual o seu art. 90-A afasta a sua aplicação no âmbito da JMU, bem como a significativa adequação

do Princípio da Insignificância aos primados da esfera castrense, os quais diferem de outros ramos da Justiça. Logo, numa visão sistêmica, o legislador sabia o quê e o porquê estava propondo.

Outra comprovação reside na citação editalícia, especialmente prevista no art. 284 e seguintes do CPPM, sem a prevalência, imprópria, do art. 366 do CPP, nuance a reforçar a celeridade da JMU. A concepção da Legislação Castrense visou à estruturação da JMU para que atenda, com a máxima eficácia possível, a sua enorme incumbência constitucional. A velocidade na tramitação processual será sempre maior do que na Justiça comum. A dinâmica da carreira militar não comporta delongas protelatórias.

Nesse cenário, a citação editalícia contribui para a oportuna resposta célere da JMU. Para ilustrar, o agente que incendeia um carro privado sabe que o processo, na seara Comum, apenas terá seguimento com a sua citação pessoal. Por sua vez, para reforçar o vital interesse público envolvido, no caso de atentados contra a Administração Militar ou de delitos perpetrados contra o seu patrimônio material ou pessoal, no âmbito da JMU os autores seriam processados e julgados mediante citações editalícias. Exemplificando, no caso de incendiarem viaturas militares, as quais seriam usadas na retomada da ordem, nada adianta que se escondam da repressão Estatal: serão citados por edital. Registre-se que o aparato policial e os meios públicos devem estar concentrados nos esforços principais, e não para tentar, muitas vezes infrutiferamente, a citação pessoal de réus que fogem da Justiça.

Em tal contexto menciona-se, ainda, o art. 28 da Lei nº 11.343/06 (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências) e o art. 290 do CPM. No primeiro, há tolerância para com o usuário de drogas, enquanto que, no segundo, a posse de entorpecente em área sob a Administração militar, independente da quantidade, assume dimensão penal mais grave e condenável.

A JMU foi concebida para tutelar os serviços que as Forças Armadas prestam à sociedade e à proteção do seu patrimônio. Braço armado, elas detêm o monopólio da violência estatal e são as garantidoras da liberdade e da soberania nacional. Deve-se perceber, então, o motivo de a nação brasileira, consideradas as suas condições, ter optado por manter e investir nesta Justiça Especializada.

Tratando-se de um País gigantesco, rico em recursos hídricos e minerais e, ao mesmo tempo, com desafios imensos na área socioeconômica, as Forças Armadas despontam como essenciais para o exitoso percurso em direção ao futuro. É enorme a cobiça internacional nas riquezas e nos recursos brasileiros. É preciso ter Forças Armadas preparadas e aptas à Defesa Nacional. A segurança jurídica ao seu preparo e emprego é parte integrante da sua aptidão.

Para isso, existe a JMU, pois qualquer ofensa à *ultima ratio* do Estado pode ser, paulatinamente, fatal para o patrimônio material e humano desta Nação.

Se a verdadeira identidade da JMU, calcada no texto Constitucional, for desfigurada, não haverá tempo, diante de eventual e grave crise, para se moldar, no espírito de militares

e de civis, a mentalidade de coesão nacional, a qual resulta da união na manutenção da higidez material e moral das Forças Armadas com a máxima segurança de todos.

A JMU tem características essenciais, das quais duas se destacam: a celeridade, na qual se insere a existência de apenas duas Instâncias (CJM/STM), e a maior rigidez. Tais impositivos se justificam decorrentes de os homens e as mulheres integrantes das Armas serem escravos da grandeza de servir, sendo imprescindível que haja um sistema mais severo, em prol da manutenção da Hierarquia e da Disciplina. E quanto aos civis, como eventuais agentes de crimes militares definidos em lei, tal rigor serve para que eles considerem e respeitem aqueles que lhes garantem paz social, soberania, ordem e progresso.

Nos países desenvolvidos, o patriotismo e a elevada educação da população formam as mentes de seus nacionais no sentido de valorizar e de respeitar as funções constitucionais das Forças Armadas. Basta observar a reação dos civis em face da presença militar em países como os EUA. Quando as Forças Armadas passam, as pessoas colocam a mão no peito e abrem todas as vias de colaboração às suas operações.

No Brasil, ainda convivemos com reconhecido déficit de civismo. Supostas cicatrizes do passado são utilizadas para se criar a ideia de que há dissenso entre as Forças Armadas e a sociedade nacional, o que não é verídico.

Na verdade, as Forças Armadas existem em função da proteção aos civis, independentemente da corrente política ou filosófica que sigam, muito menos em função da etnia, do sexo, da religião ou de qualquer outro aspecto psicossocial de cada brasileiro. Forças Armadas são o povo em armas e não se concebe uma convivência desarmônica entre eles. As Forças Armadas estão dentro da Nação e a Nação está dentro das Forças Armadas.

Por isso tudo, a JMU mostra-se presente e mais dura para com os delitos que ela processa e julga, sejam os réus militares ou civis. É incontestável que os réus temem mais as suas penas, pois a JMU afere as reprimendas conforme a responsabilidade do agente.

Nesse contexto, não remam a favor do interesse público as tentativas de tornar a JMU mais leniente, aproximando-a da Comum. Até porque, se assim fosse, para haver duas Justiças iguais, melhor seria extinguir uma delas, pois não embasaria qualquer lógica de investimento público.

Quanto à dicotomia de pensamento de que civis e militares devem ser submetidos a Justiças diferentes, à vista de um mesmo delito tipificado como militar, não deve prosperar.

O Brasil tem aproximadamente 360.000 (trezentos e sessenta mil) militares e 210.000.000 (duzentos e dez milhões) de civis. Diante de um mesmo crime cometido por civil e por militar contra a Administração Castrense, não há como justificar normas mais rígidas (CPM) apenas para a irrisória parte populacional – os militares, retirando-se delas os civis. O objetivo da existência da JMU é o de, pedagogicamente, introjetar, nos civis e nos militares, o respeito e a preservação material e principiológica das Forças Armadas, educando-os para a sustentação dos fundamentos constitucionais que indicam a consideração afetiva que se deve ter para com elas.

Mediante breve pesquisa da jurisprudência do STM, pode-se inferir que as penas aplicadas aos militares refletem, proporcionalmente, o patamar de responsabilidade e de compromisso legal por eles assumido perante a Bandeira do Brasil. Assim, se consideradas as mesmas circunstâncias fáticas, as reprimendas estabelecidas para os integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica são normalmente mais elevadas em relação àquelas impostas aos civis.

Entretanto, a par dessas ponderações, todos agentes, civis ou militares, devem ser submetidos ao mesmo Diploma Legal – CPM –, o qual está organizado para tornar eficaz e pedagógica a prevenção (geral e especial) mais eficiente possível, sempre focada no impositivo escopo constitucional de tutelar a *ultima ratio* do Estado.

Nessa senda, não há qualquer senso de lógica, de isonomia e de proporcionalidade estratégica em se aplicar aos crimes militares a Lei n° 9.099/95. Ela foi concebida para amenizar a punição de crimes comuns e não de crimes militares. E, pior ainda, aplicá-la para ambos, civis e militares, retirando a rigidez das decisões que caracterizam o sentido estrutural da JMU.

A Lei nº 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, não preenche os requisitos de tutela das Forças Armadas. Toda a população, militares e civis, deve compreender que eventuais ataques ao bem jurídico "Forças Armadas" jamais será considerado um crime de menor potencial ofensivo. Haverá, para isto, uma Justiça Especializada que julgará o ilícito dentro de critérios mais rígidos e nada lenientes.

Essa óptica apenas terá sucesso se aplicada a todos, pois não visa apenas aos irrisórios 360.000 (trezentos e sessenta mil) militares, quantitativo que representa, aproximadamente, 0,17% da população brasileira, no contexto de 99,83 % de civis. Quando em operações, os fardados precisarão decisivamente dos civis, os quais deverão estar, ao longo do tempo, empenhados em preservar o seu maior e melhor instrumento de segurança.

Mais uma vez, deve-se perceber que as Forças Armadas pertencem mais ao povo brasileiro do que aos próprios militares. Elas têm o sentido de sua existência calcada na Defesa da soberania e da liberdade, na proteção das casas dos civis, dos seus locais de trabalho, das escolas dos seus filhos, das vias de transporte, das grandes usinas, das reservas minerais e hídricas que farão o nosso País o maior de todos.

Se o objetivo é afrouxar as normas penais militares, seja para os civis ou para os integrantes das Forças Armadas, haverá a fragilização dos pilares estruturais que sustentam a existência do Poder Armado: a Disciplina e a Hierarquia. Será um passo insensato que empurrará as tropas para a desobediência, transmudando-as em milícias, como se vê em algumas partes do mundo. O tratamento jurídico leniente repercute, em seu bojo, na desobrigação para com os austeros ritos de procedimento castrense.

Alguém admitiria que a autoridade dos seguranças do seu condomínio residencial fosse, paulatinamente, denegrida, seja por um civil ou por um militar, esvaziando sua possibilidade de intervir na defesa do patrimônio dos condôminos? Por que, então, quando se trata da JMU e das Forças Armadas, essas ideias não são preservadas, referendando-se os serviços prestados por elas à sociedade brasileira?

Senhores, é lamentável reconhecer que, mesmo nos segmentos mais intelectualizados do País, por vezes, os sentimentos patrióticos não foram desenvolvidos com o devido vigor.

Em consequência, corre-se o risco de ferir a derradeira ferramenta capaz de proteger o Estado e a sociedade contra a desordem e a infringência.

A JMU, por ser isenta, não mira o agente, se civil ou militar, mas sim resguarda a *ultima ratio* do Estado.

As Forças Armadas podem ter seus bens jurídicos, sob a égide da Constituição Federal, ofendidos tanto por militar quanto por civil, devendo ambos ser julgados nos termos das normas especiais – o CPM e o CPPM.

O ponto mais caro desse debate, e pouco destacado, centra-se na seara pedagógica do Direito Penal, em prol da segurança máxima da sociedade. A norma visa educar, mediante a eficácia da competência constitucional da JMU, os agentes, sejam civis ou militares, que ousarem o ataque à ferramenta mais forte de defesa de todos os nacionais.

Para ratificar a exemplificação anterior, enfatiza-se o entendimento de que os danos dolosamente causados, seja por civil ou por militar, a um carro privado não terá o mesmo tratamento se for desferido contra uma viatura do patrimônio castrense.

Sem qualquer conotação corporativista, as normas especiais em comento fazem pairar a advertência de que a eventual ofensa ao derradeiro e mais eficaz meio apto a manter perene o Estado Democrático de Direito jamais poderá ser considerado um ato de menor potencial ofensivo.

Esclareço aos distraídos que a aplicação da Legislação Penal Militar não tem qualquer pecha de desumana. A Lei e os seus aplicadores, à luz dos direitos humanos, jamais teriam por escopo o maltrato aos agentes infratores. Pelo contrário, o mote deste Sistema Penal ruma no sentido de que a visão de humanidade deve ser equilibrada, conforme a conduta delitiva dos autores e os direitos da sociedade à viabilização da Segurança Nacional.

Nesse prisma, a Lei Penal Militar deve ser mais rígida, pois foi concebida para evitar danos maiores às Instituições, as quais devem ser preservadas para a própria paz social e a defesa da soberania nacional. Crimes militares próprios ou impróprios, perpetrados por agentes militares ou civis, respectivamente, ofendem o Estado Democrático de Direito, vítima em 1º grau.

Dessa forma, é lícito concluir que nenhum tipo penal, previsto na Parte Especial do CPM, pode ser abrangido pela Lei nº 9.099/95, pois eles tutelam, na medida certa, os serviços que as Forças Armadas prestam à sociedade, contorno a rejeitar os conceitos atinentes à classificação de menor potencial ofensivo. Nessa mesma rota, torna-se relevante que o art. 366 do CPP não incida nos processos submetidos à JMU, na qual imperam as regras atinentes à citação por edital – art. 284 e seguintes do CPPM.

Por esse vetor, se o direito maior da sociedade resta protegido pelo Sistema Penal Especial, inexiste qualquer ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF/88.

Sendo o agente processado e julgado conforme demandam as normas legais e constitucionais, os interesses de segurança da sociedade, mediante a prevenção geral e especial imanentes à JMU, prevalecem e de nenhuma forma desprezam o referido cânone.

Nesta oportunidade, aduz-se breve comentário ao novo contexto legal que aumentou a competência penal da JMU. Com a promulgação da Lei n° 13.491/17 – Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar –, a tipicidade indireta prevista no art. 9º do COM passou a atrair, além de sua Parte Especial, a do Código Penal comum e as demais Leis Extravagantes.

O Poder Legislativo, por essa inciativa, novamente reconheceu a importância da JMU em face do complexo cenário brasileiro, oferecendo-lhe novas ferramentas normativas, visando ampliar a competência da Justiça Especializada e, dessa forma, aperfeiçoar a tutela dos serviços prestados pelas Forças Armadas à sociedade brasileira.

A nova Lei ampliou a competência da JMU, a qual, além dos crimes militares previstos na Parte Especial do CPM, agora também tratará de outros previstos nas Leis Extravagantes. Todavia, esta complementação competencial não pode ser desvirtuada mediante a substituição de tipos penais, previstos no CPM, por outros da Legislação Extravagante, pois, na dúvida, o Princípio da Especialidade deve prevalecer. Do contrário, haverá grave ataque aos misteres constitucionais da JMU.

A clara intenção do legislador jamais vislumbrou a substituição do CPM por outras leis. O propósito é agregar complementos legais aos vazios materiais da JMU. Trouxe para a sua competência tipos penais que antes não eram submetidos aos seus exclusivos vetores, os quais, ao invés da óptica comum, agora serão guiados pelo Juízo Especializado, conhecedor das peculiaridades próprias do estamento militar.

Nesse quadro, deve-se perceber que caberá à Magistratura castrense, cumprindo com esmero o mister confiado pelo Poder Legislativo, a contextualização dos tipos penais previstos no CP comum e nas Leis Extravagantes aos primados regentes da JMU. Não se mostra concebível que haja, apenas, a importação dos casos, sem a devida passagem pela cortina de adaptação à robusta base principiológica à qual estarão submetidos.

Assim ocorre porque, se antes esses casos eram processados e julgados no âmbito comum, muitos, agora, estarão subsumidos ao art. 9º do CPM, por terem ofendido a mais cara ferramenta de defesa da sociedade, o que altera, no todo, a perspectiva do Princípio da Proporcionalidade.

Por maiores razões ainda, impõe-se à Magistratura Castrense manter incólume a forma especial como ruma a jurisprudência no tocante aos tipos penais previstos na Parte Especial do CPM, para o tempo de paz e de guerra.

No contexto da Lei n° 13.491/17, sobressai extremamente lógico, portanto, que o ordenamento impõe aos operadores do Direito Militar a remodelação, conforme as bases da JMU, dos tipos penais previstos no CP comum e nas Leis Extravagantes. E não o contrário, ou seja, o descalabro técnico de flexibilizar a Parte Especial do CPM aos desconexos comandos da seara comum, os quais, exatamente por serem estranhos à especialidade castrense, reforçam a impositiva perenidade da JMU.

3. CONCLUSÃO

A JMU existe para proteger a integridade da *ultima ratio* do Estado, punindo qualquer militar ou civil que afete as Forças Armadas, as quais não funcionam sem os seus valores e princípios base. Estas não pertencem aos militares, nem são regidas conforme os seus interesses privados. Pelo contrário, devem ter todas as condições para operar, justamente porque estão incumbidas de prover a segurança do País. Os seus integrantes, completamente submetidos ao interesse público, são ferramentas de defesa postas à disposição de todos os brasileiros, inclusive, se necessário, com o sacrifício de suas próprias vidas – art. 31 do Estatuto dos Militares.

Pensar diversamente retrata desconhecimento sobre as atividades castrenses e os reflexos benéficos que trazem para a sociedade. Reflete, ainda, opiniões pessoais para afastar os reais motivos de a CF/1988 ter tutelado, especialmente, as Forças Armadas, as quais, focadas na segurança de todos, principalmente na dos civis, não podem ser gradualmente desconsideradas.

Os integrantes das Forças Armadas, para bem cumprirem os seus encargos, os quais estão a serviço dos próprios civis, precisam da cooperação de todos os brasileiros. A Constituição Federal dispôs estrutura própria à JMU, justamente para respaldar as atividades das Forças Armadas, em prol do patrimônio material, humano e moral do País.

Ao prever a possibilidade de a JMU processar e julgar os civis, o legislador reforçou que eles integram o Sistema de Defesa Nacional, pois também, como os militares, devem respeitar e permitir que a *ultima ratio* do Estado cumpra o seu múnus constitucional, aspecto indispensável para o sucesso das operações, sempre focadas na paz social.

Os segmentos civil e militar, como resultante da soberania do país, devem permanecer harmônicos, pois a sintonia de ambos influencia no desenrolar das atividades castrenses de grande vulto, em benefício da Defesa dos próprios interesses da sociedade em geral.

O sistema constitucional, declinado à JMU, não visou à categoria dos réus – civis ou militares – mas sim aos valores intrínsecos a serem mantidos para a segurança interna e externa do país.

Ninguém pode ferir o investimento social realizado nas Forças Armadas, em especial a sua credibilidade. Os civis e os militares são submetidos à JMU e ambos à Justiça Comum, logo a isonomia está garantida.

A JMU não se mostra corporativista, tampouco parcial no sentido de amainar a situação penal dos integrantes das Forças Armadas, senão em conformidade com as estritas provas dos autos.

Movidos por comparações descabidas e tomando como referência países que têm estruturas diametralmente dessemelhantes, por vezes sem o garantismo verificado no Brasil, muitos juristas, por iniquidade, embasam a incompetência da JMU para processar e julgar civis.

Os Juízes Federais da JMU, os membros do Ministério Público Militar da União e a Defensoria Pública da União atuam sob nítido respaldo constitucional, e tomam posse somente depois de acirrados concursos públicos.

Não se pode comparar a JMU com as de outros países, nos quais há Cortes Marciais, compostas apenas por militares na função de juízes do colegiado e, em sua maioria, pertencentes ao Poder Executivo. No Brasil, a JMU integra o Poder Judiciário, sendo possibilitada à Defesa a interposição de recursos em todas as instâncias, até mesmo o Extraordinário dirigido ao STF, sem diferenciar autores – militar ou civil – nesse devido processo legal constitucional.

Ademais, a composição do STM está em sintonia com os demais Tribunais – art. 123 da CF/1988.

Nesses termos, num viés democrático e garantista, a submissão de civis à JMU encontra total respaldo constitucional, porque integra o Poder Judiciário, sem nenhum contorno de corte marcial.

Por esse esquadro, o ordenamento penal e processual regente da JMU deve ser mais rígido e adequado, logo consentâneo à premência de suas decisões.

Para a eficácia do exercício da jurisdição da JMU e a otimização dos recursos públicos nela aplicados, os agentes políticos do Estado, universo que inclui os Poderes Constitucionais, devem aprofundar a compreensão do imensurável valor envolto na questão abordada, a qual diz respeito às riquezas naturais, à proteção e à garantia da democracia, do desenvolvimento do patrimônio humano e material nacionais, enfim, à paz social, ao futuro e à soberania do Brasil, justificando a motivação de sua existência.

Dessa forma, fica bem caracterizada a JMU como protagonista na sustentação da soberania nacional.

AS RELAÇÕES DIALÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS COMO ENUNCIADO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA INTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha[449]
Ministra do Superior Tribunal Militar

RESUMO

O presente artigo faz uma análise acerca do Controle de Convencionalidade, partindo, inicialmente, da abordagem acerca das importantes atribuições da Corte Interamericana como órgão competente a resguardar os Direitos Humanos presvistos em tratados e convenções. Tendo como norma paradigma os normativos internacionais sobre direitos humanos (Tratados e Convenções incorporados pelos países signatários), o texto adentra acerca do controle de convencionalidade, abordando as formalidades de sua execução no âmbito do país signatário, apontando os efeitos desse controle. A idéia de soberania também faz parte da discussão no artigo, inclusive para reforçar a necessidade de fazer o Controle de Convencionalidade. Ao final, o trabalho reafirma a importância de se trazer os tratados e convenções que dispõem sobre Direito Humanos ao debate, como normas de envergadura supralegal e de parâmetro valorativo para o controle do Direito humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Tratados e Convenções. Supralegalidade. Soberania.

ABSTRACT

This article analyzes the Conventionality Control, tracing points about the important attributions of the Inter-American Court House as the competent Court to protect the Human Rights, foreseen in Treaties and Conventions. Having as a paradigm norm the international norms on human rights, the text enters about the Conventionality Control, describing the formalities of its execution within the signatory country, pointing out the effects of this control. The idea of sovereignty is also part of the discussion in the article, including to reinforce the need to Conventionality Control. In the end, the article reaffirms the importance of bringing the Treaties and Conventions that provide for Human Rights to the debate as norms of supra-legal scope and evaluative parameter for the control of humanitarian rigths.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights. Conventionality Control. Treaties and Conventions of Human Rigths. Supra-Legal. Sovereignty.

---

[449] Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

INTRODUÇÃO

1. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra ensejaram a discussão acerca das punições cabíveis aos perpetradores dos crimes de lesa humanidade evidenciando a necessidade de um controle mundial. Firmada pelos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Bogotá, no ano de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres da Pessoa tem por propósito assegurar a observância das garantias essenciais do indivíduo e, sob sua égide, foram criadas a Comissão em 1959, com atividades iniciadas em 1960, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[450]

Em novembro de 1969 celebrou-se na cidade de São José da Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre direitos humanos, na qual os delegados, membros da OEA, redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vigente a partir de 18 de julho de 1978, num momento em que a maior parte dos Estados da América Central e Latina eram dominados por regimes ditatoriais.[451]

O Tribunal foi formalmente instituído em 22 de maio de 1979 com a eleição inaugural dos juízes da Corte, sendo a primeira reunião realizada em 29 de junho daquele ano na sede da Organização dos Estados Americanos em Washington. O Tribunal integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e integra um dos três Tribunais Regionais de Proteção à Pessoa, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

A CIDH composta por sete juízes julga contenciosos entre cidadãos e Estados, além de supervisionar a aplicação de suas sentenças e ditar medidas cautelares. Sua jurisprudência teve o condão de desestabilizar as ditaduras latino-americanas, exigir justiça e reparações, findar impunidades, tudo em prol do fortalecimento das instituições democráticas da Região, num embate que se perpetua em prol da defesa do indivíduo e dos grupos vulneráveis.

O regulamento atual vige desde 1º de janeiro de 2010 e seu Estatuto, desde 1979. Dentro das atribuições jurisdicionais, a Corte perscruta se o Estado aderente incorreu em responsabilidade internacional pela vulneração de alguma garantia reconhecida na Convenção ou demais tratados de direitos humanos aplicáveis no marco do sistema interamericano. Por esta via, o Tribunal supervisiona o cumprimento de suas sentenças, solicita informações ao país condenado sobre a adoção das medidas recomendadas, dentro do prazo outorgado, em favor das vítimas ou de seus representantes com vistas a orientar as ações do Estado sancionado, fazendo-o informar à Assembleia Geral o adimplemento do caso julgado.

---

[450] Uma abordagem histórica sobre a evolução do sistema interamericano de direitos humanos pode ser encontrada em: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**. *In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.* São Paulo: RT, 2000, pp. 103-151.

[451] Sobre os Estados aderentes, data de assinatura, ratificação da adesão, depósito, aceitação da competência da Corte IDH e da Comissão Interamericana consultar: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_ Americana_Ratif..htm. Acesso em: 01/09/2018. Relembre-se ter a República Bolivariana da Venezuela denunciado, no ano de 2012, à Convenção de Direitos Humanos da OEA.

O acesso à jurisdição da CIDH dá-se por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que funciona como juízo de admissibilidade autorizativo do acesso da insurgência. A Corte é, pois, o órgão judicante, e a Comissão o órgão de estudo e consenso.[452]

As sentenças exaradas são definitivas, inapeláveis e vinculantes, e as votações secretas. A CIDH possui atribuições consultivas e contenciosas que abrangem tanto o direito interno dos membros signatários quanto o direito internacional.[453]

Os processos julgados tornam-se precedentes emblemáticos e revestem-se numa fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os Tribunais Nacionais, já que, estes últimos, apreciam litígios que muitas vezes requerem solução à luz da Convenção. Neste sentido, o acervo jurisprudencial da CIDH impacta e transcende os limites subjetivos da coisa julgada *in concreto*, posto impor reformas jurídicas nas legislações domésticas para se adequarem aos postulados garantistas do sistema protetivo. Agregue-se a necessidade de um acervo decisório uníssono e coerente para todos os Estados do hemisfério americano. Por último, relembre-se que países como a Colômbia e o Peru, reconhecem em suas Constituições a eficácia direta e aplicabilidade imediata das sentenças da Corte IDH, ainda inadmitidas no Brasil, razão pela qual se afigura para eles como um tribunal supranacional.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL.

2.1 Controle de Convencionalidade no âmbito interno

Feito este breve escorço sobre a Corte IDH, cumpre adentrar no controle de convencionalidade e a sua aferição no âmbito interno e internacional.

Certo pressupor seu manejo uma inter-relação dos tribunais nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos. Traduz-se na análise da compatibilidade das normas internas de um Estado com os tratados e as convenções humanitárias do sistema interamericano, com o fito de suprimir, revogar ou suspender seus efeitos jurídicos quando afrontarem os diplomas internacionais que o integram, quais sejam: a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e os demais subscritos sob sua égide.[454]

---

[452] Para um maior aprofundamento sobre o funcionamento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *vide:* GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos. Curso Elementar.* 4ªed, São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 153-185.

[453] Dentre os temas mais destacados encontram-se as obrigações estatais no tratamento dos detentos; o devido processo legal; o direito à associação; o direito de circulação e o de residência; o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais; o direito à família; o direito à honra e à dignidade; o direito à isonomia legal; a independência judicial; o direito à integridade pessoal; a liberdade de consciência e de religião; a averiguação do desaparecimento forçado de pessoas; as regras de direito humanitário; os direitos de autor; o deslocamento forçado; o estado de emergência; as exceções preliminares; a garantia do ***habeas corpus;*** o combate à impunidade; o deferimento das garantias judiciais; o indulto; as garantias dos incapacitados mentais; as reparações; a observância dos princípios gerais do direito internacional; a abolição da pena de morte; o direito dos povos indígenas e minorias; o banimento dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; o terrorismo; a suspensão de garantias; a liberdade de pensamento e de expressão e o acesso à informação.

[454] Efetivamente, *"no continente americano, o controle de convencionalidade encontra fundamento jurídico na própria lógica do sistema (o direito interno deve guardar compatibilidade com os direitos*

À evidência, tal averiguação guarda correlação com a fiscalização da constitucionalidade, ao menos em seus grandes delineamentos; contudo os pressupostos diferem, sabido possuir a convencionalidade escopo mais abrangente podendo alcançar, até, os dispositivos magnos.[455] De toda a sorte, nada impede que a adequação das normas domésticas às Convenções de Direitos Humanos assuma feições de controle de constitucionalidade ou convencionalidade, a depender do parâmetro que se utilize. Este último possui um itinerário que abrange dois níveis: o nacional, quando os juízes locais, *incidenter tantum,* conhecem *sponte propia* ou em petitório, em sede difusa, a desconformidade da norma doméstica com a Convenção; e o internacional, quando é a própria Corte IDH que o realiza, em controvérsias concretas a ela submetidas, sobre o qual se tratará no tópico 2.4.[456]

---

humanos, cabendo ao Estado garantir essa compatibilidade), bem como em previsões expressas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e de diversos tribunais nacionais)." PACHECO, Pablo Viana. *Normas Constitucionais inconvencionais*. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p.121.

[455] A distinção entre ambos foi assentada na decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional Francês. Leia-se: *« [...] 2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution :* "*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*" *; 3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ; 4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; 5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international [...]. »In :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/74-54DC.htm. Acesso: 28/08/2018.

[456] Na lição de José Felix Palomino Manchego e Domingo García Belaunde, assim se definem os níveis da convencionalidade: "*a) Internacional: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional. b) Interno: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado,*

Certo deterem os tratados de direitos humanos internalizados no Brasil *status* supralegal, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica incorporado ao ordenamento doméstico pelo Decreto nº 678 de 1992, veiculador da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e se estes restarem contrariados pelo *Corpus Iuris* Pátrio se imporá a ilegalidade ou a inconvencionalidade do dispositivo conflitante.

Conforme lição de Mazzuoli:[457]

> A primeira ideia a fixar-se [...] é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno.

O malferimento legal poderá ser reconhecido pelos magistrados no bojo de processos judiciais concretos, independentemente de provocação das partes, haja vista competir-lhes aplicar o Ordenamento Jurídico, independentemente da alegação formulada pelas partes. Não é juridicamente admitido, contudo, em tratados de envergadura supralegal, o manejo de ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, julgadas originariamente pelo STF), por inexistir violação ao regramento máximo.

Sob o ponto de vista prático, ao contrário do estabelecido na constitucionalidade difusa, os Tribunais não estarão limitados pela chamada "cláusula de reserva de plenário", prevista no art. 97 da Constituição, podendo indicar a ilegalidade sem o *quorum* majoritário.

Acorde o mesmo fundamento, se um Tribunal nacional entender que determinada norma *interna corporis* não afronta o conteúdo de um ato exógeno de caráter supralegal, cabível o Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, visto que a situação equipara-se, *mutatis mutandi,* à violação de lei federal.

Contudo, se o Pacto for internalizado com peso magno como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida na ordem jurídica pelo Decreto 6.949/2009, passível é a aferição abstrata no STF. Dessa forma, qualquer regra que contrarie o teor dos pactos internacionais deste jaez violará a Carta Política; logo, será passível de arguição em sede de aferição originária e abstrata.

Isso porque, consabido poder a incongruência ser combatida judicialmente por meio de dois sistemas fiscalizatórios: a) o difuso, no qual o magistrado reconhece e declara a discordância normativa no caso concreto e *inter partes*, independentemente de provocação e b) o concentrado, onde o Supremo Tribunal Federal apreciará diretamente o desacatamento legal nos termos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, por intermédio do

---

abarcando sus fuentes internas e internacionales." **El Control de Convencionalidad en el Perú.** *In: Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, ISSN 1027-6769, p. 224.

[457] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em qualquer das hipóteses, o Pretório Excelso deliberará por maioria absoluta de seus membros, *ex vi* do art. 97 da CF. Por último, na arguição incidental, cabível a interposição de Recurso Extraordinário para questionar, em sede recursal, a norma objurgada naquela Corte.[458]

2.2 Autoridades que podem fazer o controle de convencionalidade em âmbito nacional

O controle de convencionalidade no marco do Sistema Interamericano foi suscitado pelo ex- presidente da Corte, o juiz Sérgio Garcia Ramirez, em voto concorrente no **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**, em 2003.[459] Com maior alcance e detalhamento, no ano seguinte, o magistrado pronunciar-se-ia em novo voto concorrente, no **Caso Tibi Vs. Ecuador**, assinalando a conformação desta jurisdição.[460] Seu pleno deline-

---

[458] **COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos.** *Notas sobre o controle de convencionalidade*. Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade. Acesso em: 06/12/ 2017.

[459] *In litteris: "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".* CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 29/08/2018.

[460] Leia-se: "[…] *2. Como se ha dicho con frecuencia, la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el conocimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva --carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada-- que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso. 3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía. 4. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría --ni lo pretende-- traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira --mucho menos todavía que el órgano nacional-- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que*

amento e configuração descortinar-se-iam, porém, no **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**, em setembro de 2006, quando a Corte IDH admitiu, em definitivo, que dita aferição lhe competia originária e exclusivamente, ao apreciar processos nos quais se questiona a correta incidência da Convenção pelas legislações domésticas dos Estados Partes.[461]

De regra, em âmbito nacional, os juízes domésticos seriam aqueles que apontariam o modo de aplicação do direito internacional dos direitos humanos ao direito nacional, em atenção à máxima *iuris novit curia*.

Todavia, no **Caso Gelman Vs. Uruguai,**[462] o Tribunal Interamericano decidiu que todos os órgãos estatais, e não só o Judiciário, devem fazê-lo, de forma que quaisquer autoridades públicas possuem esta relevante incumbência.

---

expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. 5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos. 6. Consecuentemente, en la lógica del sistema --y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste-- reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno --que son el puente entre el sistema internacional y el nacional--, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto --un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información-- lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación." CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2004. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 29/08/2018.

461 "*124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"150. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. 126.*" CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf . Acesso em: 29/08/ 2018.

462 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 21/09/2020.

> O mecanismo "(...) diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)." [463]

Trata-se de um modelo de entrelaçamento claro de ordenamentos que desembocam nos agentes e servidores do Estado com poder decisório e que devem, por óbvio, aplicar o Direito como um todo, e não meramente a lei.

Certo ser a Judicatura a detentora do controle de convencionalidade por excelência, contudo, para além da aferição jurisdicional, possível vislumbrá-lo tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo. Ambos se obrigam a correta observância dos tratados internacionais, em especial, os de direitos humanos, em seus respectivos âmbitos competenciais.[464]

O Parlamento controla, preventivamente, a convencionalidade dos projetos de lei ou de emendas à Constituição em tramitação e o Executivo os aplica após sanção e publicação, podendo antes vetar.

Segundo Ferrer Mac-Gregor o controle de convencionalidade de tratados internacionais é tarefa de toda a estatalidade. Embora a figura tenha se consolidado nos cenários nacionais a partir das cortes supremas de Justiça, deve-se ter em conta sua extensão e cultura ampliadas que não se limitam aos magistrados, alcançam toda a estrutura do Poder Público. Daí porque, "*as autoridades podem, senão devem exercer o controle de convencionalidade*."[465]

Tal como colocado, Valério de Oliveira Mazzuoli[466] pondera que, se durante o processo legislativo o Congresso Nacional (Câmara e Senado) controla, preventivamente, a constitucionalidade das leis, da mesma forma há de controlar a convencionalidade da produção normativa, devendo rejeitar projetos inconvencionais, mesmo se guardarem compatibilidade com a Lei Maior. Dito procedimento preventivo evita que a regra aprovada venha a ser declarada inconvencional futuramente pelo juiz.

Por igual, o Poder Executivo é responsável pelo controle de convencionalidade, notadamente, no exercício do veto ou sanção presidencial.

O administrador público, outrossim, deve respeitar a Constituição, as leis e atender aos comandos dos tratados internacionais, mormente, se forem mais benéficos aos admi-

---

[463] GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. In: Revista Jurídica, v. 1, n. 46, Curitiba: 2017, p.6.

[464] Vide: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In: Revista de Processo, 2014, p. 363.

[465] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **O Controle de Convencionalidade no Brasil**. *In: O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais*, Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer. 2016, Brasília.

[466] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, Op. cit,* p. 116.

nistrados. Enfatize-se que a expedição dos atos administrativos ou a celebração de contratos amparam-se na supremacia constitucional e na presunção de legalidade, em respeito aos postulados do Direito Administrativo que, por óbvio, incluem os Pactos Internacionais.

Ao fim e ao cabo, os três poderes das respectivas esferas federadas – União, estado-membro e municípios – submetem-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto lhes incumbe indistintamente parcela de responsabilidade no acatamento e na averiguação da legalidade e do respeito à Pessoa.

2.3 Parâmetros e efeitos da convencionalidade

Discute a doutrina tópicos transcendentes relativos ao controle de convencionalidade. Consabido dirimir a Corte Interamericana não somente as controvérsias *sub judice,* mas emitir, também, opiniões consultivas de relevante valor e obrigatoriedade.

A questão que se coloca é se a opinião consultiva obriga ao Estado aderente da Convenção porquanto desprovida de caráter jurisdicional? Mais, integraria ela o bloco de convencionalidade?

Na esteira de García Belaunde, o fato de a opinião consultiva emanar de um órgão judicante não lhe empresta caráter jurisdicional, pelo que, à vista da inexistência de jurisprudência propriamente dita, não se pode invocá-la no controle incidental.[467]

Ao definir o bloco de convencionalidade Ferrer Mac-Gregor pontua que, em princípio, o parâmetro do controle difuso é a Convenção e o Pacto de São José da Costa Rica e a interpretação da Corte IDH sobre eles. Mas, a própria jurisprudência tem ampliado o *corpus iuris* interamericano em matéria de direitos humanos para fundamentar suas sentenças, não devendo passar inadvertido ser o referido Pacto quem autoriza a inclusão no regime de proteção da Convenção pelo reconhecimento de outros direitos e liberdades a teor dos arts. 76 e 77.

Nessa senda, São José estabelece como farol interpretativo a ausência de restrições aos efeitos produzidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que se projetam sobre os demais atos de igual natureza. Neste particular, ilustrativas as reflexões do juiz García Ramírez no **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**,[468] cuja fundamentação transcende os documentos regionais fundacionais para incluir o Protocolo de São Salvador, o Protocolo relativo à abolição da pena de morte, a Convenção para prevenir e sancionar a tortura, a Convenção de Belém do Pará para a erradicação da violência contra a mulher, a Convenção sobre o desaparecimento forçado, dentre outros documentos.

---

[467] BELAÚNDE, Domingos García. Nas suas palavras: *"Sabemos que el control difuso se practica en el* ***common law*** *en donde opera el sistema del precedente. Y dentro desta práctica, existe el llamado* ***overruling*** *o revocación del precedente, que puede ser total o parcial e incluso mantenerlo, pero disminuyendo o matizando sus alcances (****distinguishing y limiting****). Este método es conocido perfectamente en el mundo del control difuso, y no veremos por qué no puede hacerlo un juez nacional. De lo contrario, tendríamos que consultar en cada caso a la Corte Interamericana su sentido […]."* **El controle convencionalidad y sus problemas**. *In: Pensamiento Constitucional*, nº 20, 2015/ISSN 1027-6769, p. 143.

[468] CORTE INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 21/09/2020.

Finalizando o tópico, resta abordar os efeitos da declaração de inconvencionalidade. Nestor Sagües salienta importar a desconformidade convencional na invalidez da regra, por carecer ela, desde a origem, de efeitos lídimos. A declaração produz um dever judicial concreto de inaplicação do preceito atacado, destituindo-o, desde a vigência, de vigor jurídico, o que equivaleria a reputá-lo inexistente *ex tunc*. Saliente-se ser a norma doméstica inaplicável na positividade estatal não derrogada ou revogada pela Convenção.[469]

2.4 Controle de Convencionalidade no âmbito internacional

Gomes Canotilho[470] conceitua o Estado como uma forma histórica de organização jurídica do poder relativamente em crise em face do fenômeno da globalização e da integração interestatal. Não quer isso significar, contudo, que a soberania[471] esteja em risco, o momento é de redefinição, realocação no cenário mundial e redirecionamento.[472] Isso porque, ao longo dos anos, vislumbrou-se a necessidade de integrar comunidades transnacionais, cujas fontes heterogêneas e eventuais conflitos normativos desencadearam a assinatura de diversos tratados e convenções internacionais. A consequência é a abdicação dos países signatários de parte da *majestas*, o que não equivale à sua extinção ou supressão, porque previamente anuída por eles. Nesse diapasão, o Estado:

> utilizando-se de sua reconhecida capacidade de autodeterminação, conduz a sua atuação em cenário internacional de acordo com prioridades que ele mesmo elege, abrindo mão de parcela de seu poder, certo, mas só daquela parcela de que ele próprio consente em dispor em favor de objetivos que justifiquem semelhante sacrifício.[473]

---

[469] SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El control de convencionalidade**. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *In: La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina?* México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, T. II, p. 452.

[470] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 83-84.

[471] *"A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efectividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o alter ego soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (superiorem non recognoscem)." Idem,* p. 83.

[472] MENDES, Leonardo Castanho**. O Direito Interno e o Direito Internacional. Monismo e Dualismo. O caso particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos.** *In:* PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos.* V. Curitiba: Juruá, 2011, p. 668.

[473] *Idem,* p. 668. Nesse rumo, releva invocar os dispositivos internacionais assumidos livremente pelo Brasil ao ratificá- los. São eles: o art. 1º da Convenção Americana que estabelece o dever dos Estados de respeitar e garantir os direitos que enumera: "*Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".* O art. 2º da CADH que estatui a obrigatoriedade de os Estados adequarem seu direito interno à Convenção: "*Dever adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."* O artigo 63.1 da Convenção Interamericana que resguarda a proteção e reparação ao direito violado: "*Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso*

Acorde Sidney Guerra o processo de elaboração da Carta promulgada em 1988 elevou o Brasil a patamar inédito no tocante ao resguardo e à proteção aos direitos humanos, nomeadamente em razão do compromisso programático firmado perante a Comunidade das Nações. Devido a tal postura, consolidou um todo harmônico entre os sistemas normativos.[474] Por decorrência, a comunicação entre regras endógenas e exógenas no ordenamento jurídico relativas à proteção à pessoa passou a ser uníssona.

Tal interpenetração poderia gerar questionamento acerca dos limites da soberania numa eventual colisão normativa, mas tal não se vislumbra.

Desde a promulgação da Lei Fundamental Brasileira, o país tem se preocupado com a implementação e incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Nesse norte, ratificou diversos tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, a par de haver reconhecido a jurisdição da Corte IDH em dezembro de 1998.

Tais Pactos soerguem-se como pilares da diplomacia universal porquanto representam manifestações da vontade popular em favor da manutenção da paz na sociedade globalizada. Historicamente, os acordos internacionais fundavam-se em princípios consuetudinários, de viés político. Contudo, após dois conflitos mundiais de grandes proporções, tornou-se imperiosa a criação de um sistema mundial mais confiável. Nessa seara, o primeiro sucesso obtido foi a assinatura da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 23 de maio de 1969, que lançou os pilares dogmáticos do direito internacional público, nos moldes concebidos na contemporaneidade. Graças a ela, os Atos Internacionais tornaram-se, ao lado das legislações internas, a base legal fundacional dos Estados. A Convenção de Viena possui tamanho relevo, que se iguala em importância com a Carta de Organização das Nações Unidas.[475]

Neste contexto, plenamente admissível sob a ótica do respeito à *potestas* estatal, o controle internacional de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.[476]

---

for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida de ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada." Os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados que determina, respectivamente; "*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé "* e *"Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".*

474 GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 173. Nas palavras do autor: "*De fato, atualmente há uma grande interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que acabam por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica brasileira."* p. 174.

475 ARZATE, Enrique Uribe. *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad.* México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012, p. 13 *et seq*. Adotando como princípios o livre consentimento, a boa-fé e a *pacta sunt servanda*, determina que o Estado não pode invocar sua lei interna para justificar o descumprimento de um tratado de que seja parte.

476 Nesta perspectiva, DELMAS-MARTY sustenta a necessidade de solucionar a tensão entre a competência do Estado e da Comunidade Internacional, o que se busca realizar a partir da apresentação do ajustamento das relações, por meio dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Isto porque, o princípio da subsidiariedade ao atuar conjuntamente com o da proporcionalidade intenciona não limitar e dividir puramente a competência, mas regulá-la. In: Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme

Está-se diante de jurisdição supranacional, chamada a exercitar a confrontação da legislação doméstica sob a égide do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu caráter é subsidiário ou complementar ao ordenamento endógeno, somente atuando em razão do absenteísmo nacional. Esgotados os recursos internos sem qualquer solvência, instaura-se o processo internacional, mediante solicitação à Comissão em Washington. E, se nesta esfera restaurar-se o direito vulnerado, não será aberta a controvérsia,[477] pois a ideia é oportunizar aos aderentes a resolução do litígio, por meio da utilização de seus mecanismos legais.

> En suma, el control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, aceptado por cada país y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. Representa, además, congruencia con un propósito innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (o no debería) conducir a un activismo desenfrenado. Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza. En su propia vertiente, el control de convencionalidad se halla al servicio de la justicia y de la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular, sino que debe aplicarse con prudencia.[478]

O Brasil reconheceu como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte IDH, bem como se obrigou, nos termos do art. 68.1 da CADH a cumprir suas decisões.[479] Enfatize-se ter o parágrafo 3º do artigo 5º da CF possibilitado o controle convencional das normas infraconstitucionais. O advento da EC nº 45/2004 aprofundou, ainda mais, o exercício do mecanismo, tanto em sede abstrata quanto incidental, pelos tribunais pátrios.

Seguro inexistir hierarquia de normas impostas pelos sistemas global ou regional, mormente, em se tratando de proteção ao indivíduo. É o ordenamento endógeno que imporá a supremacia de tal ou qual regra externa. Tanto é assim que muito se debate acerca da superioridade ou mesmo constitucionalidade das normas oriundas de determinados tratados e convenções na positividade.

---

ordonné. Paris: Seuil, 2006.

[477] PACHECO, Pablo Viana. *Normas Constitucionais Inconvencionais*. *Op. cit,* p.128. Nas palavras de Sidney Guerra, "o *controle de convencionalidade das leis tem recebido especial atenção nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade). Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção." O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

[478] MANCHEGO, José F. Palomino e BELAUNDE, Domingo García. *El Control de Convencionalidad en el Perú*. *Op.cit,* p. 226. Sobre o tema consultar: RAMÍREZ, Sergio García**. El control judicial interno de convencionalidad**. *In:* Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Querétaro: Fundap, 2012, p. 213 *et seq.* De Ferrer Mac-Gregor ver ainda: *Estudios jurídicos*. México: UNAM, 2001*; La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México D.F.: Editorial Porrúa, 2003 e, também, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México: Editorial Porrúa, 2007.

[479] V*erbis:"Art. 68- 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes."*

Por isso, o controle de convencionalidade exsurge como um problema latente nos âmbitos do Poder Público a refletir-se na inter-relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno.[480]

Acerca do tema, Manuel Becerra Ramírez leciona:

> Toda vez que el Derecho establece que los tratados tienen su origen en la voluntad soberana del Pueblo, expresada en la Constitución, en donde precisamente residen los fundamentos de los Estados para la suscripción o adhesión a tratados internacionales, mediante los cuales los Estados se auto limitan y después no pueden desconocer esas obligaciones; es comprensible que el Estado dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones.[481]

A despeito de o Supremo Tribunal haver firmado ser o sistema constitucional brasileiro dualista moderado, posto inexigir a edição de lei para a incorporação do ato internacional ao regramento interno – visão dualista extremada –, mas demandar a adoção de um *iter* procedimental que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencionado, não quer isso significar a desvinculação, ou mesmo a adoção *à la carte,* das determinações por parte do Brasil, do Sistema Interamericano ao qual aderiu.

Some-se, o art. 4º, inciso II, da Carta Republicana, dispor sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, pelo que chancela os tratados de resguardo jus humanitários, tanto mundialmente quanto regionalmente. Incontestável, então, deter o Estado Brasileiro competência para verificar a congruência entre o ato endógeno – Constituição, lei, regulamento, *etc* – com as disposições exógenas em favor da Pessoa Humana. Dessa verificação decorrem a convalidação ou a invalidação do ato nacional contrário ao ordenamento externo.[482]

Certamente, os sistemas normativos estatais dispõem de meios mais eficazes para obrigar os jurisdicionados a acatarem as leis e os compromissos assumidos internacionalmente pelo país. Afinal, os tratados subscritos espelham a vontade popular ratificada pelo Parlamento.

---

[480] Uma aprofundada e minuciosa análise sobre o controle de convencionalidade como um mecanismo garantidor e protetivo dos direitos humanos e seu exercício no Estado Mexicano pode ser lida na obra de CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. *El Control Difuso y la Recepción del Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos en México.* México: Editorial Porrúa, 2016.

[481] ARZATE, Enrique Uribe. *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad.*(Coord.). México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012. p. 15.

[482] Na síntese de Domingos García Belaunde, o controle da convencionalidade adota o seguinte procedimento: "*a) Nasce por decisión de la Corte Interamericana; b) se aplica en esa sede solo al caso concreto; c) se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte; d) de oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y e) los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver."* **El controle convencionalidad y sus problemas**. *In: Pensamiento Constitucional*, Nº 20, 2015/ISSN 1027-6769, p.140. O confronto dá-se perante toda e qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia. Dita aferição poderá até analisar a compatibilidade dos regramentos constitucionais com as normas previstas no Tratado Internacional de Direitos Humanos. Sobreleve-se, ademais, versar o controle de convencionalidade sobre o cumprimento dos tratados de direitos humanos, uma vez que os demais serão aferidos sob o viés da legalidade. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro.** *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, N. 46 n. 81. Jan/mar 2009, p. 115.

Nesse rumo, o controle de convencionalidade reveste-se, segundo Ferrer Mac-Gregor, na

> obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competências y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que 'defina' o 'imponga' los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.[483]

Apesar das dificuldades em concebê-lo como um sistema genérico, pois, cada Estado-Parte têm peculiaridades legais, ele tem sido recepcionado pelas ordens jurídicas nacionais e acatada a parametricidade dos julgados da Corte IDH.

O raciocínio preconiza a cooperação entre os Tribunais internos e o internacional, sobrelevando o "diálogo jurisprudencial,"[484] como tem feito a Justiça Brasileira ao invocar precedentes da Corte Interamericana para prolatar suas decisões.[485]

Consoante Victor Bazán:[486]

> [...] a aconselhável cooperação entre ambas as instâncias não aponta para uma relação hierárquica entre elas, senão para uma conexão cooperativa na hermenêutica pro homine dos direitos humanos.
>
> É que as constituições políticas dos Estados latino-americanos, com a "força normativa" que lhes é inerente, e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos (principalmente a CADH e a exegese que dela realiza a Corte IDH), conformam um corpo jurídico que orienta a sua

---

483 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano**. *In*: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (Coord). *El Control Difuso de Convencionalidad – Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales.* FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C: 2012, p. 111.

484 DELMAS-MARTY descreve esta interlocução transversal de base jurídica comum nos sistemas nacional e internacional como **cross-fertilization**. O fenômeno da fertilização cruzada encontra-se presente quando, por exemplo, altera-se o ordenamento jurídico nacional para fornecer tratamento especial ao direito internacional ou os tribunais estatais valem-se de precedentes internacionais para prolatarem suas decisões. Para aprofundar o conceito de fertilização cruzada confira-se: *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné, Op.cit*.

485 Cite-se a jurisprudência do Superior Tribunal Militar que em votos condutores e vencidos invocam a Convenção e o Pacto Interamericano de Direitos Humanos, bem assim a própria jurisprudência da Corte IDH para fundamentar suas decisões. *Vide:* Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5**, Relator: Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 16/12/2009, DJe 08-03-2010; **AP (FO) 2008.01.050993-3,** Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 09/12/2009, DJe 16-12-2009; **AP 68-58.2014.7.03.0203**, Relator: Min. Lúcio Mário de Barros Góes. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 06/08/2015, DJe 23-09-2015; **AP 97-32.2015.7.05.0005**, Relator: Min. Artur Vidigal, julgado em 22/03/2018, DJe 23-04-2018;CJ 2008.01.000203-1, Relator: Min. José Américo dos Santos. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 11/03/2010, DJe 29-04-2010; **Emb 11-54.2011.7.03.0103**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 30/10/2013, DJe 19-11-2013; **Emb 32-16.2011.7.07.0007**, Relator: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. **Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, julgado em 04/02/2014, DJe 19-02-2014; **HC 16- 10.2013.7.00.0000**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 28/02/2013, DJe 15-03-201; **HC 106-76.2017.7.00.0000**, Relator: Min. William de Oliveira Barros, julgado em 08/06/2017, DJe 22-06-2017; **HC 127-23.2015.7.00.0000**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 03/08/2015, DJe 17-08-2015.

486 BAZÁN, Victor. **O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial**. *In: Revista da DPU*. nº 41. Tradução de Paulo Paiva. Set-Out/2011. p. 219.

> vigência em direção a um idêntico substrato axiológico: a salvaguarda dos direitos fundamentais, expressão direta da dignidade da pessoa.

Nesse diapasão, a aferição da convencionalidade realizada pela CIDH no âmbito internacional consiste em normal atividade judicante por meio da qual se analisa os casos concretos a ela submetidos, avaliando-se se a norma ou o agir estatal mostrou-se consentâneo com as cláusulas humanitárias, se lhe recomendando, consequentemente, a reforma ou ab-rogação, se contrários.

Do exposto, a convencionalidade é bem mais lata do que o de constitucionalidade; a uma por poder ser exercida externamente nos tribunais quando a atuação judicial interna tiver sido omissa; a duas em razão da congruência da dupla compatibilidade material que norteiam as chamadas "cláusulas de diálogo", consistentes no exame da normatividade doméstica para fazer prevalecer regramentos que tragam mais benefícios à humanidade. Daí porque admissíveis normas constitucionais inconvencionais.[487]

A dogmática valoriza, sobretudo e acima de tudo, o postulado *pro humanitas*, deixando de lado a hierarquia jurídica legal para ressaltar a supremacia humanitária. Nesta perspectiva estrutural, a relação de validade acorda com o critério material voltado para a maior proteção do Homem, pelo que, só há falar em inconvencionalidade quando o resguardo derivado do direito internacional for mais benéfico ao indivíduo do que o estabelecido *interna corporis*.[488]

---

[487] SANTOS, Adriana Prates. *Controle de convencionalidade: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/61365/controle-de-convencionalidade- a-invalidade-da-lei-de-anistia-brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos. Acesso em: 05/06/2018. Um excelente estudo sobre o tema está em PACHECO, Pablo Viana. *Normas Constitucionais Inconvencionais. Normas Constitucionais inconvencionais*. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

[488] Nesse sentido decidiu o STF em precedente paradigmático: "*Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4° 8°, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apre-*

3. CONCLUSÃO

O controle da convencionalidade descortina-se, neste limiar de século, como um dos mais relevantes mecanismos assecuratórios *pro persona* e propicia significativas transformações no interior dos Estados Nacionais. O compartilhamento da *majestas*, associado às formulações dogmáticas do supranacionalismo, ampliaram os espaços de poder que reivindicam direitos há muito consagrados e pouco concretizados.

Nessa perspectiva, os conceitos do liberalismo oitocentista são desafiados pelas novas estruturas jurídicas globalizantes que demandam a igualdade entre os humanos.

Efetivamente, se as formas normativas internas fizeram prevalecer no passado o prestígio da *potestas* estatal, como preconizada por Bodin, a contínua construção cosmopolita-cooperativa das sociedades políticas contemporâneas transcende os dogmas tradicionais da intocabilidade territorial das Nações.

A superação da verticalidade fundamentadora concebida por Hans Kelsen é um exemplo. Está-se diante de uma dialética inédita, na qual o princípio da autodeterminação oferecido pelo Direito das Gentes e explicitado pela regra de divisão entre competência interna e competência internacional, apontam para um novo *pactum* originário: o *pactum unionis*, perspectivando um novo modelo de Contrato Social. Um Contrato que altera arquétipos carcomidos, nomeadamente, o absolutismo da soberania, indispensável para a construção do terceiro milênio.

No Brasil, a hermenêutica consagradora do Supremo Tribunal Federal que atribuiu aos tratados de direitos humanos o *status* supralegal, *minimum minimorum*, cobrou de um país, tradicionalmente dualista, sua responsabilidade humanitária. A consequência inexorável foi o advento de um método paramétrico de valoração das leis a partir de seu conteúdo, e não, de sua posição hierárquico-normativa. Tudo a ver com a convencionalidade!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARZATE, Enrique Uribe. **Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad**. (Coord.). México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012.

---

sentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. **ADI 5240**, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. In: **Revista da DPU**, Nº 41. Tradução de Paulo Paiva. Set- Out/2011.

BELAUNDE, Domingos García. El controle convencionalidad y sus problemas. In: **Pensamiento Constitucional**, n. 20, 2015, ISSN 1027-6769.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (STF). **ADI nº 5240**, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, Processo eletrônico DJ-018 divulg. 29-01-2016 public. 01-02-2016.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5,** Relator: Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, julgado em 16/12/2009, DJ, de 08-03-2010.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2008.01.050993-3**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 09/12/2009, DJe 16-12-2009.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP 68-58.2014.7.03.0203**, Relator: Min. Lúcio Mário de Barros Góes. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha,* julgado em 06/08/2015, DJ, de 23-09-2015.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **AP 97-32.2015.7.05.0005**, Relator: Min. Artur Vidigal, julgado em 22/03/2018, DJ, de 23-04-2018.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **CJ 2008.01.000203-**1, Relator: Min. José Américo dos Santos. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha,* julgado em 11/03/2010, DJ, de 29-04-2010.

_____.Superior Tribunal Militar. (STM). **Emb 11-54.2011.7.03.0103**, Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 30/10/2013, DJ, de 19-11-2013.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. (STM). **Emb 32-16.2011.7.07.0007**, Relator: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. *Voto vencido: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*, julgado em 04/02/2014, DJ, de 19-02-2014.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **HC 16-10.2013.7.00.0000**, Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 28/02/2013, DJ, de 15-03-2013.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM)**. HC 106-76.2017.7.00.0000**, Relator: Min. William de Oliveira Barros, julgado em 08/06/2017, DJ, de 22-06-2017.

_____. Superior Tribunal Militar. (STM). **HC 127-23.2015.7.00.0000,** Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, julgado em 03/08/2015, DJ, de 17-08-2015.

CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. **El Control Difuso y la Recepción del Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos en México**. México: Editorial Porrúa, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Notas sobre o controle de convencionalidade**. Disponível em: http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade. Disponível em: 06/12/2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In: **Revista de Processo**, vol.232/2014, jun. 2014, DTR/2014/2187. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/295705167_o_controle_de_convencionalidade_como_parte_de_um_constitucionalismo_transnacional_fundado_na_pessoa_humana. Acesso em: 29/08/ 2018.

CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS. **Decisão 74-54 DC**. Disponível em:https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm. Acesso em: 28/08/2018.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. Acesso em: 01/09/2020.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS – **DECRETO Nº 7.30**, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007- 2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso 19/9/2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 29/08/2018.

_____. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf Acesso em: 29/08/2018.

_____. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2014. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf Acesso em: 29/08/2018.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 21/09/2020.

_____. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso** (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em:https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 21/09/2020.

DELMAS-MARTY Mireille**. Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. O Controle de Convencionalidade no Brasil. In: **O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais**, Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer, Brasília, 2016.

_____. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (Coord). **El Control Difuso de Convencionalidad** – Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C, 2012.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos. Curso Elementar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.**O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Controle de Convencionalidade. In: **Revista Jurídica**, v. 1, n. 46, Curitiba: 2017.

MANCHEGO, José Félix Palomino e BELAUNDE, Domingo García. El Control de Convencionalidad en el Perú. In: **Pensamiento Constitucional**, N° 18, 2013, ISSN 1027-6769.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Nº. 46, Jan/Mar., 2009.

MENDES, Leonardo Castanho. **O Direito Interno e o Direito Internacional. Monismo e Dualismo. O caso particular do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. *In:* PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos Humanos.* V. 1. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais inconvencionais**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2015.

RAMÍREZ, Sergio García**. El control judicial interno de convencionalidad**. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. FUNDAP – Fundación Universitária de Derecho, Administración y Política, S.C., 2012.

_____. **Estudios jurídicos**. México: UNAM, 2001.

_____. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México D.F.: Porrúa, 2007.

_____. **La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal**, México: Editorial Porrúa, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro**. El control de convencionalidade**. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.). La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina? México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, T.II, 2010.

SANTOS, Adriana Prates. **Controle de convencionalidade: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/61365/controle-de-convencionalidade-a-invalidade-da-lei-de-anistia- brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos. Acesso em: 05/06/2018.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER MILITAR

Mariana Aquino[489]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo o estudo referente à violência de gênero contra a mulher militar, analisando-se alguns crimes militares (previstos no CPM, CP e legislação extravagante), bem como sugerir a adoção de medidas visando à proteção jurídica da mulher militar vítima desses delitos.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero. Mulher militar. Crimes militares. Proteção jurídica.

ABSTRACT

This article aims to study gender violence against military women, analyzing military crimes (in CPM, CP and extravagant legislation), as well as to suggest the adoption of measures aiming at the legal protection of military women victims of these offenses.

KEYWORDS: Gender-based violence. Military woman. Military crimes. Legal protection.

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A mulher militar; 3 Violência de gênero e o crime militar; 3.1 crimes mais comuns previstos no CPM; 3.2 crimes militares extravagantes; 4 Medidas a serem adotadas; 5 Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A violência de gênero consiste em um fenômeno mundial no qual **a mulher é subjugada pelo homem**, que exerce uma dominação simbólica com apoio na sociedade machista e patriarcal que lhe concede direitos e valida suas ações, naturalizando desigualdades entre homens e mulheres, que por vezes culmina na violência (seja ela física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual).

Frases como "bela, recatada e do lar"; "lugar de mulher é na cozinha"; "mulher no volante, perigo constante"; "mulher tem que se dar ao respeito"; "polícia é coisa para homem"; "que bom que tem mulher para enfeitar o quartel", dentre outras, são amplamente

[489] Mariana Aquino. Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União, lotada na 1a Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, no Rio de Janeiro. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Palestrante em eventos voltados ao estudo e fomento do Direito militar e da proteção jurídica à mulher. Coordenadora e Professora em cursos preparatórios para concursos e pós-graduação em Direito Militar.

difundidas e fazem parte do cotidiano feminino, **sempre calcadas na ideia de inferioridade da mulher e de seu papel na coletividade**.

Segundo lição de Fernando Galvão,[490] **gênero** é um conceito que foi cunhado a partir do movimento feminista e permite refletir sobre as desigualdades existentes entre homens e mulheres na sociedade e na cultura ocidental. A noção de gênero permitiu refletir sobre como a relação entre natureza e cultura constrói justificativas para as desigualdades sociais existentes entre homens e mulheres, questionando o dogma de que existe uma relação direta entre as diferenças biológicas e as diferenças sociais que se estabelecem entre homens e mulheres. **Com efeito, os argumentos baseados nas características biológicas, na gestação e na maternidade já não conseguem explicar de maneira satisfatória a desvalorização do papel das mulheres na sociedade e a luta do movimento feminista ainda se mostra necessária nos dias atuais**.

2. A MULHER MILITAR

Segundo dados do Ministério das Relações Exteriores,[491] há, hoje, mais de 22 mil mulheres militares, que **perfazem aproximadamente 7% do efetivo militar brasileiro**. A expectativa é de aumento quantitativo e qualitativo nos próximos anos. A partir da década de 1990, as mulheres começaram a entrar nas academias militares e, desde então, vêm-se destacando profissionalmente em todas as atividades que desempenham.

Desde a Guerra da Independência, a trajetória da mulher militar brasileira foi marcante, balizada por figuras emblemáticas como Maria Quitéria, Ana Néri e Anita Garibaldi, no século XIX, e pelas integrantes do Corpo de Enfermeiras da Força Expedicionária Brasileira na Seial. A partir da década de 1980, a presença feminina nas Forças Armadas foi-se consolidando na Segunda Guerra Mundial, inicialmente nas áreas técnicas e administrativas, e, mais recentemente, como combatentes.

Na **Marinha**, as mulheres começaram a fazer parte dos quadros a partir de 1980, quando o ingresso na força foi regulamentado por lei. Em 25 de novembro de 2012, a capitão-de-mar-e-guerra Dalva Maria Carvalho Mendes, do quadro de médicos do Corpo de Saúde da Marinha, tornou-se a primeira brasileira a alcançar o posto de oficial general das Forças Armadas, ao ser promovida a contra-almirante. A Escola Naval recebeu sua primeira turma de mulheres em 2014, para a especialidade de intendência. Em 2019, as mulheres passaram a ter a possibilidade de ingressar no Corpo da Armada (CA) e no Corpo de Fuzileiros Navais (CFN) da Escola Naval, habilitando-se a participar da atuação operativa de combate da Marinha do Brasil.

No **Exército**, a primeira turma de formação envolvendo mulheres foi aberta na Escola de Administração, em 1992, com 49 alunas. Em 1996, a Força Terrestre instituiu o serviço militar feminino voluntário para médicas, dentistas, farmacêuticas, veterinárias e enfermeiras de nível superior. Nesse mesmo ano, incorporou a primeira turma de 290 voluntárias para prestarem o serviço militar na área de saúde. A partir de 2017, a Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) passou a receber mulheres nas carreiras combatentes nos quadros de logística (intendência e material bélico). Em fevereiro de 2019, a AMAN deu início à

---

[490] GALVÃO, Fernando. O crime militar de feminicídio e seus problemas conceituais. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual: jul-dez 2019, vol.3, n.2. Disponível em:<file:///C:/Users/Administrador/Desktop/artigos/Viol%C3%AAncia%20de%20g%C3%AAnero/material/101-Texto%20do%20artigo-176-1-10-20200318.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

[491] ITAMARATY. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/plano-nacional-de-acao-sobre- mulheres-paz-e-seguranca/14062-as-mulheres-nas-forcas-armadas-brasileiras>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

formação de combate da primeira turma de cadetes com presença de mulheres. O MD tem incentivado a ampliação da participação de mulheres militares em contingentes brasileiros nas operações de paz. Hoje, essa presença corresponde a cerca de 3% do total - sendo aproximadamente 0,4% das tropas desdobradas, 15% dos observadores militares, 12% dos oficiais de Estado-Maior e 10% dos policiais militares, de acordo com dados da ONU de fevereiro de 2019. Por intermédio do Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB), o MD capacita e treina oficiais, policiais militares e civis para atuar em operações de manutenção da paz, tendo em mente a perspectiva dos direitos das mulheres e das meninas, inclusive com rigoroso treinamento contra o abuso e a exploração sexual.

A **Força Aérea Brasileira** (FAB) criou o Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica (CFRA) em 1981, absorvendo, no ano seguinte, sua primeira turma, composta por 150 mulheres de diversas formações. Em 1996, a Academia da Força Aérea recebeu as primeiras mulheres para a especialidade de intendência. A partir de 2003, elas puderam entrar também como aviadoras. A Aeronáutica é, atualmente, a força singular que registra a maior participação feminina em seus quadros - inclusive em postos da linha de frente do combate, como pilotos de caça.

Com relação às **Forças Auxiliares**, o primeiro Estado a admitir mulheres em sua Polícia Militar foi São Paulo, em dezembro de 1955, implementando o chamado Corpo de Policiamento Especial Feminino.

Posteriormente, a partir da década de 1970, vários estados aderiram ao ingresso do corpo feminino aos seus quadros.

Outrossim, o Estado de São Paulo também foi o pioneiro na inclusão das mulheres no seu Corpo de Bombeiros Militares, em 1991, seguido do Estado de Minas Gerais, em 1993; desde então diversos Estados abriram seus quadros para o ingresso feminino.

Vislumbra-se ao longo dos últimos anos um crescente aumento no efetivo feminino nas Forças Armadas e Forças Auxiliares.

3. VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O CRIME MILITAR

Na seara castrense, **a mulher militar é duplamente atingida pela violência de gênero**: em sua condição de mulher e na quebra do binômio hierarquia-disciplina, como militar, uma vez que tal conduta a coisifica e a impede de exercer sua autoridade perante seus subordinados, também a diminuindo perante seus pares e superiores hierárquicos.

Muitas vezes, a fim de sobreviver no meio castrense, a mulher militar sente a necessidade de se masculinizar para sentir-se aceita e para ter a sua autoridade respeitada.

Assim, a violência de gênero na seara militar adquire contornos específicos e extremamente danosos que precisam ser efetivamente combatidos.

3.1. Crimes mais comuns previstos no CPM

Analisando-se a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, percebe-se que a mulher militar comumente é vítima dos seguintes crimes previstos no Código Penal Militar: injúria; violação de recato e crimes sexuais em geral.

Especificamente no que tange ao crime de **violação de recato**, tipificado no art. 229 do Código Penal Militar, importante destacar, segundo ensina Luciano Gorrilhas,[492] que a estatística demonstra que, no passado, sua incidência era insignificante e, com o passar dos tempos**, notadamente a partir do ingresso de mulheres no efetivo das três Forças Armadas**, o delito em questão, nessa modalidade, passou a ganhar destaque, fato que se comprova em razão da instauração de diversos IPMs para apurar uma espécie de voyeurismo em ambiente castrense.

O voyeurismo constitui-se em uma invasão de privacidade, uma vez que pessoas são observadas geralmente em trajes íntimos, sem consentimento.

Estima-se que, nos dias atuais, existam 22.208 mulheres integrando o efetivo das Forças Armadas. A Aeronáutica é a Força que possui o maior corpo feminino em seus quadros.

Os casos de IPM, instaurados na circunscrição do Rio de Janeiro, para apurar o delito de violação de recato, **retratam, em sua essência, a utilização de aparelho celular ou aparelhos espiões (chaves e canetas), colocados clandestinamente em alojamentos e banheiros femininos com a finalidade de captar imagens de militares femininas sem trajes ou em trajes íntimos.**[493]

Nesse sentido, a prática do crime de violação de recato contra a mulher militar, especialmente em local sob a administração militar - em que deveria predominar o princípio da confiança e a camaradagem entre os militares -, é algo inaceitável e pernicioso, **violando não só a intimidade da militar, mas, também, atingindo diretamente a hierarquia e disciplina**.

Ainda, vale lembrar que, muitas vezes, um militar capta as imagens e as repassa para outros, por meio das redes sociais, propagando a conduta criminosa. Assim, colaciona-se jurisprudência do STM:

> EMENTA: APELAÇÃO. VIOLAÇÃO DE RECATO. TENTATIVA. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA
>
> COMPROVADAS. DESPROVIMENTO. **Hipótese em que os agentes tentaram violar a intimidade da ofendida, mediante o uso de câmeras de aparelhos celulares, em local sujeito à Administração Militar, e, após a descoberta dos fatos, apagaram as respectivas filmagens**. Por se tratar de crime plurissubsistente, o tipo penal capitulado no art. 229 do CPM admite a forma tentada, de sorte que a interrupção dos atos de execução, por circunstâncias alheias à vontade dos réus, caracteriza tentativa do crime de violação de recato. **A**

---

[492] GORRILHAS, Luciano. A polícia judiciária militar e o delito de violação de recato. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/55138/a-policia-judiciaria-militar-e-o-delito-de-violacao-de-recato#:~:text=O%20crime%20de%20viola%C3%A7%C3%A3o%20de,tipifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20comum.&text=Violar%2C%20mediante%20processo%20t%C3%A9cnico%20o,%E2%80%93%20deten%C3%A7%C3%A3o%2C%20at%C3%A9%20um%20ano>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

[493] Id.

conduta apresenta elevado grau de reprovação, eis que, além de ter gerado inegável constrangimento à vítima, representa ofensa à hierarquia e à disciplina militares, por gerar desordem no aquartelamento e quebra da confiança entre os colegas de serviço. Na espécie, a prova foi destruída pelos réus e, por tal razão, na forma do art. 328, parágrafo único, do CPPM, é razoável e cabível o seu suprimento pela prova testemunhal que, confirmando a confissão dos réus, descreve os fatos minuciosamente e confere amplo grau de certeza quanto à autoria e à materialidade delituosas. Apelação desprovida, à unanimidade. (STM - APL: 70010034820187000000, Relator: WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Data de Julgamento: 06/08/2019, Data de Publicação: 27/08/2019);

EMENTA: HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE RECATO. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INVIABILIDADE. **Fatos circunstanciados na divulgação de fotos em que aparece nua uma Sargento da Força Aérea Brasileira. A denúncia descreve, satisfatoriamente, os fatos apurados e se reveste das formalidades elencadas no art. 77 do CPPM, do que se torna imperioso concluir pela aptidão para desencadear a persecução penal.** O trancamento da ação penal pela via do remédio heroico do habeas corpus é medida excepcional e somente tem vez quando a peça vestibular revela-se inteiramente divorciada dos elementos colhidos no inquérito, o que não transparece no caso sob apreciação. Ordem denegada por decisão unânime. (STM - HC: 1844620127000000 RJ 0000184-46.2012.7.00.0000, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 04/12/2012, Data de Publicação: 17/12/2012 Vol: Veículo:).

3.2. Crimes militares extravagantes

A Lei 13491/17 promoveu um alargamento da conceituação de crime militar, abarcando as condutas previstas no Código Penal brasileiro e na legislação penal extravagante, desde que praticadas nas hipóteses previstas no inciso II do artigo 9º e desde que não haja disposição constitucional ou legal atribuindo competência a outra Justiça (ex: crimes eleitorais, crimes de competência da Justiça Federal).

Criou-se, portanto, uma nova categoria de crime militar, diferindo da conceituação de crime militar impróprio - aqueles que continham igual previsão no CPM e no CP- para uma conceituação por extensão a fatos delituosos previstos na legislação penal comum quando praticados em uma das hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do *Codex* castrense.

Assim, exemplificando, se um militar da ativa praticar homicídio em razão de violência de gênero contra sua esposa, também militar da ativa, responderá pelo crime de feminicídio (qualificadora do homicídio quando praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, prevista no Código Penal), sendo aplicável a lei dos crimes hediondos, uma vez que o referido tipo penal está elencado como tal na Lei 8.072/90.

Dessa forma, os crimes sexuais previstos no CP que **não o estejam no CPM e que incidam em alguma das hipóteses previstas no art. 9º, II, do diploma substantivo**

castrense são de competência da Justiça Militar e, nesse giro, pode-se destacar alguns crimes que ocorrem com uma certa frequência nessa seara: **o assédio sexual** e a **importunação sexual.**

O crime de **assédio sexual** passou a ser tipificado na legislação penal comum por meio da Lei 10.224/01, que inseriu o art. 216-A no Código Penal, visando à proteção da liberdade sexual, liberdade laboral e a não discriminação no local de trabalho e a isonomia.

Da descrição típica, pode-se destacar os elementos necessários à caracterização do referido crime: a) **constrangimento** a alguém (mulher ou homem);

b) **intenção de vantagem ou favorecimento sexual**, c) **valendo-se** o agente de **sua superioridade hierárquica ou ascendência** inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Assim, verifica-se que o ambiente de trabalho e a superioridade hierárquica exercem papel central, pois são fatores que desarmam a vítima, reduzindo ou anulando uma possibilidade de reação.

Especificamente com relação à área militar, Fernando Teles, de forma precisa, ensina que:

> Em relação ao cotidiano castrense, o legislador também o distinguiu da atividade civil, de modo que o rigor na conduta marcial, o pronto acatamento às ordens e o estrito respeito à hierarquia são fatores que individualizam o militar perante os demais cidadãos na sociedade. Isso, porém, não autoriza o assédio moral ou sexual, por exemplo. Sabe-se que o superior imediato e também a cadeia de comando cobrarão postura e eficiência dos subordinados, porém isso não significa que se possa humilhar o inferior hierárquico, submetê-lo a obrigações incompatíveis com sua qualificação e grau hierárquico para depois criticar e punir, ou praticar qualquer conduta considerada como assédio moral, atendidas evidentemente as especificidades da vida militar. Igualmente humilhante e deplorável é o assédio sexual, inclusive tipificado como crime.[494]

Recentemente, pesquisa realizada pelos magistrados, professores e pesquisadores Mariana Aquino e Rodrigo Foureaux revelou que, de um universo de quase 2 mil mulheres que atuam nas instituições de Segurança Pública e Forças Armadas, 74% já sofreu assédio sexual no trabalho.[495]

A pesquisa também apurou que muitas deixam de relatar o fato no âmbito interno ou externo por medo de sofrer represálias e perseguições, ou serem vistas como problemáticas, frágeis, ou "criadoras de caso".

Como os crimes sexuais geralmente ocorrem às escondidas, há dificuldade probatória e, tendo em vista essa realidade, a jurisprudência têm dado à palavra da vítima especial relevância.

---

[494] ASSIS, Jorge César (org.). **Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 115.

[495] AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. **Pesquisa "Assédio sexual nas instituições de segurança pública e nas forças armadas**". Revista Atividade Policial, 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/campanha-nacional-das-10-medidas-contra-o-assedio-sexual/>. Acesso em: 22 de outubro de 2020.

No entanto, é inconcebível que, por falta de provas, haja uma inversão de papéis, ou seja, que a vítima passe a autora da prática de crimes como denunciação caluniosa ou crimes contra a honra, por exemplo. Cada caso deve ser analisado com suas peculiaridades, não podendo haver uma responsabilização criminal da vítima se não agiu dolosamente. Nesse sentido:

> APELAÇÃO. DIFAMAÇÃO. NOTÍCIA DE ASSÉDIO SEXUAL E PERSEGUIÇÃO DE SUPERIOR CONTRA SUBORDINADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. PRESENÇA DE OUTRAS PESSOAS. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO REO". SENTENÇA ABSOLUTÓRIA
> PRESERVADA. **Não comete crime de difamação o militar que, sentindo- se acuado e constrangido após incessantes investidas de assédio sexual por parte de seu superior hierárquico, externa seu desabafo com alguns poucos colegas de farda, na busca de orientação e proteção**. **A instrução probatória findou sem que fosse demonstrada a inequívoca intenção de a subordinada alardear ofensas desonrosas contra a superior. O propósito subjacente à ação difamatória demanda provas do ocorrido, não podendo ser inferida ou presumida, na medida em que comportam certa carga de subjetividade**. **Os fatos foram circunstanciados num âmbito restrito, ao alcance de poucas pessoas,**
> **o que enfraquece ou, ao menos, torna incerta a intenção de macular a reputação do Oficial supostamente ofendido**. Aplicação do princípio do "in dubio pro reo". Decisão unânime. (STM - AP: 223320087010301 RJ 0000022-33.2008.7.01.0301, Relator: José Américo dos Santos, Data de Julgamento: 18/05/2011, Data de Publicação: 22/06/2011 Vol: Veículo: DJE).

Outrossim, por ser de extrema importância, destaca-se trechos do voto do Ministro Arthur Vidigal no bojo do **Recurso em Sentido Estrito nº 70000828920187000000**, Relator: Marco Antônio de Farias, Data de Julgamento: 29/10/2018, Data de Publicação: 11/03/2019, de Decisão do Juízo de 1º grau que rejeitou o recebimento de denúncia de denunciação caluniosa em desfavor de graduada, por ausência de razoabilidade e falta de justa causa para a propositura da ação penal:

> A 3º Sargento Ex (...) noticiou que quando tirou serviço na função de Graduada ao Rancho com o 1º Tenente Ex (...), escalado na função de Oficial-de-Dia, foi questionada por ele sobre o cheiro do perfume que ela usava, momento em que o Oficial disse que aquele cheiro despertava nele um "instinto animal" (Processo Relacionado - Evento 1 - Vol. 4 - fl. 59). Em relação a esse fato, consta ainda nos autos que o Oficial, na ocasião, teria relatado não conseguir sentir cheiro de perfume que o atraísse, pois despertava nele uma "vontade de pular e rasgar a roupa de quem estivesse usando o perfume". Diante do ocorrido, a 3º Sargento Ex (...) orientou as Sargentos (...) e (...) a evitar utilizar perfume no expediente, a fim de não despertar naquele Oficial qualquer sentimento. **Registre-se ser, no mínimo, revoltante ter conhecimento de que as militares, para prevenir um episódio de assédio, tenham que alterar atitudes cotidianas, como parar de utilizar perfumes durante o horário de expediente, porque se tem conhecimento que um Oficial alega que determinados aromas desencadeiam nele reações animalescas, que possam colocá-las em risco**.
> (...)
>
> Por fim, é imprescindível reafirmar que nenhuma mulher, civil ou militar, está preparada para repelir um assédio sofrido. Não obstante o treinamento recebido pelas militares, para elas, a dificuldade em repelir o assédio é ainda maior, pois, além do constrangimento, a hierar-

> quia existente na caserna inibe as oposições, bem como as denúncias, justamente por medo da perseguição que poderão sofrer. Acreditar que mulheres militares são menos frágeis que as outras e treinadas para rechaçar investidas inescrupulosas é uma falácia!

Com relação ao crime de **importunação sexual**, este foi criado a fim de sanar lacuna legislativa que dificultava o enquadramento de determinadas condutas, como assédios nos espaços públicos e meios de transportes, acompanhados ou não de "beijos", "encoxadas", "lambidas", "apalpadas" e até "ejaculação" nas modalidades criminosas até então existentes (contravenção penal de infração ofensiva ao pudor, com previsão de pena ínfima, ou estupro, crime hediondo cuja pena é de seis a dez anos de reclusão).[496]

Impende destacar que, com o advento da lei que criou o crime de importunação sexual (Lei 13.718/2018), a referida contravenção penal, prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, foi revogada.

Assim, condutas que outrora não encontravam adequação típica no crime de assédio sexual ou estupro, por exemplo, a depender do caso podem ser enquadradas no tipo penal em comento.

A descrição típica prevista no art. 215-A do Código Penal criminaliza a prática, contra alguém e sem a sua anuência, de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, punida com pena de reclusão de um a cinco anos.

Na pesquisa supramencionada,[497] foi possível constatar, conforme os relatos colhidos, que várias das condutas narradas pelas militares configuram o crime de importunação sexual, como exibir o órgão genital e passar a mão no corpo da vítima; no entanto chamar a vítima por nomes desrespeitosos no sentido sexual, por si só, não configura tal crime, podendo, se for o caso, configurar o crime de injúria.

4. MEDIDAS A SEREM ADOTADAS VISANDO A PROTEÇÃO JURÍDICA À MULHER MILITAR

A fim de atuar de forma preventiva e no combate à violência contra a mulher militar, sugere-se a adoção das seguintes medidas:

4.1 Acolhimento da vítima

Ao criar coragem e romper o ciclo do silêncio, a militar deverá ser acolhida, por meio de assistência social, psicológica e médica. Sua palavra não deve ser desacreditada e ela deve se sentir amparada pela instituição.

---

[496] BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra as mulheres.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 215.

[497] AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. **Pesquisa "Assédio sexual nas instituições de segurança pública e nas forças armadas**". Revista Atividade Policial, 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/campanha-nacional-das-10-medidas-contra-o-assedio-sexual/>. Acesso em: 22 de outubro de 2020.

4.2 Criação de ouvidorias, com a nomeação de ouvidoras mulheres

Essa medida fará com que a militar vítima desses tipos de crime se sinta encorajada e confortável para relatar o ocorrido dentro da instituição.

4.3 Nomeação de encarregadas para o IPM

Da mesma forma, a delegação da atividade de polícia judiciária a uma encarregada do sexo feminino permitirá que a mulher que tenha sofrido a violência se sinta mais confortável para relatar os fatos, buscando evitar o processo de revitimização.

4.4 Palestras periódicas aos efetivos militares sobre a violência de gênero contra a mulher militar e sua proteção jurídica

Atuação preventiva a fim de educar o efetivo sobre o assunto.

4.5 Inclusão de conteúdo sobre violência de gênero nos cursos de formação das instituições militares

No mesmo sentido, a atuação preventiva na formação dos militares possibilitará o conhecimento acerca da matéria, visando evitar a prática futura desses delitos.

4.6 Possibilidade de aplicação de medidas protetivas previstas na lei Maria da Penha às mulheres militares

Em face da Lei 13.491/17, conforme já abordado, é plenamente possível a aplicação das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, previstas na Lei 11.340/2006, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher militar praticada por militar.

5 CONCLUSÃO

A violência de gênero consiste em uma realidade mundial, envolvendo uma determinação social dos papéis masculino e feminino, em que o lado feminino é visto como inferior pelo masculino, o que acaba por trazer como consequência um desequilíbrio que pode culminar em violência.

Nessa esteira, a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher), em seu Artigo 1° definiu a violência contra a mulher como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada."

Na seara castrense, a violência contra a mulher militar a ofende duplamente: humilhando-a como mulher e diminuindo sua autoridade como militar, atingindo diretamente as instituições militares como um todo.

Em nenhuma hipótese a hierarquia pode ser utilizada como fundamento para a prática de arbitrariedades, ilegalidades ou atitudes criminosas. Ao revés, o Comando deve sempre buscar implementar medidas que visem a preservação e bem estar do seu efetivo, especialmente no que tange à mulher militar, em face do desequilíbrio de gênero nas instituições militares.

É necessário e premente que sejam adotadas medidas preventivas e de combate a violência à mulher militar, vindo ao encontro da efetivação de sua proteção jurídica, demonstrando, por parte das instituições, comprometimento com um local de trabalho sadio, seguro e inclusivo, em que os direitos humanos, especialmente os direitos das mulheres, são respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. Pesquisa "Assédio sexual nas instituições de segurança pública e nas forças armadas". **Revista Atividade Policial**, 2020. Disponível em: <https://atividadepolicial.com.br/campanha-nacional- das-10-medidas-contra-o-assedio-sexual/>. Acesso em: 22 de outubro de 2020.

ASSIS, Jorge César (org.). **Estatuto dos Militares Comentado**: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Curitiba: Juruá, 2019, p. 115.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra as mulheres**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 215.

GALVÃO, Fernando. O crime militar de feminicídio e seus problemas conceituais. **Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual**: jul-dez 2019, vol.3, n.2. Disponível em:<file:///C:/Users/Administrador/Desktop/artigos/Viol%C3% AAncia%20de%20g%C3%AAnero/material/101-Texto%20do%20artigo-176-1-10-20 200318.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

GORRILHAS, Luciano. **A polícia judiciária militar e o delito de violação de recato**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55138/a-policia-judiciaria-militar-e-o-delito- de-violacao-de-recato#:~:text=O%20crime%20de%20viola%C3%A7%C3% A3o%20de,tipifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20comum.&text=Violar%2C%20mediante%20processo% 20t%C3%A9cnico%20o,%E2%80%93%20deten%C3%A7%C3%A3o%2C%20at%C3%A9%20um%20ano>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

ITAMARATY. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/plano-nacional-de- acao-sobre-mulheres-paz-e-seguranca/14062-as-mulheres-nas-forcas-armadas- brasileiras>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

CONTRIBUTOS PARA UMA JUSTIÇA PENAL MAIS JUSTA[498]

Mário Ferreira Monte[499]

RESUMO

Com o objetivo de homenagear o Ministro Luiz Carlos Gomes Mattos, do Superior Tribunal Militar do Brasil, de que é Presidente, este artigo aporta contributos para que a justiça penal seja, na prática, mais justa, e não apenas legal. Feita uma incursão na ótica restaurativa, à luz do princípio da justiça, por contraponto ao princípio da legalidade, percebe-se que tal solução não responde a todos os desafios da justiça penal. No entanto, não sendo necessário abolir a justiça penal tradicional, aproveita-se alguns contributos da justiça restaurativa, com vista a uma justiça penal da reparação, mais virada para as necessidades da vítima, mais ressocializadora. O princípio da legalidade, intangível, será temperado pelo princípio da justiça. As finalidades das sanções penais também devem procurar a reparação dos danos. O direito penal e o processo penal devem privilegiar espaços de consenso e de acordo. Saber se tudo isto é possível em direitos especiais, como é o direito penal militar é uma das questões que o artigo enfrenta.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça restaurativa; reparação; princípio da justiça; consenso e acordo; justiça penal militar.

---

[498] Para Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro do Supremo Tribunal Militar, de que é Presidente, General de exército, e sobretudo um grande amigo. Há coisas na vida que o tempo nunca vai apagar. Há coincidências significantes que são inexplicáveis. Há alguns anos atrás integrei um grupo de juristas da Universidade do Minho que se deslocou a Luanda para participar numa edição do Congresso de Direito na Lusofonia. No primeiro dia, tivemos contato com a delegação do Brasil. Estava ali a presidente, Doutora Elizabeth Rocha, e o Ministro Luiz Mattos. Partilhámos a mesa onde fizemos as nossas intervenções, trocámos algumas impressões, e logo naqueles dias parecia que já éramos amigos de longa data. De facto, só ali nos conhecêramos. Mas a facilidade com que rapidamente nos tratámos, marcou aquilo que viria a ser uma amizade para sempre. Várias vezes voltámos ao encontro. Uma das vezes, não podemos nem queremos esquecer, foi numa visita a Manaus e depois às profundezas da Amazónia. A chefiar o grupo estava o General Mattos. Militar de carreira, mas ao mesmo tempo suave e cortês como só as grande pessoas sabem ser. Tratou-nos a todos com um tal desvelo e carinho que quase nos esquecemos que tínhamos estado em contato com realidades duras – o isolamento do Pelotão Especial de Fronteira (5.ª PEF/IºBda Inf SL/AUARIS/RR) no meio da floresta da Amazônia, e o acampamento de refugiados venezuelanos, acolhidos pelas Forças armadas brasileiras – a operação "Acolhida", e a atuação da 1.ª Brigada de Infantaria de Selva. Nesse período foi possível ver como um militar, determinado, disciplinado e exigente pode ao mesmo tempo ser tão amável, tão elegante, tão sábio, tão bem humorado como Luis Mattos foi. Muito aprendemos nesses dias. Quando foi eleito Presidente do STM, naturalmente que não fiquei surpreendido. Os seus pares tinham feito aquilo que seria natural. E quando, portanto, me convidaram para escrever um artigo de homenagem de jubilação, o meu sentimento foi duplo e contraditório: de enorme alegria e honra por poder participar numa homenagem de uma figura ímpar do direito judiciário militar e do exército brasileiro; ao mesmo tempo, o desejo de que o tempo parasse. Sim, o tempo devia parar quando as pessoas que estão em determinados lugares são as melhores. Mas como não somos donos do tempo, pelo menos fazemos votos de que possamos ter agora Luis Mattos ainda mais disponível para com ele muito conviver e aprender. Este artigo é muito menos do que seria necessário para o homenagear. Mas como é feito com incondicional amizade e estima, nele vai todo o meu empenho.

[499] Professor Catedrático na Escola de Direito da Universidade do Minho – Portugal. Coordenador do Grupo de Justiça Criminal e Criminologia da Universidade do Minho. Presidente do Conselho da Escola de Direito da UMinho (Portugal).

ABSTRACT

With the objective of honoring the Minister Luiz Carlos Gomes Mattos, of the Superior Military Court of Brazil, of which he is President, this article contributes to make criminal justice, in practice, fairer, and not just legal. Having made an incursion into the restorative perspective, in the light of the principle of justice, as opposed to the principle of legality, it is clear that such a solution does not respond to all the challenges of criminal justice. However, since it is not necessary to abolish traditional criminal justice, some contributions from restorative justice are taken advantage of, in order to achieve a criminal justice of reparation, more focused on the needs of the victim, more resocializing. The principle of legality, intangible, will be tempered by the principle of justice. The purposes of criminal sanctions must also seek to repair damages. Criminal law and criminal procedure must privilege spaces of consensus and agreement. Knowing whether all this is possible in special branches of law, such as military criminal law, is one of the questions that the article faces.

KEYWORDS: Restorative Justice; repair; principle of justice; consensus and agreement; military criminal justice.

1. Introdução

Seja em jurisdição penal comum, seja em jurisdição penal especial, como será o caso da justiça penal militar, nunca devemos deixar de tentar almejar um nível cada vez mais justo de a realizar.

Este artigo, que pretende homenagear o Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, do Supremo Tribunal Militar do Brasil, de que é Presidente, poderia recair inteiramente no direito penal militar. Não sendo pouco, julgamos que podemos tentar contribuir para uma justiça penal mais justa, tanto comum como militar.

É esse o nosso propósito. Como que a salientar que, embora exista uma relação de especialidade do sistema sancionatório militar face ao comum, ambos são ramos de um mesmo sistema sancionatório público.

Na verdade, em geral,[500] a legitimação do direito sancionatório militar faz-se em três níveis diferentes e complementares: a) o da tipificação penal específica, pela existência de crimes essencial ou estritamente militares; b) o da jurisdição penal militar, que pode ser autónoma ou sujeita à jurisdição comum, mas com especificidades impostas pelos crimes essencial ou estritamente militares; c) e o do sancionamento disciplinar autónomo e complementar. Isto significa que é aceitável a existência de um direito penal militar, com um maior ou menor grau de autonomização face ao direito e processo penal comum, composto por normas materiais e algumas processuais especiais, que pode envolver uma jurisdição penal autónoma ou pelo menos, dentro da jurisdição comum, com algumas especificidades.

Mas estas especificidades, que podem justificar uma jurisdição penal militar autónoma e um conjunto de normas penais militares especiais, têm sempre como *quid* comum,

[500] Basta ter em conta os exemplos de Angola, Brasil e comparar com o português para perceber que as soluções podem ser muito diversas, tanto do lado material quanto do lado adjetivo. Para mais desenvolvimentos, veja-se Mário MONTE, 2018: 143 e ss.

qual raiz, a função preventiva de bens jurídicos (comuns ou militares), a função de ressocialização dos agentes do crime e a possível reparação dos danos das vítimas. E isto é assim, quer se trate de crimes militares, quer se trate de crimes comuns.

A partir daqui, é possível teorizar sobre um possível direito penal mais justo, seja no domínio militar, seja no comum. O que vamos dizer vale, portanto, para as duas realidades.

2. O justo nos limites do direito penal: espreitando a tópica restaurativa

Da análise da localização, da função e dos fins do direito penal resulta uma questão ligada ao problema dos seus limites: saber se existe algum modelo que se apresente como alternativo ou complementar ao que, aqui, podemos designar por justiça penal tradicional, e que se reivindique como mais justo. E não faltam respostas nesse sentido. Por exemplo, os cultores da justiça restaurativa, incluindo alguns penalistas, não têm dúvidas em apresentar um tal modelo como mais adequado e justo no tratamento de *conflitos interpessoais*. É uma questão que se prende sobretudo com o *princípio da subsidiariedade penal*: nem tudo deve ser tratado pelo direito penal; e o que puder ser melhor resolvido por outros modelos, seguramente que deve prescindir do sistema penal.

Naturalmente que não vamos analisar a justiça restaurativa. Mas sempre diremos algumas palavras para ver até que ponto os seus defensores têm razão quando propõem um modelo de resolução dos conflitos interpessoais de um modo porventura mais justo.

Ressalta da justiça restaurativa uma pretensão de efetiva justiça do caso concreto, ao ponto de se conseguir uma verdadeira pacificação das pessoas envolvidas e destas com a comunidade. Por isso, não está em causa apenas a atribuição de responsabilidade, *v.g.*, penal, muito menos de culpa, mas a realização da justiça que se concretiza num certo tipo de processo diferente do tradicional. Na medida em que se atribui à *vítima* um papel que normalmente não tem e que se visa um *acordo*, uma concertação entre infractor e vítima, com ou sem a intervenção da comunidade e/ou de um mediador, mais do que a solução final, mais do que a integração do caso num tipo legal de crime, satisfazendo assim exigências do princípio da legalidade e das finalidades penais, mais do que a sanção acordada, está o processo que conduz a essa sanção.

O processo com vista ao acordo, colocando frente-a-frente vítima e infractor, permitindo àquela obter a reparação dos seus danos – patrimoniais e não patrimoniais, numa palavra, danos do crime – e a este assumir voluntariamente a responsabilidade pelo crime, possibilitando a sua reintegração, implica seguramente uma distinta compreensão do fenómeno criminógeno e sua resolução.

Isto é importante? Sem dúvida que sim.

Mas isto não se alcança na justiça penal tradicional?

É sabido que na justiça penal tradicional, reconhecendo-se que o infractor realizou o crime descrito na lei – obedecendo ao princípio da legalidade – e aplicando- se uma pena igualmente tipificada na lei, nem sempre se alcança este sentido de justiça. Quantas vezes se declara culpado um infractor, se aplica uma pena de prisão, mas, por razões diversas, se

suspende a pena, sem que a vítima ou a comunidade compreendam a razão desta suspensão. Gera-se um sentimento de injustiça, acompanhado de um sentimento de impunidade e de insegurança. Dir-se-á que é sobretudo um problema comunicacional. Sem dúvida, mas que desnuda alguma fragilidade do sistema penal tradicional.

Na justiça penal, quando existem espaços de consenso, normalmente, existe alguém que propõe uma sanção, dentro do que o tipo legal permite, e alguém que aceita. Não existe paridade: um tem o poder de propor e o outro tem a faculdade de aceitar ou não. Não se trata ali de um dever, nem sequer de um direito subjetivo, trata-se de um poder, conferido pela Lei, um poder de *Auctoritas*, do Estado. Até porque, normalmente, quem propõe é um representante do Estado – o Ministério Público.

Na justiça restaurativa, ambos têm o direito de propor e de aceitar ou não. Também aqui não se trata de um dever de propor nem de aceitar. O processo, assentando basicamente na *voluntariedade* das partes, não pode implicar qualquer dever de acordo. Trata-se de exercer um direito de acordar com outrem. Trata-se de uma situação, pelo menos formalmente, paritária. Mas, sendo assim, o processo de acordo é já um processo de reparação. Não serão necessárias explicações para se compreender que os sujeitos arrancam da catarse do crime e dos seus efeitos para uma solução jurídica do conflito. A solução refletirá esse efeito reparador, mas o processo, em si, é também reparador. Por isso, quer se acentue os méritos do processo, quer se enalteça as virtualidades da sanção, a verdade é que uma e outra coisa são dois lados de uma mesma realidade: a *justa reparação*.

Por justa reparação há de entender-se a reparação dos danos causados à vítima, mas que respeita a dignidade da pessoa do arguido. E isto só é possível num processo próprio, restaurativo, que atenda às exigências do caso concreto. Como é evidente, reparação, nestes termos, jamais se confunde com retribuição.

Dito isto, percebe-se que a justiça restaurativa introduz dois elementos que se complementam e que a caracterizam: a *reparação* – que há de relevar para o direito substantivo – e a *justiça do caso* – que há de relevar para o processo.

Será isto exagerado? Será isto um desvio significativo do direito penal tradicional, inconciliável com os princípios que o norteiam? É o que importa ver agora.

3. A justiça penal não pode ser mais justa?

Sem prescindir do princípio da legalidade penal, pode com segurança, hoje, dizer-se que o juiz não é necessariamente a boca da lei. Não o é no sentido de que se não limita a uma aplicação subsuntiva e acrítica da lei; não o é, porque ao juiz, atualmente, reconhece-se um papel cocriador do Direito. Fala-se a este propósito de "função 'criadora' da jurisprudência."[501] Não no sentido de uma criação *pessoal* do direito pelo juiz, mas como "um 'desenvolvimento normativo' das regras substantivas aplicáveis, uma verdadeira 'criação' jurídica relativamente ao caso sub-judice, mesmo nas hipóteses em que formalmente a decisão aparece como mera conclusão silogística das premissas legais."[502] É esta atitude do

[501] Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1º Volume, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 47.
[502] *Idem*, p. 48.

juiz, como cocriador do direito, que se manifesta no momento da judicativa decisão do caso concreto, que o afasta da atividade de mera aplicação acrítica do direito escrito. Não foge da lei; não cria a lei; mas concretiza a lei.

E, como é evidente, isto só é possível admitir-se hoje porque se assinala ao processo penal um papel que é, não apenas meramente instrumental, de aplicação das normas substantivas, mas, ainda que reconhecendo uma relação de mútua complementaridade com o direito penal, de alguma autonomia teleológica que permite encontrar soluções, não contrárias às regras substantivas, mas que, transcendendo-as no sentido de maior justiça, as concretizam na solução mais justa do caso.

Como se vê, não se trata de romper com o direito escrito, prévio, não se trata sequer de reduzir o valor do princípio da legalidade. Trata-se, ao invés, de elevar as suas potencialidades, dando-lhe, no caso concreto, um sentido de justiça mais apurado que o legislador, na norma escrita, não podia ter dado. No fundo, sem sair da justiça penal, procura-se ir ao encontro daquilo que nos tem sido apresentado por quem defende modelos alternativos como seria o da justiça restaurativa. Na verdade, quando há um acordo, não se viola a norma; apenas se concretiza o seu sentido através de uma solução que é mais adequada ao caso concreto.

4. Seria necessário superar (abolir) a justiça penal tradicional?

Mas porquê ficarmos na justiça penal? Por que não adoptarmos modelos alternativos? Por que não adoptamos um modelo que pretende "tratar conflitos, nomeadamente os de natureza penal, de um modo mais desformalizado que o sistema tradicional, que envolva tanto quanto possível diretamente a vítima e o agente, com vista à obtenção de um acordo, visando a reparação dos danos causados, a restauração dos interesses das vítimas e a reintegração do infractor,"[503] como é caso da justiça restaurativa?

A verdade é que o paradigma restaurativo, longe de ser uma solução perfeita, enferma de contradições, pressupostos indemonstrados e fragilidades comprometedoras. Não exageramos.

Desde logo, seria possível prescindir do princípio da legalidade criminal, da noção de crime e resolver os conflitos penais a partir de uma noção de dano?[504] Mesmo que sim, com muitas reservas, não cairíamos numa excessiva privatização do conflito penal com todas as consequências que isso poderia trazer (perda de garantias, por exemplo)? E depois, estando dependente da voluntariedade dos sujeitos envolvidos, quando não houvesse vontade, teríamos de recorrer ao sistema de justiça tradicional; isto implicaria que não poderíamos prescindir deste. Mas mesmo que coabitassem, não seria uma forma desigual de realizar justiça?

---

[503] Cfr. Mário MONTE, «Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa», in Teresa BELEZA *et. al. Multiculturalismo e Direito Penal*, Grupo de Professores de Direito Penal e Processo Penal Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Almedina, 2014, p. 103, e «Hay un Fundamento iusnaturalista en la justicia restaurativa?», in Miguel Ayuso (Ed.), Utrumque Ius. *Derecho Natural y Derecho Canónico*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 122.

[504] Howard Zehr, *Trocando as Lentes. Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça*, Trad. de Tônia Van Acker, São Paulo: Pals Athea, 2008, p. 174.

Estas questões são apenas algumas das que sempre se poderia colocar quando se advoga a superação do direito penal pela justiça restaurativa (o que não é o mesmo do que a consideração deste modelo como complementar da justiça penal).

Mas, pergunta-se: mesmo assim, havendo reconhecimento de que algumas notas características da tópica restaurativa não são desprezíveis – a reparação, o maior papel da vítima, a maior potenciação da ressocialização do delinquente –, não podemos ao menos tentar trazer estas ideias para o seio do direito penal? Será tudo isto incompatível com a justiça penal?

Para nós, antecipando uma resposta, a discussão daquelas vantagens restaurativas, nos crimes interpessoais, podendo importar a alteração de algumas soluções tradicionais, até agora viáveis, mas em todo o caso, nem sempre as mais justas, permitiriam reconstruir o direito penal de maneira a que este fosse mais justo, ou seja, mais reparador e mais inclusivo. Vejamos.

5. De onde partimos; para onde devemos ir

Comecemos por lembrar que o direito penal da modernidade foi uma conquista humanista e humanizadora sem precedentes.

Sem a preocupação de elencar todas as razões que nos levam a (re)afirmar esta convicção, dir-se-á que um sistema de justiça penal que assenta no princípio da legalidade – conferindo segurança e certeza aos cidadãos, democratizando a justiça, tornando-a igual para todos –, que atua sob o signo da subsidiariedade – como *ultima ratio* do sistema, limitando os custos axiológicos da sua intervenção às situações onde indiscutivelmente se torna indispensável,[505] – que encontra o pressuposto e o critério da sua realização na culpa e no princípio da proporcionalidade, respectivamente – tornando claro que não há pena sem culpa e que esta será o limite da medida da pena –, e o seu fundamento na prevenção, seja geral, seja especial, e em todo o caso positiva – procurando, com a sanção, responder, de um lado, às expectativas contrafácticas da sociedade na norma penal e, de outro, promovendo a reintegração do agente –, que é na sua essência público – *sc.*, que se rege pelo princípio do monopólio da jurisdição penal, evitando assim a privatização do conflito e qualquer tipo de relação de supra-infra- ordenação entre infractor e vítima – e que se realiza através de um processo penal que, apesar de instrumental, detém autonomia teleológica de sentido e de resultado – e por isso havendo uma relação de mútua complementaridade entre direito penal e direito processual penal –, um sistema assim, de realização integral da justiça penal,[506] que busca a sua *ratio essendi* na Constituição, assentando todo o referencial axiológico-normativo que lhe serve de suporte no princípio da dignidade humana, naturalmente que tem permitido a sua sobrevivência a toda e qualquer tentativa de superação, para já não dizer, de abolicionismo.[507]

---

[505] Como diz Figueiredo Dias, a intervenção penal tem de ser "absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade" – Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 128.

[506] Sobre o direito penal integral, veja-se o *nosso* "Da realização integral do direito penal", in Figueiredo Dias *et. al.* (Orgs.) Ars Ivdicandi. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 737-771.

[507] Sobre o tema do abolicionismo, veja-se Luciano Eusebi, "Quale Oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia", in *Studi Sulla Questione Criminale*, VI, n.º

E, no entanto, não pode deixar de ser submetido a um permanente juízo crítico.

Desde logo, cremos não exagerar se dissermos que mais do que uma solução legal, é o sentido de justiça, que arranca da lei positiva mas que a transcende e que radica na natureza e na dignidade da pessoa humana, que importa alcançar em cada conflito. Atingir a justiça de um caso passa, pois, pelo respeito do princípio da legalidade, mas não pode desnudar-se das necessidades concretas de justiça desse caso. Dizer isto é admitir que uma solução pode até ser legal e no entanto injusta; logo é admitir a inversa, ou seja, que a solução do caso deve ser justa, apesar de não ser cabalmente preconizada pela lei ou que, pelo menos, pode ser mais justa do que a própria lei, condicionada pelo seu teor literal, permite. Não nos parece, pois, exagerado reconhecer que ao princípio da legalidade, qual conquista da modernidade, há que juntar um concreto sentido de justiça de cada caso.

Notemos também que a subsidiariedade penal que se afirma pela circunstância de nem a todos os comportamentos socialmente censuráveis dever corresponder uma pena, não resolve o problema de todos os casos em que ainda existe dignidade penal mas não claramente necessidade de uma pena. A solução está a maioria das vezes nas respostas para-penais ou extrapenais, importando saber no entanto se essas são também as mais adequadas. Mas, mais do que isso, não vale a pena iludir que, mesmo quando se afirma a dignidade e a necessidade penais, a justiça concreta do caso encontra não raras vezes refúgio nas causas de exclusão de culpa ou de ilicitude ou ainda, quando isto não é possível, na dispensa ou suspensão da sanção. Sabemos que estas soluções, embora certeiras do ponto de vista dogmático, podem não ser razoáveis em termos de justiça, sobretudo aos olhos dos seus destinatários – da comunidade. E, por isso, um critério que dê sentido de justiça ao caso pode ser indispensável. A resolução do problema, aqui, passa, por exemplo, por saber se a introdução do acordo, da concertação, poderá atingir esse objectivo.

E, dizer isto é questionar mesmo a noção de proporcionalidade. Que ela valha como limite, no sentido de que a pena não deve ultrapassar a medida da culpa, parece indiscutível; menos consensual, no entanto, mas igualmente pertinente, é saber se a pena pode ser desproporcionadamente mais baixa que as exigências da culpa, do princípio da legalidade e, ao invés, responder a outro tipo de exigências. Dir-se-á que isso já é assim, na medida em que exigências de prevenção permitem uma medida da pena diferente daquela que a culpa oferece. Mas também é verdade que esta medida da pena ditada por razões preventivas está condicionada por um máximo e um mínimo ditados pela culpa. A questão é a de saber se esta pena, assim, não será igualmente injusta por não atender a outras exigências que a atiram para outros limites ou até outros tipos de sanção. E, mais uma vez, a sanção obtida por acordo pode bem servir de exemplo. Deste modo, ressalta a questão de saber se o direito penal da prevenção é suficientemente justo. Que o seja na proteção dos bens jurídicos, talvez não haja dúvidas; mas sê-lo-á na ressocialização dos agentes do crime?

Além disto, sempre se deverá questionar se os fins das penas habitualmente preconizados pelo sistema são efetivamente atingidos com as sanções que são aplicadas. Ora, não é necessário ir muito longe para se saber que as duas penas normalmente utilizadas – a prisão e a multa – estão longe de atingirem as finalidades que às mesmas estão pressupostas quando são aplicadas.

De igual modo, o monopólio estadual da jurisdição penal realiza o Estado de Direito, garantindo a todos o acesso igual à justiça penal e a todos as mesmas condições de realiza-

---

2, 2011, pp. 81-99.

ção da justiça, mas não tem assegurado adequadamente o papel que os intervenientes no conflito podiam e deviam ter no processo. Importa saber se uma maior participação dos contendentes na resolução do conflito não tornaria a solução mais justa. E, sendo assim, é imperioso saber se o processo penal é suficientemente eficaz para garantir esta participação. Dir-se-á que já existem espaços de consenso e de oportunidade processuais que potenciam a participação dos vários sujeitos. O problema é que esses espaços podem ser apenas de concordância, quando do que se trata é de saber se não podem ser de verdadeiro acordo.

Em poucas palavras: o desafio que se coloca ao direito penal é o de saber se não pode ser *mais* justo. Mais justo não significa a sua superação. Porque se assim fosse a pergunta seria outra: se não pode ser justo.

6. Um novo desafio: "restaurar" o direito penal

Concretizando melhor, pode um maior sentido de justiça ser alcançado através do direito penal e do direito processual penal, numa palavra, através da justiça penal? Já agora, que contributo pode o paradigma da justiça restaurativa oferecer nesta matéria?

Faz sentido a inspiração de um modelo que, na sua essência, privilegia os espaços de concertação, de efetivo acordo, e não apenas de concordância. Que potencia a justiça do caso, ao ponto de a deixar praticamente nas mãos dos protagonistas – sem, no entanto, ter isto que significar a privatização do conflito. Sobretudo porque a privatização do conflito poderia representar uma denegação da própria justiça penal. Não é este o espaço para entrar em maiores considerações, mas não custa reconhecer que o direito penal tradicional põe limites à negociação de certos valores considerados indispensáveis à convivência (social). Por isso se compreende que não pode deixar-se a tutela de bens jurídico-penais nas mãos dos privados, sob pena de o direito penal deixar de desempenhar o seu papel. A concertação no âmbito do conflito penal só pode ter lugar quando, por um lado, o Estado não deixa de desempenhar o seu papel de administrador da justiça penal e quando, por outro, permitir que, na decisão do caso concreto, a solução seja mais justa que injusta. Mas, cumpridas estas premissas, não se vê por que razão o acordo não possa ser uma linha de fuga do conflito penal.

Para nós, não pode haver lugar ao irredutível retorno do princípio da legalidade de sentido positivista. O princípio da legalidade criminal é das maiores conquistas do direito penal moderno. Mas isso não significa que o direito penal não possa ser inclusivo. Se existe espaço à reparação, a pena pode ser mais justa, mesmo que não seja aquela que está tipificada na lei. O princípio da legalidade não é incompatível com os espaços de consenso e oportunidade se estes potenciarem o acordo, a reparação, a inclusão da vítima e a ressocialização do arguido.

Neste sentido, a lei penal continuará a ser aplicada, pois que o facto praticado há-se ser considerado criminoso pela lei penal positiva. Mas a solução do caso pode transcender a solução que o legislador teria encontrado se não existisse espaço para o acordo. Pode transcender por homenagem ao princípio de justiça o que, todavia, deve ser aprovado por uma entidade judiciária para se evitar, por um lado, a privatização do conflito e, por outro, a aplicação de sanções injustas.

Trata-se aqui também de dar um outro conteúdo ao princípio da proporcionalidade e de encarar o princípio da culpa apenas como pressuposto e não como fundamento da

punição. Sem dúvida. Mas não se vê que haja algum problema em questionar o princípio da proporcionalidade se daqui resultar maior justiça na resolução do caso concreto. Posto é que esse questionamento produza uma maior eficácia na aplicação da justiça penal.

Não cabe aqui exaurir que tipo de criminalidade poderia entrar no domínio do direito penal da reparação, da inclusão. Em outro escrito,[508] já questionámos mesmo se a justiça restaurativa não poderia ser aplicadas a casos de terrorismo ou a crimes de motivação cultural. Casos em que, necessariamente, se discutem verdadeiramente os limites do direito penal positivo e onde se joga o princípio da subsidiariedade penal.

Naturalmente que uma tal hipótese suscita as maiores reservas. Mas já não haveria problemas de maior se pudéssemos abrir essa porta aos conflitos interpessoais. Não será difícil perceber que o acordo reparador poderia constituir uma solução adequada a este tipo de problemas. Nele, a dimensão axiológica claramente sobrepõe-se à normativa; nele, o conflito pode ser resolvido atendendo às exigências do caso concreto, através de soluções adequadas, evitando propostas que, apesar de legais, sejam manifestamente injustas ou incompreensíveis. Afinal, uma justiça penal reparadora, de tipo ressocializadora, pode ser uma justiça interrelacional e interpessoal muito mais eficaz do que a aplicação de uma pena (quantas vezes suspensa ou sem sentido ressocializador).

Se pensarmos em crimes de motivação cultural, para tomarmos um exemplo, podemos facilmente concluir que o direito penal atual permite todo um conjunto de expedientes dogmáticos, legais,[509] que, contudo, poderão não constituir a solução mais justa do caso. Uma justiça penal da reparação seguramente que permitiria um outro tipo de abordagem e de resolução deste tipo de casos.

E isso evitaria o problema de ter de recorrer à justiça restaurativa, como solução alternativa da justiça penal tradicional, quando sabemos que aquele modelo, na sua pureza, coloca problemas de difícil superação: como já vimos, prescinde da tipicidade penal (o que gera incerteza e desigualdade); não oferece soluções nos casos em que não há vontade ou acordo; privatiza a resolução do conflito penal, com todas as implicações negativas que tem, desde logo, pela perda de garantias; substitui categorias penais como a culpa, por

---

[508] No *nosso* "Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa", in Teresa Beleza *et. al.* (Orgs.), *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 97 e ss.

[509] Sem admitir o recuo do direito penal frente a condutas culturalmente motivadas, mas igualmente censuráveis, porque atentatórias de bens jurídicos, sempre se poderia recorrer a todo um leque de soluções dogmáticas: por exemplo, o recurso ao conceito de *ação socialmente adequada*, do *consentimento,* do *exercício de direitos, como o direito à cultura,* ou da *exclusão da culpa*, ou ainda o recurso ao *erro sobre a ilicitude* que poderia ser apresentado como fenómeno susceptível de afastar a culpa, ou até de um *erro de compreensão culturalmente condicionado,* ou mesmo de um *estado de necessidade desculpante*. E, mesmo que a conduta tivesse de ser punida, não estaria arredada a possibilidade de *atenuação especial da pena*. Tudo ou quase tudo acabaria por ser considerado adequado, justificado, desculpabilizado, numa palavra, jurídico-penalmente "compreendido". Até porque, concordando neste ponto com Silva Dias, "Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 2.º, Abril-Junho 1996, p. 215 e ss., duas dificuldades relevantes são apontadas: "a norma legal vê afectada a sua facticidade pelo costume contrário e padecerá normalmente de um elevado índice de ineficácia, integrando o âmbito da chamada 'legislação simbólica'; por outro lado, a afirmação da prevalência da lei (…) não significa ainda a punibilidade de todos os comportamentos praticados ao abrigo das regras costumeiras, pois para tal é necessário atribuir o facto ao autor como obra sua de acordo com os critérios da imputação jurídico-penal". E, no entanto, até que ponto seria tudo isto justo?

soluções do direito privado, como a dívida ou o dano, sem atender às especificidades dos bens jurídicos; não atende às exigências de prevenção geral, porque apenas se importa com a resolução do conflito passado e concreto; entre outras questões que agora não importa elencar.

Naturalmente que a justiça restaurativa sempre poderia funcionar como uma boa solução complementar da justiça tradicional. E em alguma situações, como a justiça penal de menores ou a execução de penas ou em conflitos penais interpessoais de baixo potencial ofensivo, seguramente que poderia ter um papel muito relevante.

Mas para a maioria dos casos, por aqueles problemas que se elencou, seria muito questionável a sua eficácia. Mas não seria questionável a vantagem que teria importar para a justiça penal tradicional alguns dos seus méritos.

Por isso, não vemos por que razão não se apostou mais, até hoje. Desde os esforços do "Projeto Alternativo da Reparação" (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*), pouco mais foi feito. Aquele Projeto apontava interessantes pistas para soluções equilibradas, sensatas e viáveis. Basicamente previa três hipóteses de solução em que a reparação atua: como *substitutiva da pena*, "sempre que o castigo não seja indispensável para influir o delinquente ou a comunidade"; como suspensiva da pena – "serve sempre de base a um prognóstico favorável"; como atenuante penal – quando "tenha de ir-se à punição pela reserva preventiva (...) ou que as prestações reparadoras não tenham compensado totalmente, senão em parte, as consequências do facto."[510] Lamentavelmente, um tal esforço poucos efeitos positivos teve nos ordenamentos jurídicos. O direito penal concede algum relevo aos atos reparadores do facto criminoso; o direito processo penal contém alguns espaços de consenso; mas nada que atinja o que o "Projeto Alternativo da Reparação" propunha.

Porém, o caminho não está encerrado...

7. Reflexão conclusiva

Chegados aqui, algumas conclusões podem extrair-se: por um lado, a necessidade de temperar o princípio da legalidade penal com o princípio de justiça; por outro, a necessidade de uma visão metaconstitucional do direito penal, que não dispensa a referência axiológico-normativa da Constituição para o legislador penal, mas que se não reduz a ela para fundamentar a justiça penal; e, finalmente, tanto nas finalidades penais – que além das exigências da culpa e da prevenção, devem responder a necessidades de reparação – como no processo – que, começando por privilegiar uma função criadora do direito por parte do juiz, pode levar a espaços de consenso, de acordo, que não apenas de concordância – pode e deve aprofundar-se o sentido reparador que o próprio direito penal deve perseguir.

Se tudo isto tiver resultado destas considerações postas pelo modelo de justiça restaurativa, então diríamos que do que se trata é de arrancar deste modelo de justiça e inter-

[510] Sobre o Projeto Alternativo, veja-se ROXIN, «La reparación em el sistema jurídico-penal de sanciones», in *Jornadas sobre "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, p. 24 e s.; com desenvolvimentos, BAUMANN, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung. (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)*, München: Beck, 1992, *passim*.

pelar o próprio modelo de justiça penal tradicional, no sentido de uma "restauração" do direito penal.

Resta uma derradeira questão e que vai ao encontro das primeiras palavras com que iniciámos este texto: este direito penal de reparação, mais justo e ressocializador, poderia existir em domínios especiais como seria o militar?

Uma visão conservadora do Direito, certamente que tenderia a responder negativamente. Mas o Direito é tão dinâmico quanto a realidade. O direito militar tem como objecto relações jurídicas militares. A ordem castrense tende a ser perene nos seus conceitos e na sua institucionalização. Mas não é indiferente à dinâmica da vida. A ordem militar evolui e tem dado provas de ser capaz de se modernizar. Aliás, em alguns aspetos, a ordem militar tem até sido exemplar no modo como, mantendo todo um ritual que a caracteriza, procura sempre modernizar-se na forma como se manifesta. A justiça militar não deve ser exceção. E muito muito menos a justiça penal militar. Se o conceito de *camaradagem* deve ser a base do relacionamento entre militares, seria assim tão desprovida uma justiça penal que assentasse na reconstituição dos laços de confiança, de camaradagem, na reparação dos danos, na ressocialização dos que prevaricam – ninguém pode ficar para trás... –, sempre, claro está, que isso fosse possível?

Desde logo, nos crimes interpessoais, em que não relevasse o interesse institucional, mas antes bens jurídicos pessoais, e em situações em que, de acordo com o princípio da subsidiariedade, uma solução por acordo fosse claramente melhor do que uma outra pena, não temos dúvidas de que faria sentido. Naturalmente que tudo isto só seria possível ali, naqueles casos, em que as exigências de prevenção – geral e especial – o permitissem. Não sendo nosso objetivo responder aqui e agora à questão colocada, serve esta reflexão para uma eventual ponderação futura quando se procurar, também na justiça penal militar, uma noção de justiça penal mais justa.

ADVOCACIA CONSULTIVA E CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES PELO PODER PÚBLICO: análise sob o panorama normativo atual e evolução jurisprudencial

Patrícia Rosset[511]

Leonardo Carvalho Rangel[512]

RESUMO

A contratação de advogados particulares pelo Poder Público tem suscitado amplo debate no campo jurídico, notadamente em virtude da adoção de medidas por parte de alguns órgãos de controle voltadas à responsabilização de agentes públicos, tanto em âmbito administrativo, a exemplo de processos que tratam do tema nos Tribunais de Contas, quanto na esfera judicial, a partir da tramitação de ações de improbidade administrativa afetas a tal problemática. Nosso trabalho disserta sobre a contratação de advogados particulares pelo Poder Público, a interferência indevida dos órgãos de controle no exame discricionário da Administração acerca da escolha mais compatível com a finalidade pública almejada, bem como sobre a natureza singular da prestação de serviços advocatícios sob a ótica normativa atual e evolução jurisprudencial. Para tanto, valeu-se da revisão de bibliográficas de especialistas como Bandeira de Mello (2005) e Niebuhr (2014), e de revisão de documentos como decisões judiciais paradigmáticas, Lei Federal nº 8.909/1994 (Estatuto da Advocacia) e, dentre outros, Lei de Licitações de 1993. As conclusões a que se chegou de que a inexigibilidade licitatória consubstancia regra e vetor na contratação de advogados particulares, notadamente para prestação de serviços advocatícios de natureza consultiva, considerada sua natureza estratégica nos dias atuais, marcados pela prevalência de soluções que evitem conflitos e litígios e que busquem sedimentar a tomada de decisão de agentes públicos na estruturação de políticas público de relevo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Público. Contratação de advogados. Estatuto da OAB.

ABSTRACT

The hiring of private lawyers by the State has given rise to a wide debate in the legal field, notably due to the adoption of measures by some control bodies aimed at holding public

[511] Doutora em Direito constitucional pela PUC-SP (2012). Mestre em Filosofia do Direito e Direito do Estado pela PUC-SP (2006). Mestre em Direito do Estado – sub área Constitucional pela UFPR – PR (2004). Presidente da Associação dos Assessores Técnicos-Legislativos – Procuradores da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Parlamentar. Membro fundador da associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, secção do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Presidente do Instituto Legislativo Paulista (2015/2016). Na OAB/SP foi membro de várias comissões. Servidora aposentada da Alesp onde atuou de 1982 a 2016. Professora e Advogada.

[512] Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP (2016). Especialista em Direito Econômico pela FGV-SP (2012). Graduado em Direito pela UPM (2008). Professor Universitário e Advogado. Desempenhou, ao longo dos anos de 2015 e 2016, as funções de Secretário Geral da Administração da Assembleia Legislativa de São Paulo e de Conselheiro da SPPREV.

agents accountable, both in the administrative scope, as in cases dealing with the subject. in the Courts of Accounts, as well as in the judicial sphere, from the processing of administrative improbity actions related to this problem. Our work talks about the hiring of private lawyers by the State, the undue interference of the control bodies in the discretionary examination of the Administration about the most compatible choice with the desired public purpose, as well as about the unique nature of the provision of legal services from the perspective current regulations and jurisprudential evolution. To this end, it was used a review of bibliographic experts such as Bandeira de Mello (2005) and Niebuhr (2014), and a review of documents such as paradigmatic court decisions, Federal Law nº 8.909/1994 (Legal Profession) and Bidding Law of 1993. The conclusions reached that the unenforceability of bidding constitutes a rule and vector in the hiring of private lawyers, notably for the provision of legal services of an advisory nature, considering its strategic nature nowadays, marked by the prevalence of solutions that avoid conflicts and litigation and that seek to consolidate the decision-making of public agents in the structuring of relevant public policies.

KEYWORDS: State. Hiring lawyers. Statute of the OAB.

EMENTA: Contratação de advogados particulares pelo Poder Público. A interferência indevida dos órgãos de controle no exame discricionário da Administração acerca da escolha mais compatível com a finalidade pública almejada. Natureza singular da prestação de serviços advocatícios sob a ótica normativa atual e evolução jurisprudencial. Inexigibilidade de licitação como regra e vetor das contratações públicas para prestação de serviços advocatícios. Análise da razoabilidade do preço e compatibilidade com o regime de inexigibilidade licitatória. A relevância estratégica da advocacia consultiva para o Poder Público. Conclusões.

A contratação de advogados particulares pelo Poder Público tem suscitado amplo debate no campo jurídico, notadamente em virtude da adoção de medidas por parte de alguns órgãos de controle voltadas à responsabilização de agentes públicos, tanto em âmbito administrativo, a exemplo de processos que tratam do tema nos Tribunais de Contas, seja na esfera judicial, a partir da tramitação de ações de improbidade administrativa afetas a tal problemática.

A postura adotada por alguns órgãos de controle, em especial por parcela de agentes do Ministério Público, parece estar alicerçada em duas questões jurídicas essenciais, quais sejam, (des)necessidade de contratação de advogados particulares por órgãos que detém corpo jurídico próprio e (não) obrigatoriedade do regime de licitação para contratações do tipo sob exame.

Com relação ao questionamento da contratação de advogados particulares diante da presença de corpo jurídico próprio, contrários advogam que tais relações negociais seriam desnecessárias, uma vez que advogados públicos, procuradores de carreira, ingressos na Administração pela via regular do concurso público, deveriam atender, em sua totalidade e sob qualquer circunstância, quaisquer demandas na esfera jurídica de interesse do Poder Público.

Sob um segundo viés, argumenta-se que a contratação de advogados particulares demandaria regular e ordinário processo licitatório, sendo inviável cogitar de escolha fundamentada nas hipóteses legais de inexigibilidade de licitação, as quais, como sabido, pressupõem ausência de condições objetivas de competição.

Para os defensores dessas duas principais teses contrárias à contratação de advogados particulares, eventuais ajustes entre causídicos e órgãos do Poder Público repercutiriam virtual dano ao erário sob a ótica da desnecessidade da contratação dos serviços (quando existente corpo jurídico próprio) e da vantajosidade (ante a falta de condições competitivas em cenário licitatório que possam influir na ulterior fixação de preços contratados).

Em contraposição direta aos argumentos acima expostos, mas em linha com a jurisprudência recente[513] e a balizada doutrina,[514] parece-nos que a defesa em torno da inviabilidade de contratação de advogados particulares simplesmente em razão da prévia existência de corpo jurídico próprio vulnera o cerne do exame discricionário da Administração acerca da escolha mais compatível com a finalidade pública almejada.

O prenúncio, *ex ante*, de uma suposta desnecessidade na contratação de advogados particulares em referência a mera presença de corpo jurídico próprio não se mostra capaz de alcançar uma ampla gama de situações em que, seja em decorrência de questões de natureza singular, seja em razão de circunstâncias excepcionais, a contratação de terceiros para serviços de assessoria jurídica plenamente se adequa aos legítimos interesses da Administração.

Nesse contexto, como se poderia sindicar a contratação de um advogado particular, dotado de notório saber jurídico, para tratar de questões singulares como, por exemplo, a delimitação de uma política pública inédita a partir de fomento conjunto de órgãos nacionais e internacionais e que exigisse, por exemplo, projeto de lei específico a ser elaborado sob os rigores da técnica legística pelo Executivo para ulterior análise e aprovação do Poder Legislativo?

---

513 Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. CARTA-CONVITE. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO MUNICIPAL QUE NÃO INVIABILIZA O CERTAME. RESPEITO ÀS REGRAS DO 22, III, § 3º E 23, II, A DA LEI 8.666/93. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE ATO QUE ATENTE CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA 8.429/92 NÃO CONFIGURADA.

1. Tendo em vista que o objeto da licitação por carta-convite foi considerado pelo próprio Ministério Público autor como trabalho rotineiro, não há falar na necessidade de comprovação da notória especialização dos causídicos concorrentes.

2. A existência de corpo jurídico no âmbito da Municipalidade, só por si, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para a Prefeitura.

3. A licitação do objeto do contrato mediante carta-convite atendeu às regras previstas nos arts. 22, III, § 3º e 23, II, a da Lei nº 8.666/93, motivo pelo qual não há falar na caracterização do ato ímprobo descrito no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, consubstanciado em "frustar a licitude de processo licitatório".

4. O contexto fático probatório dos autos permite concluir que o procedimento licitatório adotado pelo gestor respeitou os princípios da legalidade, da finalidade, da impessoalidade e da moralidade, norteadores da administração pública, inexistindo, portanto, ato de improbidade enquadrável no art. 11 da LIA.

5. Recursos especiais providos, com a consequente improcedência da ação de improbidade movida contra os recorrentes (advogado contratado e o então prefeito).

(REsp 1626693/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 03/05/2017).

514 Niebuhr, Joel de Menezes. *Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados na jurisprudência dos tribunais superiores*. In: O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello / Coordenadores Flávio Henrique Unes Pereira; Márcio Cammarosano; Marilda de Paula Silveira; Maurício Zockun. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 475.

O que se poderia se falar sobre a contratação de advogados para assessoramento em torno de numerosas, complexas e extraordinárias demandas judiciais propostas em face de pessoas jurídicas de direito público cujas partes adversas (se pessoas de direito privado) estivessem assessoradas por profissionais de elevado saber e conhecimento jurídicos?

Como se observa, os que se propagam contrários à contratação de advogados particulares por inferência de que a presença, por si só, de um corpo jurídico próprio seria suficiente para atender todas as necessidades da Administração, esbarram no exame elementar de que apenas o agente público pode, no exercício de atos de competência discricionária, avaliar quais os meios adequados às finalidades públicas almejadas.

De outro lado, descabe cogitar, como regra, da obrigatoriedade de licitação para contratação de advogados particulares justamente porque, em sua essência, a prestação de serviços advocatícios detém natureza singular, de traço intelectual e criativo único, a justificar a inexigibilidade (dada a sua inviabilidade) de licitação por expresso amparo legal (artigos 13 c.c. 25, II e §§, da Lei Federal nº 8.666/1993, artigo 3-A da Lei Federal nº 8.906/1994 e artigos 6º, XVIII e 74, III e §§, da Lei Federal nº14.133/2021, cujo alcance será abordado adiante).

Acerca da caracterização da prestação de serviços advocatícios como natureza singular, desde a edição da Lei nº 8.666/93, a doutrina[515] há tempos considera o fundamento do artigo 25, II, da referida lei,[516] como aplicável às contratações da espécie, notadamente porque pareceres (artigo 13, II), assessorias ou consultorias técnicas (artigo 13, III) e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, V) são qualificados como "serviços técnicos profissionais especializados" e sujeitos expressamente à inexigibilidade de licitação (§§ 1º e 3º do artigo 13).[517]

Forçoso notar que o artigo 13, II e III, da Lei Federal º 8.666/93, trata especificamente da qualificação de serviços como elaboração de parecer e consultorias, os quais se mostram totalmente aplicáveis ao campo da advocacia consultiva por força do disposto no artigo 1º, II, da Lei Federal nº 8.909/1994 (Estatuto da Advocacia).[518]

---

515 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 508.

516 Art. 25.É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)
II-para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

517 Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
(...)
II- pareceres, perícias e avaliações em geral;
III -assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (...)
V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
§ 1o Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.
(...)
§ 3o A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

518 Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

Sob a égide exclusiva das normativas dispostas na Lei Federal nº 8.666,[519] o Supremo Tribunal Federal produziu precedentes sobre o tema[520] que, em suma, rechaçaram interpretações tendentes a infirmar qualquer possibilidade fática de contratação direta de advogados com fundamento no artigo 25, II, da Lei de Licitações de 1993.

Ademais, a Corte deixou marcada a diferenciação entre a contratação direta em caso de unicidade de fornecedor (artigo 25, I) e de notória especialização e objeto de natureza singular (artigo 25, II), sendo a última plenamente aplicável mesmo na hipótese de pluralidade de especialistas.

O STF ainda consolidou a premissa de que a eventual existência de corpo jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação de advogados particulares por inexigibilidade. Admitir o contrário seria reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 13, incisos II, III e V da Lei 8.666/93, que, como já exposto acima, expressamente admite a contratação de pareceres, consultorias técnicas e patrocínio de causas judiciais e administrativas.

Por fim, à luz das premissas constantes dos julgados da Corte, a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios e à luz dos seguintes enunciados da Lei Federal nº 8.666/93:

a) necessidade de procedimento administrativo formal, nos termos dos artigos 26, 60 a 64;

b) notória especialização do profissional a ser contratado nos termos do artigo 25, §1º;

c) natureza singular do serviço, compreendida a partir da atividade que "envolva complexidades que tornem necessária a peculiar *expertise* (...)" e torne "inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado";[521]

d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público, notadamente em situações marcadas pela urgência na execução dos serviços jurídicos, número insuficiente no quadro, falta de especialização dos profissionais para realização do serviço, excesso de demanda e interesses eventualmente conflitantes com os da consultoria jurídica; e

e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço nos termos do artigo 48, mediante demonstração de que os valores fixados se encontram dentre faixa de razoabilidade segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

(...)
II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

519 Como sabido, a Lei Federal nº 8.666/1993 será, dois anos após a publicação da Lei Federal nº 14.133/2021, integralmente revogada (art. 193, II, da Lei Federal nº 14.133/2021), sendo aplicada, por ora, consoante os termos do artigo 189 da Lei Federal nº 14.133/2021.

520 Inq 3077, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012) e Inq 3074, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02- 10-2014 PUBLIC 03-10-2014).

521 Trecho constante do voto do Relator nos autos do Inquérito 3074-SC, acima citado.

A par da pacífica jurisprudência e interpretação dominante da doutrina sobre a licitude da contratação de advogados particulares pelo Poder Público, a controvérsia em torno do tema, ao invés de arrefecer, potencializou-se, à evidência da miríade de processos em trâmite perante o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas que insistem em discutir a regularidade das mencionadas contratações.

Diante da assinalada controvérsia, em especial do gravame causado por uma série de condenações judiciais em ações de improbidade administrativa propostas contra agentes públicos e advogados contratados sob o fundamento legal de inexigibilidade licitatória, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs, em agosto de 2016, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 45 com o objetivo de declarar, em julgamento de mérito que se avizinha,[522] a constitucionalidade dos artigos 13, V e 25, II, da Lei Federal nº 8.666/93.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal foi provocado, agora em sede de controle concentrado, a analisar a constitucionalidade dos mencionados dispositivos e, assim, conferir necessária segurança jurídica a inúmeros gestores públicos que almejam contratar, a partir de indissociável e fundamental elemento de confiabilidade, advogados gabaritados e especialistas para defesa de interesses jurídicos.

É digno ainda de nota que com a promulgação da Lei nº 14.039, de 17 agosto de 2020, após derrubada de veto imposto pela Presidência da República, houve o acréscimo do seguinte dispositivo no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994):

"Artigo 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

A inovação legislativa, além de frisar o aspecto subjetivo de contratação por notória especialização já previsto na conceituação constante do artigo 25, §1º, da Lei 8.666/1993, inova ao enaltecer o aspecto objetivo do ajuste no sentido de que os serviços prestados por profissionais notórios e especializados são, presumidamente, de natureza singular.

Nesses moldes, não há dúvidas de que, com o advento da Lei Federal nº 14.039/2020, a presunção legal de singularidade do objeto atrelada à notória especialização do advogado evidencia a modalidade de inexigibilidade licitatória como regra e vetor na prestação de serviços advocatícios.

---

[522] O julgamento foi iniciado no Plenário Virtual aos 16/10/2020 e o voto do Relator Ministro Luis Roberto Barroso, foi seguido por outros seis Ministros (Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli) com a fixação da seguinte tese: "São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado". Após pedido de destaque do Ministro Gilmar Mendes, formulado aos 23/10/2020 para continuidade do julgamento de forma presencial. Mais recentemente, houve determinação da Presidência do STF de inclusão na pauta de julgamento do dia 04 de maio de 2022, em conjunto com os Recursos Extraordinários 610.523 e 656.558, que tratam da mesma temática.

A propósito, vale destacar que em julgado de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, datado de 2007, o Supremo Tribunal Federal já naquela época reconhecia a extrema dificuldade em cogitar, mesmo em tese, de licitação para contratação de serviços advocatícios. Como assinalado pela Corte, o impedimento da realização de certame licitatório decorre da incompatibilidade ética do regime de competição na esfera da advocacia, à luz do disposto nos artigos 34, IV, do Estatuto da OAB[523] e 7º do Código de Ética e Disciplina:[524]

> EMENTA: (...) III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. **Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão** (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º) (HC 86198, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE,Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00058 EMENT VOL-02282-05 PP-01033)

A presunção legal quanto à singularidade do objeto introduzida pela Lei 14.039/2020, consagra, portanto, a partir de uma interpretação conjunta e sistemática, a premissa de inviabilidade do regime de competição no ramo de advocacia, seja em decorrência da proibição da mercantilização nos termos do artigo 5º do Código de Ética e Disciplina[525] - que detém natureza normativa nos termos do artigo 33 do Estatuto da OAB, seja em razão do aspecto subjetivo e ínsito de confiabilidade, que impede o julgamento objetivo de proponentes causídicos.

Sobre a ausência de condições objetivas para julgamento, vale transcrever trechos dos votos proferidos, respectivamente, pelos Ministros Eros Grau e Cármen Lucia nos autos da Ação Penal nº 348,[526] que bem evidenciam o caráter discricionário da contratação de

---

[523] Art. 34. Constitui infração disciplinar:(...) IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

[524] Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

[525] Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

[526] EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.
A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga

advogados pelo Poder Público, voltado à escolha do trabalho essencial e mais adequado à satisfação das necessidades da Administração, *in verbis*:

Min. Eros Grau: "[...] o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93)'.

Min. Cármen Lúcia: "No caso de contratação de advogado, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o art. 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos pelo art. 3º é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Esse é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação – artigo 25 c.c. artigo 13."

Nessas bases, notamos que a subjetividade constitui marca intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade dos serviços advocatícios, a impedir a competição e, por consequência, a instauração de processo licitatório.

Acerca da higidez da contratação de advogados por inexigibilidade licitatória, Lucas Rocha Furtado acentua que "a não ser diante de casos em que fique flagrantemente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, a escolha do contratado pelo administrador, desde que demonstrados os requisitos objetivos necessários ao enquadramento no permissivo legal, deve ser considerada legítima."[527]

Como último traço da evolução legislativa, cumpre realçar que a Nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, trouxe disposições específicas quanto à qualificação dos serviços especializados (artigo 6º, XVIII)[528] sujeitos ao regime da inexigibilidade licitatória (artigo 74, III e §§3º e 4º).[529]

---

improcedente. (AP 348, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322)

[527] Curso de Licitações e contratos administrativos. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 102.

[528] Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;
d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

[529] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

Em comparação ao regime fixado pelo artigo 25, II, da Lei 8.666/93, Marçal Justen Filho[530] anota que o artigo 74, III, da Lei 14.133/2021, trouxe a supressão do objeto singular como requisito para a inexigibilidade licitatória associada ao relevo conferido ao requisito da notória especialização, desde que essencial e adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Veja-se:

> 29) A Lei 14.133/2021 e a ausência de alusão ao objeto singular
> A eliminação da exigência de objeto singular, solução consagrada na Lei 14.133/2021, não pode ser interpretada na acepção da viabilidade de contratação por inexigibilidade de licitação de todo e qualquer serviço referido no elenco do inc. III do art. 74 da Lei 14.133/2021.
> (...)
> 30) A notória especialização
> O inc. III alude à contratação com profissional ou empresa dotado de notória especialização. A inviabilidade de competição se verifica não apenas nas hipóteses em que o contratado é titular de notória especialização, mas também em virtude do reconhecimento de que a referida notória especialização é indispensável para a satisfação adequada dos interesses da Administração.
> 30.1) A alteração da função normativa
> A notória especialização adquiriu maior relevância normativa em vista da solução adotada pela Lei 14.133/2021, a qual não mais alude a objeto singular. Por isso, a notória especialização – um atributo subjetivo do contratado – torna-se um critério para determinar os pressupostos de configuração da inviabilidade de competição. A complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração. Para evitar o despropósito de contratação de pessoas não qualificadas para execução de serviços de natureza singular, a lei exigiu o preenchimento do requisito da notória especialização.
> (...)
> 30.2) A questão da necessidade e adequação
> O § 3.º refere-se à condição da notória especialização como uma comprovação de que o serviço do particular é "essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
> A referência à essencialidade indica que a qualificação pessoal diferenciada é necessária para a satisfação do objeto contratual. A evidente incorporação da proporcionalidade à definição de notória especialização apresenta uma dimensão normativa relevante.

---

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (...)
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

[530] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico] / Marçal Justen Filho. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, RL 1-21.

> Trata-se de reconhecer que o objeto contratual não comportaria satisfação sem a prestação do serviço do sujeito contratado. Daí se segue que o requisito da notória especialização adquire relevância central para a configuração da inviabilidade de competição.

Do acima exposto, depreendemos que a evolução normativa e jurisprudencial acerca das condições de inexigibilidade de licitação edifica o requisito da notória especialização como a pedra angular da contratação de advogados para satisfação do objeto a ser contratado de acordo com as peculiaridades e complexidades observadas pelo gestor público.

No que concerne aos requisitos formais para contratação de advogados por inexigibilidade de licitação, destacamos que a discussão em torno da razoabilidade do preço ganha especial relevo, na medida em que há uma tendência dos órgãos de controle em ditar, segundo sua concepção subjetiva e sem qualquer parâmetro justificável, quais seriam os patamares aceitáveis de fixação dos honorários advocatícios propostos ao Poder Público.

Em nossa concepção, dada a inviabilidade de competição entre causídicos nas hipóteses de contratação por notória especialização para atendimento de finalidades específicas da Administração, a análise acerca da razoabilidade do preço ofertado deve adotar como parâmetro valores anteriormente praticados pelo próprio contratado. A esse respeito, vale realçar que, segundo o Informativo de Licitações e Contratos n. 361, o Tribunal de Contas da União já contemplou tal orientação. Confira-se:

> A justificativa de preço em contratação decorrente de inexigibilidade de licitação (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) pode ser feita mediante a comparação do valor ofertado com aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar.

Sob último giro de análise, no que se refere especificamente à atividade de consultoria jurídica, privativa da advocacia por expressa previsão legal (artigo 1º, II, do Estatuto da Advocacia), não há dúvidas de que a busca de soluções em torno de problemas enfrentados no decorrer da implantação de políticas públicas ou mesmo a tarefa de elaboração de complexas modelagens jurídicas voltadas às atividades de fomento, planejamento ou regulação promovidas pelos entes estatais exigem, em escala crescente e exponencial, a participação ativa de advogados notoriamente especializados.

Do contrário, ao alijar os poderes públicos da possibilidade de contratação de advogados particulares especializados para elaboração de complexos arranjos estruturais, que, não raro, envolvem interface com entes do setor privado altamente qualificados, os órgãos de controle que insistem na tese de criminalização desse tipo de contratação acabam por condenar gestores e a própria máquina estatal ao atraso e, com isso, inibem o aprimoramento de técnicas e soluções atualizadas face aos desafios socioeconômicos e ambientais voltados à efetivação de políticas públicas.

Nesse espectro, a relevância estratégica da advocacia consultiva, notadamente em um contexto crescente de desincentivo à litigiosidade, marcado inclusive pela promulgação da Lei Federal 13.140/2015 (que dispõe sobre mecanismos de autocomposição no âmbito da administração pública), ganha contornos que evidenciam a necessidade de busca de soluções qualificadas, por quadro especializado, a partir de questões jurídicas complexas e mandatórias.

CONCLUSÃO

Após exame atento da evolução normativa e jurisprudencial sobre o tema, fica claro que a inexigibilidade licitatória consubstancia regra e vetor na contratação de advogados particulares, notadamente para prestação de serviços advocatícios de natureza consultiva, considerada sua natureza estratégica nos dias atuais, marcados pela prevalência de soluções que evitem conflitos e litígios e que busquem sedimentar a tomada de decisão de agentes públicos na estruturação de políticas público de relevo.

A CORREIÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz[531]
Ministro do Superior Tribunal Militar

TenCelQCO Renata Santos Ribeiro[532]

RESUMO

O artigo discorre sobre as nuances do instituto da Correição, a qual se destina a verificar a regularidade da atividade judiciária. Além disso, aborda-se a competência do Ministro-Corregedor, magistrado com jurisdição extraordinária permanente sobre todos os juízes e serventuários da Justiça Castrense. Inicialmente, realiza-se uma análise histórica do poder correicional, cuja origem remonta às Ordenações Filipinas, até a edição da Lei 13.774/2018, quando foi instituída a Corregedoria da Justiça Militar. A partir desse normativo, atribuiu-se ao Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar a função de Ministro-Corregedor e a um magistrado de primeira instância o cargo de Juiz- Corregedor Auxiliar. Disserta-se, ao final, sobre a Jurisdição Correicional e sobre os tipos de Correição previstas na Lei de Organização Judiciária Militar. A conclusão demonstra a relevância das atribuições corregedoras para o restabelecimento da ordem e da eliminação dos desvios que afetam ou comprometem o atingimento dos fins da Justiça Militar, bem como a garantia da segurança da magistratura e preservação da dignidade e independência no exercício jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Correição. Justiça Militar da União. Lei de Organização Judiciária. Corregedoria da Justiça Militar da União.Jurisdição correicional.

ABSTRACT

The article demonstrates the nuances of the Inspection Institute, which is intended to verify the regularity of the judicial activity. In addiction, the jurisdiction of the Justice-Inspector, a magistrate with permanente extraordinary jurisdiction over all judges and servants of the Military Justice. Initially, a historical analysis of the inspectional power is carried out, which has its origins in the Philippine Ordinances, until the enact ment of Law 13.774/2018, when the Internal Affairs Office of Military Justice was created. The Deputy Chief Justice of the Superior Military Court was assigned the function of Justice-Inspector and a judge of first instance was assigned the position of Auxiliar Judge-Inspector. Finally, it discusses the Inspectional Jurisdiction and the kinds of inspection provided for the Military Judicial Organization Law. The conclusion will show the relevance of the corrective attributions for the restoratio no forder and the elimination of deviations that affector compromisse the achievement of the purposes of Military Justice, as well as the guarantee of the security of the judiciary and preservation of dignity and independence in the judicial exercise.

KEYWORDS: Inspection. Union Military Justice. Judicial Organization Law. Jurisdiction. Union Military Justice Internal Affairs.

---

[531] Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar e Corregedor da Justiça Militar da União.

[532] Tenente Coronel do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

A correição é um instituto tradicional do Direito Brasileiro, que se destina a verificar a regularidade da atividade judiciária. No âmbito da Justiça Militar da União é exercida pela Corregedoria da Justiça Militar, órgão de fiscalização, disciplina e orientação jurídico-administrativa permanente aos magistrados e servidores das Auditorias.

O reconhecimento da competência privativa do juiz da causa para conduzir e dirigir processos, não o exime de prestar contas do trabalho realizado nem de se sujeitar à fiscalização de sua atividade judicante. Ademais, tanto no exercício da função jurisdicional quanto na administrativa, está sujeito ao cumprimento de deveres, à apuração de responsabilidades e à aplicação de penalidades.

As atividades de correição não desafiam a independência funcional dos magistrados, pois a análise correicional é específica e delimitada à regularidade da intervenção, com vistas a analisar a efetividade da prestação jurisdicional, a documentação de cartório, as rotinas e demais procedimentos burocráticos. Tudo isso com a garantia da magistratura independente, imparcial e digna, porque somente assim se pode realizar justiça e garantir a sobrevivência das instituições democráticas.

O Ministro-Corregedor é o magistrado com jurisdição extraordinária permanente sobre todos os juízes e serventuários da Justiça castrense em primeira instância. É a mais alta autoridade no tocante à fiscalização da disciplina da atividade judicante e não desempenha funções processuais-jurisdicionais quando inspeciona as Auditorias e as secretarias.

Tratar das correições, longe de ser enfadonho, é palpitante e de extrema importância na atividade judiciária castrense, contudo, verifica-se carência de estudos doutrinários mais aprofundados sobre o tema.

2. HISTÓRICO

No regime senhorial português, o Rei era o regedor da justiça, seu representante e adjunto para tais assuntos, o "co-regedor". Conservou-se o sentido de correição, mas o cargo passou a ser denominado "corregedor da justiça". Segundo o magistério de Ives Gandra da Silva Martins Filho, "o corregedor era cargo de confiança régia criado no século XV (em Portugal) e a partir do século XVII na colônia."[533]

No Brasil, o poder correicional tem sua origem nas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603,[534] tratam-se da compilação de normas que resultou da reforma feita por Felipe I, de Portugal, ao Código Manuelino durante o período da União Ibérica. Ao fim da União, o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João VI. Já naquele período se considerava necessária a correição como poderoso e salutar freio contra eventuais erros e abusos porventura cometidos.[535]

Conforme destaca o douto professor da Universidade Técnica de Lisboa António Vasconcelos de Saldanha citado pelo ilustre Desembargador do Tribunal Regional do Tra-

---

[533] *In* O sistema legal e o judiciário brasileiro. Impreta: São Paulo, Ltr, 2000, p. 26-27.

[534] Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em 12.11.2021.

[535] MAGALHÃES, Acyndino Vicente de. O conceito da Correição no Direito Judiciário Militar Brasileiro. Arquivo de Direito Militar, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, Ano III, N. 1, maio a agosto de 1944, p. 431.

balho da 3ª Região, Milton Vasques Thibau de Almeida,[536] a superioridade régia, em matéria de Justiça, não se manifestou unicamente na reserva da apreciação final de determinadas causas ou no estabelecimento de uma hierarquização de juízos, havia uma constante invocação e aplicação prática do superior direito de fiscalizar, corrigir e punir os eventuais desmandos das administrações inferiores, relativas às justiças senhoriais. Tal missão era outorgada aos elevados servidores que fossem da confiança do Rei, a fim de que, munidos de outorga, percorressem o território do Reino.

Nesse sentido, em 1686, atribuiu-se poder correicional aos "Corregedores de Comarcas" para o reino de Portugal e Ultramar, como forma de coibir abusos na administração da justiça. Eram considerados "juízes dos juízes".

A Lei portuguesa de 19.7.1790, denominada "Lei da reforma das Comarcas", proclamava a correição como recurso extraordinário, exercitado pelo poder do Soberano. Modernamente, foi prevista no Código de Processo Criminal do Império – Lei 261, de 3.12.1841.[537] O art. 26 da referida norma previa que os Juízes de Direito, nas correições nos Termos de suas Comarcas, deveriam examinar todos os processos de formação de culpa, processos crimes que tiverem sido sentenciados, os livros dos tabeliães e escrivães, bem como, se os juízes responsáveis pelas audiências eram assíduos e diligentes no cumprimento dos seus deveres. Conforme se verifica da leitura do artigo, já começava a se desenhar os contornos do instituto da correição.

A referida norma deu origem ao Regulamento 120, de 31.1.1842,[538] que desdobrou o tema no Capítulo "Da jurisdição criminal dos Juízes de Direito das Correções" – artigos 201 a 210. Tal norma reduziu a ampla extensão da atividade correicional estabelecida pelas Ordenações Filipinas, restringida à correição de natureza judicial, com funções atribuidas aos juízes de direito, no âmbito de suas respectivas comarcas. Tal configuração veio a influir decisivamente nas normas que se seguiram.

Nesse contexto, detalhou-se o âmbito de atuação do Juiz de Direito na atividade de correição. A referida norma, em linhas gerais, previa: nos processos pendentes em que ainda não havia sentença, cabia ao Juiz emendar erros e irregularidades, com vistas a sanar nulidades e permitir o perfeito conhecimento da verdade; nos processsos findos, examinava a atuação dos Juízes, para verificar se agiram com prevaricação, mediante peita ou suborno, com a devida responsabilização; ainda, verificava o efetivo atendimento das formalidades legais referentes à escrituração dos livros dos Tabeliães e Escrivães.

A matéria atingiu maturação do ponto de vista legislativo com o Decreto 834, de 2.10.1851,[539] que estabeleceu o Regulamento para as Correições no Direito nacional. Composto de 59 artigos, determinava aos Juízes de Direito a instauração da correição ordinária anual, para examinar a regularidade dos processos findos e em andamento, os serviços de cartório, promover audiências públicas de correição, verificar autos, livros e demais papéis judiciais, além da qualificação do pessoal da justiça.

---

[536] *In As Capitanias*: O Regime Senhorial na Expansão Ultramarina Portuguesa. Funchal: Centro de Estudos de História do Atlântico. 1991. apud Jurisdição Correicional. Homenagem ao Desembargador Corregedor Bolívar Viégas Peixoto. Milton Vasques Thibau de Almeida, coordenador e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2016, p. 38.

[537] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm>. Acesso em 12.11.2021.

[538] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm>. Acesso em 12.11.2021.

[539] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-834-2- outubro-1851-559565-publicacaooriginal-81859-pe.html>. Acesso em 12.11.2021.

No serviço de correição, o juiz corregedor podia proferir cotas, despachos, sentenças ou provimentos. Tais atos possuiam formas e fins distintos: as cotas, escritas à margem dos autos, serviam como simples advertência para as emendas e remissões; os despachos tinham por objetivo ordenar qualquer diligência; as sentenças, por sua vez, destinavam-se a julgamentos e emendas de nulidades, com imposição de penas disciplinares ou responsabilidade; os provimentos visavam orientação.

Naquele período os delegados de polícia, juízes municipais, promotores públicos e curadores da Comarca também se sujeitavam à correição. Produto da engenharia jurídica brasileira, o Regulamento, publicado há 170 anos, é considerado uma obra-prima da produção legislativa, a revelar a elevada atenção dos governantes com os serviços de justiça no Império.

A reforma judiciária implantada com a promulgação da Lei 2.033, de 20.9.1871, colocou em dúvida a subsistência da correição nos moldes até então vigentes, diante da amplitude dada à competência dos juízes de direito e a criação de comarcas especiais.[540]

Com a proclamação da República, as normas de organização judiciária federal não previram, em um primeiro momento, o instituto correicional, apenas o regime disciplinar ordinário. Destaque-se que o art. 210 do Decreto 1.030, de 14.11.1890,[541] que visava organizar a Justiça no Distrito Federal, revogou o Regulamento para as Correições.

Em 1908, a Lei 2.050, de 31.12.1908,[542] em seu art. 3º, VIII, autorizou o Poder Executivo a expedir novo regulamento de correição para a justiça do Distrito Federal. Contudo, tal norma não foi expedida e, quase três anos depois, já em uma segunda reorganização da justiça, o Decreto 9.263, de 28.12.1911, estabeleceu a correição parcial e a correição geral do foro de 2 em 2 anos.

Dessa forma, a correição anual feita pelos antigos juízes de direito nos limites de suas comarcas, foram substituídas pelas correição geral e bienal feita pelo Tribunal – Conselho Supremo da Corte de Apelação, com a assistência do Procurador-Geral do Distrito Federal. O referido Decreto apresentou importante inovação ao prever a atuação do Ministério Público na atividade de correição que, durante o Império, era exclusiva das autoridades judiciárias.

Com a edição da Lei 3.991, de 5.1.1920,[543] o termo "Justiça Militar" passou a ser utilizado oficialmente, em substituição ao título "Supremo Tribunal e Auditores".

O Decreto 14.450, de 30.10.1920, que dispôs acerca do Código de Organização Judiciária e Processo Militar, com vistas a organizar a recém criada justiça castrense, previa a

---

[540] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-2033-20-setembro- 1871-551964-norma-pl.html>. Acesso em 15.12.2021.

[541] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14- novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 15.12.2021.

[542] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-2050-31-dezembro- 1908-579806-norma-pl.html>. Acesso em 15.12.2021.

[543] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-3991-5-janeiro-1920- 570293-publicacaooriginal-93407-pl.html#:~:text=Fixa%20a%20Despesa%20Geral%20da,dos%20Estados%20Unidos%20do%2 0Brasil.>. Acesso em 12.11.2021.

atividade de correição limitada ao cartório, a ser procedida pelo auditor de 2 em 2 anos ou quando solicitada pelo representante do Ministério Público.

O Decreto 15.635, de 26.8.1922,[544] por sua vez, alterou o referido Código e atribuiu poder correicional aos auditores designados pelo Tribunal, com extinção da correição nos cartórios e o estabelecimento da competência para proceder à correição geral de autos findos, de modo a alcançar todos os funcionários da Justiça Militar em primeira entrância. Por outro lado, a modificação normativa deixou de fora da atividade de correição os livros e papéis dos cartórios.

Tal norma previa a formação de uma Comissão, também integrada por um Promotor da Justiça Militar designado pelo Procurador-Geral. Criou-se, assim, jurisdição para proceder às correições ordinárias gerais, aplicar sanções nos magistrados e servidores, sanar irregularidades e elaborar provimentos:

> **Art. 353.** O presidente do Tribunal nomeará anualmente um Auditor para, em comissão, com um Promotor, designado pelo Procurador-Geral, fazer correições nos autos findos, remetidos das Auditorias. Finda a correição, far-se-á de tudo um relatório ao Tribunal. O Tribunal punirá ou mandará responsabilizar os culpados, na conformidade deste Código, pelas irregularidades encontradas.

Nos termos do previsto na norma acima citada, a primeira correição na Justiça Militar da União foi aberta há 98 anos, em 16.4.1923. Nela, foram examinados 2.721 processos dos anos de 1921 e 1922. O Auditor Júlio Adolpho Fontoura Guedes Filho e o Promotor Militar Gregório Garcia Seabra Júnior integraram a Comissão Corregedora.

O douto Ministro Acyndino Vicente de Magalhães foi Relator dos trabalhos da Comissão no Plenário e, das observações apresentadas, cita-se: falta de despacho saneador do auditor nos processos de deserção e insubmissão com vistas ao julgamento; ausência de prova de intimação da sentença pelas partes; falta de compromisso dos juízes do Conselho de Justiça, do auditor e do promotor *ad hoc*; e, demora no andamento dos processos, sem justificação dos motivos.[545]

Após exame do Parecer, o então denominado Supremo Tribunal Militar expediu dezenas de recomendações a juízes e escrivães em primeira instância e propôs diversas providências, dentre elas merece destaque a vedação da execução do sorteio dos Conselhos de Justiça sem a presença do respectivo promotor, sob pena de nulidade do ato.

Destaca-se que o Decreto 19.637, de 29.1.1931, expedido por Getúlio Vargas, estabeleceu normas para a correição dos autos findos. Tais regras vigiram por pouco tempo, diante da reforma do Código da Justiça Militar em 1934, que restaurou a auditoria de correição extinta por aquela norma.

---

[544] https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-15635-26-agosto-1922-517488-publicacaooriginal-1-pe.html

[545] MAGALHÃES. Op.cit., p. 452.

O Decreto 24.803, de 14.7.1934,[546] ao alterar o texto do art. 7º, letra "b", do Código de Justiça Militar, criou o cargo de Auditor-Corregedor como órgão judiciário de segunda entrância. O art. 343 do referido Código, também alterado pela norma, por sua vez, estabelecia as suas atribuições, a saber:

> **Art. 343.** Ao Auditor-Corregedor cumpre em proceder em cartório às correições dos autos findos, livros e documentos, para o que percorrerá anualmente até um terço das Auditorias, de modo que todas tenham pelo menos uma correição em cada período de três anos.

Contudo, como órgão, a Auditoria de Correição foi instituída pelo Código de Justiça Militar de 1938 – Decreto-Lei 925, de 2.12.1938,[547] que estabeleceu Capítulo autônomo para tratar da Correição, no qual foi criado o recurso anômalo da *Correição Parcial* previsto para as Partes:

> **Art. 367.** O Supremo Tribunal Militar poderá proceder à correição parcial, na forma de seu regimento interno, a requerimento das partes, para o fim de serem corrigidos erros, abusos e formas tumultuárias de processos, cometidos por juizes e funcionários da Justiça Militar, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso admitido neste código.

Em breve período, no início da década de 1980, o cargo de Ministro Corregedor-Geral foi exercido pelo Vice-Presidente do Tribunal, diante da promulgação da Lei 7.040, de 11.10.1982, que extinguiu o cargo de Auditor- Corregedor e transformou a Auditoria de Correição em Corregedoria-Geral da Justiça Militar.

Todavia, o Acórdão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferido nos autos do Mandado de Segurança 20.382-0-DF,[548] em Sessão Plenária de 29.2.1984, declarou inconstitucional a retrocitada Lei, por entender que a Lei Complementar 35, de 14.3.1979, que organizava a magistratura militar federal à época e ainda permanece em vigor, não poderia ser alterada via Lei Ordinária. Desse modo, foi desativada a recém-criada Corregedoria-Geral e reativada a Auditoria de Correição, com restabelecimento do cargo de Auditor-Corregedor.

A Auditoria de Correição, à qual se distinguiu exclusivamente competência correcional, foi transformada em Corregedoria da Justiça Militar pela recente Lei 13.774, de 19.12.2018.

Depois de feito este breve relato histórico, cabe ressaltar que, no decorrer dos anos, desde o Século XIX até os dias atuais, as conclusões das atividades de correição tiveram diferentes destinatários. Conforme se verifica, sob a égide do Regulamento para as Correições, de 1851, o juiz corregedor, após encerramento da atividade, dava notícia circunstanciada ao Governo, na Corte, bem como aos Presidentes, nas Províncias.[549]

---

[546] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24803-14- julho-1934-499670-norma-pe.html>. Acesso em 12.11.2021.

[547] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-925-2- dezembro-1938-350271-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 12.11.2021.

[548] Acórdão MS 20.382-0-DF. Disponível em <https://dspace.stm.jus.br/bitstream/handle/123456789/90805/1984MandadodeSegurancaSTF2020.3820%20%28Declara%20a%20inconstitucionalidade%20da%20Lei%207.040-1982%29%20OK.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 12.11.2021.

[549] MAGALHÃES, Op. cit., p. 432.

Com a Proclamação da República, o Presidente da Corte de Apelação, após encerramento da correição, deveria encaminhar ao Ministro da Justiça relatório especial e circunstanciado das faltas e irregularidades encontradas, das penas disciplinares impostas e dos casos de responsabilidades afetos ao Ministério público, para provomer o respectivo processo, conforme disposto no Decreto 9.263, de 28.12.1911. Após a criação de a Justiça Militar, nos anos 1920, os relatórios decorrentes das atividades correicionais passaram a ser enviados ao próprio Tribunal Castrense, para as providências decorrentes.

3. A LEI 13.774/2018

A Auditoria de Correição existiu até a entrada em vigor da Lei 13.774/2018, que introduziu modificações na Lei de Organização Judiciária da Justiça Militar da União – Lei 8.457, de 4.9.1992, com objetivo de aprimorar tal ramo especializado do Judiciário.

No que toca às atividades de correição, tal norma alterou a sistemática até então vigente na Justiça Militar da União, para atribuir a função do Corregedor ao Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar de modo a acompanhar a organização atualmente adotada pelos demais tribunais brasileiros, que atribuem a função de Corregedor a um membro do próprio Tribunal e não a um magistrado de primeira instância.

Além disso, a Lei promulgada em 2018 transformou o cargo de Auditor- Corregedor em Juiz-Corregedor Auxiliar que, de fundamental importância nas atividades da Corregedoria, é exercido por Magistrado de carreira mediante promoção por merecimento, com competência para substituir o Ministro- Corregedor e desempenhar as atribuições que lhe são delegadas.

Tenho a honra de atualmente desempenhar as atribuições de Ministro- Corregedor da Justiça Militar da União para o biênio 2021-2023, em seguimento aos trabalhos iniciados no longínquo ano de 1940 pelo ilustre Dr. Silvestre Péricles de Góes Monteiro (1940-1942), seguido pelos Dr. Raul Campelo Machado (1942-1954), Dr. Mário de Berredo Leal (1954-1957), Dr. Eugênio Carvalho do Nascimento (1958-1960), Dr. Orlando Moutinho Ribeiro da Costa (1960-1963), Dr. Waldemar Torres da Costa (1963-1969), Dr. Georgenor Acylino de Lima Torres (1969-1976), Dr. Celio de Jesus Lobão Ferreira (1976-1977 e de 1984-1991), Dr. Milton Fiúza (1977-1979), Dr. Ruy de Lima Pessoa (1981-1983), Dr. Gualter Godinho (1983-1984), Dr. Helmo de Azevedo Sussekind (1991- 1992), Dr. Carlos Augusto Cardoso de Moraes Rego (1992-2008), Dr. Alceu Alves dos Santos (2008-2012), Dr. Eli Ribeiro de Brito (2012-2014), Dra. Telma Angélica Figueiredo (2014-2019), Ministro General de Exército Lúcio Mário de Barros Góes (2019) e Ministro Dr. José Barroso Filho (2019-2021).

4. JURISDIÇÃO CORREICIONAL

As atividades de correição nos órgãos de justiça estão amparadas em sólida e antiga doutrina formada desde o Século XV, o que constitui a *jurisdição correicional*. Sem ela, o corregedor não teria poderes para examinar processos, proferir decisões, apurar faltas de magistrados e expedir recomendações.

O Tribunal Castrense dispõe de *jurisdição correicional excepcional,* prevista na lei, regimento interno e demais atos normativos, que lhe confere competência para, entre outras coisas, determinar correição geral ou especial em Auditoria, aprovar o plano bianual de

correição, apreciar relatórios, determinar providências, emitir provimentos, propor recomendações, e, apurar faltas de magistrados e servidores.

As atividades corregedoras amparam-se em princípios, doutrinas e normas legais e infralegais. Sua autonomia é regrada e possui independência funcional nas apreciações que faz, nos despachos e nas decisões, com submissão da matéria ao Plenário como instância recursal.

Assim, a atividade correcional deve sempre atender ao padrão legalmente previsto, com permanente respeito às competências de direção processual do juiz da causa previstas na Constituição da República e na legislação processual. O ingresso de corregedor em autos de ação judicial só pode se dar dentro da estrita legalidade e conforme as competências que a lei lhe atribui, de modo a examinar os processos judiciais e registrar nos autos.

5. TIPOS DE CORREIÇÃO

Permanente ou circunstancial, a correição tem por finalidade a efetividade da prestação jurisdicional, é instituto de cooperação e fator indispensável ao contínuo aperfeiçoamento da Justiça. O art. 14 da Lei 8.457/1992 estabelece as competências, a organização e as atribuições da Corregedoria da Justiça Militar da União, cujo detalhamento se dá no "Regulamento da Corregedoria da Justiça Militar da União", aprovado pela Resolução 261, de 26.1.2019, firmada pelo Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar.

As *correições gerais* estão previstas no art. 14, inciso l, alínea "a" e § 1º, da Lei 8.457/1992. Elas compreendem o exame dos processos em andamento, dos livros e documentos existentes nas Auditorias e a verificação das providências relativas a medidas preventivas e assecuratórias para o resguardo de bens da Fazenda Pública sob a Administração Militar. Trata-se de função primordial da Corregedoria. Consistente no controle sobre o andamento dos processos mostra-se de extrema importância, pois busca a regular conclusão da prestação jurisdicional.

Nos dias atuais, a correição ordinária obedece à normatização específica da jurisdição militar e, ainda, à estabelecida pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça, que atua como órgão responsável pela orientação, coordenação e execução de políticas públicas voltadas à atividade correicional.

As *correições especiais*, por sua vez, estão previstas no art. 14, inciso I, alínea "a" e § 2º da mesma norma, independem de calendário prévio e poderão ocorrer para apurar fundada notícia de irregularidade, sanar problemas detectados na atividade correcional de rotina e verificar se foram implementadas as determinações feitas.

A *correição parcial,* em que pese ter por objetivo a revisão de decisões judiciais, não é classificada pelo Código de Processo Penal Militar (CPPM) no Capítulo referente aos Recursos. Sua natureza jurídica é objeto de divergência doutrinária, de forma que parte dela entende como instituto de natureza administrativa;[550] uma segunda corrente, como suce-

[550] Seguem esta corrente Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. Ainda, o STF já decidiu nesse sentido, conforme AP 488/SE. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 11.9.2008.

dâneo recursal;[551] enquanto uma terceira vertente defende a natureza de Recurso em Sentido Estrito.[552]

Seja qual for a classificação adotada, como ensina Gustavo Badaró,[553] o instituto tem origem no "Agravo por ordenação não guardada", previsto nas Ordenações Filipinas, em que pese alguns doutrinadores avançarem ainda mais na linha do tempo para enxergar as raízes na *supplicatio* romana e na sopricação portuguesa. "Mais recentemente, entre nós, seu antecedente mais próximo é o agravo por dano irreparável do Regulamento 737, de 25.12.1850."[554] Atualmente, é previsto na maior parte das Leis de organização judiciária dos Estados e na Lei 5.010, de 30.5.1966, que regulamenta sua aplicação no âmbito da Justiça Federal.

Nos termos do art. 498 do CPPM, visa revisitar decisões com vícios decorrentes de *error in procedendo*, nas quais conste erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário consentido ou praticado pelo órgão julgador, desde que não haja recurso específico previsto em lei.

Conforme dispõe o art. 160 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), poderá ser requerida tanto pela Parte, como por Representação do Ministro-Corregedor, com os respectivos relatório e voto e dirigida ao Tribunal, neste último caso apenas para corrigir arquivamento irregular de inquérito ou processo. Ressalte-se que a referida norma prevê que o seu processamento ejulgamento deve seguir o rito estabelecido para o Recurso em Sentido Estrito.

A *correição permanente de autos findos*, por sua vez, estabelecida no art. 14, inciso I, alínea "b", Lei 8.457/1992, como o próprio nome já indica, incide sobre os processos arquivados definitivamente.

A estrutura da correição no judiciário nacional tem buscado evoluir cada dia mais, de modo a se adequar às demandas do mundo moderno. Como exemplo, a prática da *correição virtual*, compreendida na análise permanente dos processos em andamento e dos autos findos.

Destaque-se que tal modalidade de correição não deve se apresentar como substituto da correição na forma presencial, modalidade que consiste na visita correicional às Auditorias e o contato pessoal do Corregedor e Juiz-Auxiliar com magistrados e servidores em todo o país, mas surge como importante ferramenta de apoio.

Nesse contexto, temos a chamada *autocorreição* que, já implantada em alguns Tribunais do país, se trata de um tipo de fiscalização via sistema informatizado, na qual o próprio juiz titular da unidade judiciária apresenta as informações necessárias. O resultado proporciona um diagnóstico, de modo a possibilitar ao órgão correcional analisar e decidir pelo monitoramento ou pela correição presencial.

---

[551] Nesse sentido, José Frederico Marques.

[552] Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima e Eugênio Pacelli de Oliveira.

[553] *In* Manual dos Recursos Penais. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 270.

[554] BADARÓ, Op. cit., p. 270.

6. CONCLUSÃO

As atribuições corregedoras decorrem de princípios, regras e doutrina própria. Essa atividade periódica e permanente revela-se de suma importância para exata prestação jurisdicional do país. A atividade correicional deve ser atual, decisiva no restabelecimento da ordem e na eliminação dos desvios que afetam ou comprometem o atingimento dos fins da Justiça Militar.

Reconhece-se a relevância dos juízes de primeira instância na prestação jurisdicional. Afinal, eles mantêm contato mais imediato com as Partes e estão em melhores condições de perceber a repercussão da prestação jurisdicional. Nesse contexto, as atividades de correição devem se dar de modo a garantir a segurança da magistratura e preservar sua dignidade e independência no exercício jurisdicional, com o permanente objetivo de realizar justiça e garantir a sobrevivência das tão caras instituições democráticas.

Dessa forma, devem-se compatibilizar as prerrogativas processuais, as competências privativas e as garantias judicantes do Magistrado de primeiro grau, titular daquele juízo inspecionado, com as atribuições administrativo- disciplinares das corregedorias, de modo a respeitar as regras do devido processo legal e, principalmente, garantir os princípios da dignidade, imparcialidade e independência da magistratura.

Após quase um século de atividade de correição na Justiça Militar, verifica-se o perfeito entrosamento e a plena aceitação desse órgão com a magistratura de primeira instância e os servidores das Auditorias. Sua índole não é de censura, mas de orientação; não constitui instância revisora, não é o juiz dos juízes, não é instância superior, mas instância especializada e excepcional no âmbito da jurisdição castrense.

A sua efetiva necessidade vem sendo atestada através dos tempos como órgão fomentador permanente da melhoria da prestação jurisdicional. O aprimoramento de suas atividades deve ser uma constante, com a busca pela manutenção do seu regular funcionamento, prestígio e da essencial disciplina forense.

A TEORIA DOS JOGOS E O MERCOSUL

Romeu Costa Ribeiro Bastos[555]

RESUMO

Os processos de integração regional têm despertado interesses nos campos das Relações Internacionais desde os anos de 1950, com renovado entusiasmo a partir da década de 1980, devido as experiências bem sucedidas da União Européia e a criação do Mercosul. Este artigo busca analisar as posições do Brasil e da Argentina junto ao Mercado Comum do Sul, utilizando as ferramentas da Teoria dos Jogos.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria dos Jogos; Relações Internacionais; Dilema do Prisioneiro; Mercosul.

ABSTRACT

The processes of regional integration has aroused great interest in the field of International Relations since the 1950s, however, there has been renovated enthusiasm especially in the 1980s, in view of the successful experience of European Union and the creation of Mercosur. This article aims at analyzing the positions of Brazil and Argentina within Mercosur, using the instruments supplied by the Game Theory.

KEYWORDS*: Game Theory; International Relations; Prisoner's Dilemma; Mercosul.*

INTRODUÇÃO

Em 2011, o Mercosul comemora vinte anos de existência. Nos anos 80 o continente sul-americano sofreu grandes mudanças devido à redemocratização dos seus Estados, à nova conjuntura mundial marcada pela crise da dívida externa e o aumento das medidas de proteção impostas pelos países desenvolvidos. Nesse contexto, Brasil e Argentina viram-se impelidos a buscar mecanismos que aumentassem seu poder de negociação no âmbito internacional por meio da criação de um bloco continental. Pode-se dizer que a criação do Mercosul foi a resposta sul-americana às exigências da nova dinâmica da economia mundial.[556]

O estudo da atuação dos blocos regionais tornou-se um problema complexo a desafiar juristas, cientistas das relações internacionais e politólogos. Uma ferramenta cada vez mais utilizada nessa análise é a Teoria dos Jogos. Ela ilumina a complexidade do problema, ao revelar a estrutura e os interesses das partes envolvidas, descortinando as motivações das Nações integrantes sob uma base racional que prioriza ações e não palavras.

---

[555] Professor universitário. Mestre em Engenharia de Sistemas. Doutor em Estratégia e Aplicações Militares.

[556] AVERBUG, André. O Brasil no contexto da integração hemisférica: controvérsias em torno da Alca. Revista do BNDES, Rio de Janeiro. v.11. n. 06. p.49-78. 1999.

CONCEITOS BÁSICOS

Quando se estuda a Teoria da Decisão, consideram-se quatro cenários principais, para os quais a solução dos problemas impõe técnicas variáveis, dependentes das características de cada um. São eles:

CENÁRIO	CARACTERÍSTICAS	TÉCNICAS
CERTEZA	Todos os elementos da decisão são perfeitamente conhecidos	Determinísticas
RISCO	Apenas alguns elementos da decisão são perfeitamente conhecidos	Probabilísticas
INCERTEZA	Nenhum elemento da decisão é perfeitamente conhecido	Critérios de decisão
CONFLITO	Os elementos da decisão são conflitantes	Teoria dos Jogos Simulação

Vários são os instrumentos que permitem resolver situações de certeza, risco e incerteza. Em se tratando de conflito, ele pode ser encarado como um jogo, a exemplo de uma eleição, guerra ou negociação.[557]

Durante muito tempo os estudiosos procuraram desenvolver técnicas matemáticas que solucionassem tal tipo de decisão, mas, somente em 1944, John Von Neumann e Oskar Morgensten[558] publicaram um trabalho revolucionário intitulado **Teoria dos Jogos e o Comportamento Econômico,**[559] desenvolvendo a Teoria dos Jogos no campo da Teoria da Decisão e inserindo-a na Economia, Estatística e Ciência Política.

A Teoria dos Jogos tem como antecedente remoto o Talmud babilônico, escrito nos primeiros cinco séculos d.c., quando se apresentou uma decisão acerca da divisão da he-

---

[557] As diferentes leituras sobre o jogo colocam o Homem como personagem central da sua realização. Desde os marxistas, cujo expoente maior neste tipo de análise foi Walter Benjamim, passando por Piaget e a Escola Psicanalítica, com Freud e seus seguidores, o jogo era uma atividade inerente ao indivíduo. Ele faz parte do arquétipo do Homem, pois retrata a luta entre a vida e a morte, contribuindo para a formação do "eu" e o domínio da angústia.

[558] John Von Neumann (1903 – 1957) nasceu na Hungria. Matemático, fez grandes contribuições para a Física, a Computação e a própria Matemática. Sua tese de Doutorado na Universidade de Budapeste sobre a Teoria dos Conjuntos chamou a atenção do mundo acadêmico em 1925. Em 1931, foi para a Universidade de Princeton onde permaneceu o resto da vida. Em 1937 tornou-se cidadão americano. É considerado um dos pais da Ciência da Computação.
Oskar Morgenstern (1902 – 1976) economista austríaco, fugiu do nazismo em 1938 e foi trabalhar em Princeton. Junto com Von Neumann escreveu o trabalho que deu origem à Teoria dos Jogos. *In:* **Grolier Encyclopedia 1996,** Grolier Eletronic Publishing, Inc

[559] VON NEUMANN, J., MORGENSTERN, O, Theory **of games and economic behavior**, Princeton, Princeton University Press, 1944.

rança do marido entre suas três esposas. Recentemente, descobriu-se que tal decisão poderia ter sido resolvida com base na Teoria dos Jogos Cooperativos.[560]

Na verdade, os estudiosos usam-na para avaliar as situações criadas. Nas Ciências Sociais, a Teoria dos Jogos é uma ferramenta poderosa para se inferir o comportamento dos indivíduos. Mas, no que consiste tal teoria, sabido que um jogo traduz-se numa decisão tomada em um ambiente de conflito e é composto por um conjunto de jogadores, estratégias e pagamentos (*pay-offs*), sendo a ordem das jogadas e o conjunto de informações fatores importantes? Para defini-la, mister distinguir seus elementos e especificidades, quais sejam:

- Jogador: o agente que toma decisões;

- Estratégia: a regra que indica ao jogador, dadas as informações disponíveis, qual ação deve ser adotada;

- Pagamento: representa a utilidade esperada pelo jogador na interação da sua estratégia com a do outro jogador.[561]

De igual modo, fundamental elencar os tipos de jogos existentes, a saber:[562]

1. Jogos de estratégia pura e de estratégia mista. Jogos de estratégia pura são aqueles nos quais os jogadores não baseiam suas escolhas de estratégias em aleatoriedade, por sua vez, nos jogos de estratégias mistas os jogadores, como conhecem as probabilidades, escolhem suas ações utilizando a aleatoriedade.

2. Jogos de estratégia dominante e de estratégia dominada.Uma estratégia é dominante sobre outra quando revela-se como a melhor escolha para o jogador considerando-se todas as possíveis escolhas do outro jogador. Por seu turno, uma estratégia é dominada quando nunca é melhor do que a outra disponível.

3. Jogos de forma normal e de forma extensiva. Os jogos de forma normal são os representados em matrizes ou tabelas nos quais os resultados possíveis de cada estratégia disponível são listados para os jogadores. Já os jogos de forma extensiva, são representados por uma árvore onde os nós da árvore representam um ponto de decisão para um jogador.

4. Jogos de informação perfeita e de informação imperfeita. Jogos de informação perfeita são aqueles nos quais todos os jogadores conhecem os acontecimentos do jogo, tais como ganhos e perdas, bem como as jogadas feitas por todos até então. Jogos de informação imperfeita são, como o próprio nome diz, aqueles nos quais a informação não é completa. Nestes jogos, um dos participantes pode deter informações que outros

---

[560] O Talmud tratava do contrato de casamento. Recomendava-se que um homem que tivesse desposado três mulheres, quando morresse e seu patrimônio fosse 100, a divisão deveria ser feita igualmente. Entretanto, se o patrimônio fosse 200 ou 300, a divisão seria nos seguintes valores: 50,75,75 e 50,100,150, respectivamente. Em 1985, foi reconhecido que o Talmud antecipou a moderna teoria dos jogos cooperativos. *In*: WALKER, Paul, **An outline of the history of game theory,** htttp:// william-king.www.drexel.edu.

[561] "*A função de utilidade é a descrição matemática das preferências de um tomador de decisões. A função indica para cada escolha um valor numérico tal que, quanto maior o valor mais desejável será a escolha*." *In:* BASTOS, Romeu C. R., **Aplicação de técnicas de pesquisa operacional ao processo decisório,** Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Rio de Janeiro. 1989.p.62

[562] ALMEIDA,Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** *http://www.arcos.org.br.* Acessado em 29\01\2011.

jogadores não possuem, havendo assimetrias de dados e conhecimento. Em razão desta discrepância, um dos jogadores pode agregar valor à informação que outro não tem, seja blefando ou mesmo omitindo-a.

5. Jogos de soma-zero e de soma não-zero. Os jogos mais simples são os chamados bi- pessoais de soma zero. Compreendem, apenas, dois competidores, sendo que tudo que um ganha é perdido pelo outro. O jogo é representado por uma matriz onde as linhas são os resultados das estratégias de um jogador e as colunas representam os resultados do oponente. Pode acontecer, inclusive, que um dos jogadores seja a natureza. Por exemplo, uma pessoa deve escolher a data de um evento contando com a previsão de bom ou mau tempo. Ao reverso, nos jogos de soma não-zero não há um equilíbrio entre as perdas e ganhos.

6. Jogos cooperativos e não-cooperativos. Por fim, jogos cooperativos são aqueles em que há comunicação prévia entre os jogadores antes da estratégia a ser adotada durante o jogo. Já nos jogos não-cooperativos, a comunicação prévia não é permitida.

Dos jogos considerados de soma diferente de zero, um dos mais famosos e com maior aplicação na teoria política é o chamado "Dilema do Prisioneiro".

O "Dilema do Prisioneiro" é um dos modelos mais antigos desenvolvidos pela Teoria dos Jogos (1950).[563] Trata-se de um excelente meio para se estudar a cooperação entre indivíduos ou grupos num ambiente de conflito; uma maneira útil para se compreender qualquer classe de situações que exploram o problema de coordenação social.

O jogo, na sua versão clássica, retrata a prisão de duas pessoas. João e Pedro são capturados pela polícia em decorrência de uma contravenção penal, contudo são suspeitos de terem cometido crime mais grave sobre o qual não há provas suficientes para condená- los. Os dois são colocados em celas separadas e o Ministério Público faz a eles a mesma proposta: se um confessar o crime testemunhando contra o outro, e esse outro permanecer calado, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 8 anos de sentenciamento. Se ambos ficarem em silêncio, só poderão ser condenados a 2 anos cada um pela contravenção; porém se ambos traírem o comparsa, cada um será condenado a 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro toma sua decisão sem saber da decisão do cúmplice.

O jogo resume-se numa matriz na qual um jogador tem suas estratégias dispostas nas linhas e o outro nas colunas. No caso da hipótese proposta:

		PEDRO	
		Confessa (não cooperar)	Não confessa (cooperar)
JOÃO	Confessa (não cooperar)	5 anos, 5 anos	livre,8 anos
	Não confessa (cooperar)	8 anos, livre,	2 anos, 2 anos

[563] Em janeiro de 1950, Melvin Dresher e Merrill Flood, pesquisadores da Rand Corporation, dilvugaram o experimento que é hoje conhecido como o "Dilema do Prisioneiro". A famosa história que é associada ao jogo foi criada por A.W. Tucker. *In*: WALKER, Paul, **An outline of the history of game theory,** *op.cit.,* p.4

Dentro de cada célula da matriz está o resultado das estratégias escolhidas, devendo ser observado o comportamento das pessoas perante o risco. Pessoas avessas ao risco sempre confessarão, ao contrário das destemidas que quedarão silentes.

Na verdade, não há uma resposta correta ao dilema. Se João e Pedro pretendem atender somente os seus próprios interesses - evitar a prisão – ambos falarão a verdade, e, consequentemente, serão condenados a cinco anos de prisão. Noutro giro, se cooperarem um com o outro e não confessassem, terão de cumprir apenas dois anos de detenção. Dessa forma, se o jogo fosse disputado entre duas pessoas absolutamente racionais, a solução seria a cooperação, ou seja, não confessar. Porém, como inexistem garantias de que a outra parte aja de forma cooperativa, o melhor cenário seria a confissão, pois deste modo o jogador garante uma redução da pena ou a liberdade.

Ao fim e ao cabo, o que importa é estabelecer o ponto de equilíbrio. A definição comumente usada para alcançá-lo em tais conflitos é o chamado "Equilíbrio de Nash",[564] que apresenta uma situação mediante a qual, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

A Teoria dos Jogos é, portanto, um método matemático que busca enfatizar as escolhas e as restrições de atores racionais nas suas interações uns com os outros. Estudar as situações das Relações Internacionais utilizando métodos formais tornou-se corriqueiro. Um enfoque diferente é aplicar o instrumental da Teoria dos Jogos para a realização desta análise com vistas a sopesar o comportamento dos Estados, blocos e líderes em situações de conflito, sabido atuarem eles racionalmente.

APLICAÇÕES DA TEORIA DOS JOGOS

A Teoria dos Jogos pode ser também empregada em diversas aéreas de conhecimento. Citem-se algumas delas:

1. Estratégia militar

Os conceitos da Teoria dos Jogos foram utilizados com sucesso, principalmente na Guerra Fria, pelos Estados Unidos e União Soviética. Durante este período havia um grande impasse: o país que lançasse primeiro a bomba atômica teoricamente levaria vantagem no conflito, porém, sofreria o ônus da condenação da comunidade internacional. Diante disto, muitos analistas internacionais avaliavam que o "equilíbrio do terror", como era chamado, propiciou a manutenção da paz, embora ela tivesse sido ameaçada incontáveis vezes.

Um episódio marcante foi a crise dos mísseis de Cuba, ocasião em que a América do Norte impôs um bloqueio naval aos navios russos, forçando a União Soviética a recuar em sua intenção de instalar foguetes de longo alcance naquela ilha. Esta situação é retratada na Teoria dos Jogos sob a designação: "Jogo da Galinha" - **chicken game**. O princípio básico que o norteia é cada jogador preferir não capitular frente ao outro pois, quando isto acontece, o resultado é o pior possível para os dois.

---

[564] John Forbes Nash Jr. (1928), é o matemático norte-americano que revolucionou o estudo da Teoria dos Jogos.Em 1950, escreveu uma tese de doutorado na Universidade de Princeton, Universidade que lhe rendeu, 45 anos mais tarde, o Prêmio Nobel de Economia. Seu trabalho é conhecido como o "**Equilíbrio de Nash**".

2. Ciência Social[565]

O contratualismo, mais especificamente a doutrina hobessiana do Contrato Social, sob a perspectiva da Teoria dos Jogos,[566] possibilita releituras interessantes acerca do absolutismo. Veja-se: em não havendo restrições externas sobre o comportamento do povo, alcançar a coordenação só seria possível se todas as pessoas agissem no sentido de incrementar, não o seu bem-estar pessoal, mas o da sociedade. Pode-se concordar que existem altruístas naturais e que talvez muitos deles o sejam. Porém, existem agentes que só visam seus próprios interesses e tirarão proveito dos homens bons, lucrando com o comportamento generoso daqueles e com a ausência de restrições.

Hobbes argumenta ser psicologicamente antinatural para os altruístas tolerar tal fato por muito tempo e que, a única reação possível, seria o abandono das restrições. Tal como colocado, as disposições morais são coerções instáveis de cooperação social. Um mecanismo de coação somente funciona quando ninguém consegue escapar de suas fronteiras, e não por achar conveniente acatá-lo. Neste sentido, se as pessoas desejam viver numa organização social devem confiar a execução da ordem a um soberano, que operará com poder absoluto.

Deste modo, Thomas Hobbes afirma a indivisibilidade da soberania e rejeita a democracia como um possível mecanismo de coerção. Examinando este argumento, vê-se que ele repousa sobre uma falsa dicotomia; isto porque quando o Contrato Social fala da democracia refere-se tão somente àquelas não reguladas, ou seja, reporta-se ao Mundo Antigo. A possibilidade de uma Constituição unir moralmente governantes e governados pareceu-lhe, nesses termos, inconcebível. Para além, o questionável argumento de que a maioria das pessoas só visam a seus próprios interesses, não é necessariamente verdadeiro.

A Teoria dos Jogos permite demonstrar matematicamente que o dilema hobbesiano pode surgir mesmo numa população constituída por altruístas. Suponha-se preferirem eles que toda a alimentação do mundo fosse destinada às crianças famintas de algum país subdesenvolvido, e que cada agente buscasse favorecer somente a Nação por ele escolhida. Ora, tais agentes, sem dúvida, são altruístas no sentido formal da palavra, mas como eles têm funções de utilidade diferentes, serão obrigados a barganhar uns com os outros, podendo ocorrer empecilhos na formalização do acordo. A idéia central do pensamento de Hobbes consiste em afirmar o egoísmo humano. Motivado por razões puramente egocêntricas, o homem viveria melhor num mundo sem normas éticas. Ocorre, contudo, que ele se sujeitaria aos caprichos de seus iguais, o que acarretaria um risco permanente à sua propriedade, família e, até mesmo, à própria vida. Ironicamente, será o egoísmo o responsável pela adoção de um conjunto de regras que possibilitará a existência de uma comunidade civilizada.

Imaginando as pessoas no estado de natureza, tal qual Hobbes as concebeu, e transpondo-as em seu estado original para o "Dilema do Prisioneiro", depreende-se serem elas incapazes de cooperar, mesmo se lhes advier enorme benefício.

---

[565] ROCHA, Maria Elizabeth G T. **Limitação dos mandatos legislativos: uma nova visão do contrato social.** Porto Alegre:Sérgio Fabris Editor, 2002.

[566] **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, http://sets.library.usyd.edu.au/stanford/entries/game-theory. Acessado em 15/02/2011.

A matriz que se segue mostra a aplicação do "Dilema do Prisioneiro" à situação vertente nas figuras de João e Pedro:

		PEDRO	
		NÃO ATACA	ATACA
JOÃO	NÃO ATACA	paz paz	Pedro derrota João, toma suas propriedades, mata-o ou escraviza-o
	ATACA	João derrota Pedro, toma suas propriedades, mata-o ou escraviza-o	Guerra Guerra

Se Pedro sabe que João não atacará, ele também não o fará. Mas, como nenhum deles quer demonstrar fraqueza, se um atacar haverá o revide. Este é o grande problema da condição humana. Nunca se sabe as intenções do próximo. Algumas vezes parece ser mais "seguro" se preparar para o ataque, e isto vale tanto para o estado de natureza, quanto para uma rua escura.

A fascinação da Teoria dos Jogos decorre do fato de ela evidenciar a impossibilidade de se tirar conclusões com base nos resultados dos competidores. No exemplo citado, os agentes não são nem egoístas nem irracionais, mas suas escolhas são restringidas pelas funções de utilidade dos outros competidores. Os altruístas estão presos à lógica do jogo e, apenas uma força externa, pode livrá-los do seu dilema social, modificando as regras.

3. Direito

As aplicações da Teoria dos Jogos no estudo do Direito são inúmeras. Os chamados Métodos de Resolução de Disputa, tais como o processo judicial contencioso, a arbitragem, a mediação e a negociação, podem ser modelados sob sua ótica.[567]

4. Relações Internacionais

Concernente à aplicação da Teoria dos Jogos no estudo das Relações Internacionais, objeto desta análise, ela espelha as diversas interações entre os Estados na Comunidade das Nações e reveste-se de imensa utilidade para a sua modelagem. Trabalhos nos campos da diplomacia, comércio, finanças e economia são comuns na literatura especializada.[568]

---

[567] ALMEIDA ,Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. *Op. cit*.

[568] CORREA, Hector. **Game Theory as an Instrument for the Analysis of International Relations.** *www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/ir/college/bulletin/.../14-2hector.pdf* - acessado 28\01\2011.

O presente artigo explorará sua aplicação, de maneira sumária, na formação do Mercosul, dando destaque ao Brasil e Argentina.

Efetivamente, o cenário entre os dois Estados, antes da formação do bloco revelava antagonismos, explicitados em permanentes disputas sobre a hegemonia do continente nos diversos campos de poder. Ambos vivenciavam regimes militares ditatoriais e adotavam os conceitos da Doutrina de Segurança Nacional como cartilha política. O embate contra o comunismo para a salvação da Pátria e a adoção de uma estratégia econômica de longo prazo, com ênfase na industrialização e a participação do capital estrangeiro, eram similaritudes que os aproximavam para além das fronteiras. Tudo isto em um contexto de alinhamento automático, marcado pela instituição de uma brutal repressão contra militantes de esquerda, movimentos sociais e manifestações culturais.

Não obstante, divergências profundas emergiam entre ambos os Estados, nomeadamente, em se tratando das relações estabelecidas como os Estados Unidos da América. Relembre-se ter sido aprovado em 1975, o Programa Nuclear Brasileiro, que previa a instalação de uma usina de enriquecimento de urânio, além de centrais termonucleares.

Tal programa, firmado com a Alemanha Ocidental, fez com que a América do Norte ameaçasse cortar o crédito pretendido pelo governo, no valor de 50 milhões de dólares para fins militares. O Presidente Ernesto Geisel não aceitou a ameaça que vinha acrescida de exigências em matéria de direitos humanos, fato que levou ao rompimento, em 1977, do Acordo Militar celebrado com os Estados Unidos em vigor desde 1952. Tais acontecimentos contribuíram para o esfriamento entre os dois países.

Em sentido inverso, a ditadura argentina procurou tornar-se o principal aliado dos norte-americanos na América Latina, exemplificado pelo apoio incondicional à política do Presidente Ronald Reagan na América Central.

Um outro ponto de discórdia com a Argentina foi o Tratado de Itaipu, pactuado entre Brasil e Paraguai, para a construção da Usina Hidrelétrica. Os argentinos dificultaram ao máximo o acordo, cedendo ao final.

Naquela época prevalecia, também, uma disputa militar que preconizava hipóteses de guerra entre Brasil e Argentina, encarados como inimigos, razão pela qual distribuíam suas forças mais poderosas nas fronteiras.

Neste contexto, Argentina, no ano de 1982, cometeria um grave erro de avaliação. O regime autoritário, em seus estertores, tentou engendrar um golpe com vistas a restabelecer o prestígio de outrora, levando o país a uma aventura desastrosa: a invasão das Ilhas Malvinas ou Falklands, pertencentes a Grã-Bretanha. A empreitada buscava concretizar uma velha aspiração nacional, tendo seus mentores apostado na inação dos ingleses e na neutralidade norte-americana. Nenhuma das duas hipóteses ocorreram, e a Argentina sofreu uma derrota acachapante.

Como conseqüência, o comércio internacional restou extremamente prejudicado e a ditadura viu iniciar a débâcle, bem como, o fim de suas pretensões hegemônicas argentinas sobre o continente.

Para piorar o cenário, explode a crise dívida externa de 1982, que afetou seriamente a economia latino americana.[569] O episódio, contudo, teve o condão de instituir um marco: despertar ambas as nações para a importância da cooperação.

David Hume escreveria em 1739:

> O seu milho está maduro hoje; o meu estará maduro amanhã. É proveitoso para nós dois que eu trabalhe contigo hoje, e que me ajudes amanhã. Não tenho qualquer afeição por vós, e sei que nutres por mim o mesmo sentimento. Não pretendo, portanto, fazer qualquer esforço em seu favor; e se por acaso eu decidisse trabalhar contigo por minha própria conta e risco, na expectativa de um retorno,sei que me desapontarias, e que em vão dependeria de sua gratidão.Portanto, deixo-o trabalhar sozinho: tu que me trates da mesma maneira. As estações mudam; e ambos perdemos nossas colheitas por falta de confiança e segurança mútuas.[570]

O texto ajusta-se com precisão ao contexto da época. Nesta altura, seria interessante aplicar-se a Teoria dos Jogos para proceder a análise sobre o Mercado Comum do Sul.

Primeiramente, faz-se necessário estabelecer qual o jogo mais adequado para moldá-lo. Ao contrário da União Européia que dispõe de mecanismos supranacionais, fator determinante para a cooperação, o Mercosul, pela ausência deste dispositivo, pode ser encarado como um jogo não cooperativo. Entretanto, interessante notar que situações repetitivas em um contexto onde conflitos de interesses afloram, dão ensejo ao incremento da cooperação, porquanto as partes deverão enfrentar-se sucessivas vezes. Quando isto acontece, a Teoria dos Jogos ensina que o jogo passa ser de colaboração.

Nesse sentido, o Mercosul poder ser modelado, inicialmente, como um jogo não cooperativo, que alcançará futuramente a cooperação à vista do aprimoramento das informações.

Dado isto, importa definir os elementos do jogo.

Jogadores:

Como dito, serão considerados apenas os dois Estados principais; Brasil e Argentina. Desconsiderar-se-á o papel secundário do Uruguai e Paraguai. Impende observar que devido a constituição do Mercosul a participação no bloco não é a única opção dos seus membros. A existência de negociações paralelas com a União Européia e a ALCA, por exemplo, influenciará os ganhos destes ou servirá como poder de barganha nas negociações do bloco.

Outra consideração é a possibilidade de adotar-se mais um jogador, que seria a Natureza, se considerada a conjuntura econômica mundial, aquecida ou recessiva.[571]

---

[569] A crise adveio devida à sucessão de problemas econômicos que atingiu a América Latina após a declaração de moratória da dívida externa pelo governo do México. A maioria dos países foi por ela afetada em razão do alto endividamento de suas economias.

[570] HUME, David. **A Treatise of human understanding**. New York. Oxford University Press, 2007. Livro III, Parte I, Seção V.

[571] WILBERT, Marcelo Driemeyer. **O Mercosul e a teoria dos jogos: um estudo introdutório.** Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Economia, ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de Santa Catarina. 2002, p.158

Estratégias:

Numa abordagem muito simples do jogo, as ações dos jogadores seriam somente duas: manter e melhorar a integração ou rejeitar o acordo, optando por outro processo integracionista. Neste ponto, há de se levar em conta o jogo doméstico, dependente das políticas internas de cada Estado.

Wilbert,[572] levanta outra alternativa, a escolha de se retaliar/punir o participante que, na jogada anterior, escolheu rejeitar o Mercosul.[573] Uma hipótese exemplificativa seria o estabelecimento unilateral de tarifas em desfavor do faltante, quando o acordado foi não instituí-las.

Pagamentos:

Os ganhos ou perdas são influenciados pelo contexto mundial e, o que cada jogador irá ganhar ou perder, dependerá diretamente do modelo utilizado. Os resultados poderão advir em forma de lucros obtidos em acordos comerciais ou pela melhoria das condições de vida das populações dos Estados partes.

Os ganhos são influenciados pelas informações que os jogadores têm acerca dos outros. O valor da informação é de vital importância para que possa haver uma antecipação na escolha das estratégias; deste modo, aquele que a possui poderá antecipar a jogada.

Resultado do jogo:

Na interação das escolhas das ações pelos os jogadores, as várias combinações levam a diferentes resultados. O importante é descobrir neste rol de resultados qual deles corresponde ao resultado de equilíbrio. Note-se que poderá haver mais de um, e isto ocasionará uma maior integração ou a dissolução do bloco. A obtenção do equilíbrio, de igual modo, dependerá do modelo do jogo utilizado.[574]

Em uma situação hipotética, suponha que Brasil e Argentina se envolvessem numa guerra tarifária. Os dois países poderiam cooperar, não criando barreiras econômicas, ou desertar, impondo-as, o que ensejaria retaliações do oponente.

Ora, se um Estado impuser tarifas unilateralmente sobre as importações ele tem ganhos, enquanto o outro perde. Se ambos impuserem tarifas, os dois têm ganhos moderados e, finalmente, se ambos não impuserem tarifas, os dois têm um ganho substancial.

A matriz que se segue mostra, em bilhões de unidades monetárias, os ganhos e as perdas de cada um:[575]

---

[572] *Ibid.* p. 175.

[573] *Ibid*. p. 151.

[574] *Ibid*, p. 155.

[575] O comércio implica na troca de um produto por outro, assim, as tarifas impostas pelos dois países seria sobre diferentes mercadorias. Na realidade, a menos que Argentina e Brasil detenham o monopólio de uma ou outra das mercadorias comercializadas, a taxação estabelecida por qualquer um deles afetaria exportadores de outros Estados.

		ARGENTINA	
		COOPERA Não impõe tarifa	DESERTA Impõe tarifa
BRASIL	COOPERA Não impõe tarifa	10,10	-1,15
	DESERTA Impõe tarifa	15,-1	2,2

Neste jogo a estratégia de equilíbrio dominante é que os dois países coloquem tarifas, embora fosse muito melhor, sob todos os aspectos, não as instituir.

CONCLUSÃO

O artigo teve por escopo discutir, sob o ponto de vista da Teoria dos Jogos, o comportamento do Brasil e da Argentina na formação e no desenvolvimento do Mercosul. Questões outras poderiam, igualmente, ser abordadas sob este enfoque, como o futuro do Mercado Comum do Sul. Conforme explanado, o jogo do Mercosul é inicialmente não cooperativo, pois as negociações comerciais nem sempre conduzem a isto. Não obstante, a posição dos jogadores tende a modificar-se com a repetição do jogo, quando se espera uma maior colaboração entre os integrantes do bloco, em especial, Brasil e Argentina. Nesse diapasão, a possibilidade de cooperação eleva-se à medida que o jogo se alonga, cenário ideal para a consolidação comunitária. A situação, porém, não é tão simples, uma vez que a realidade impõe obstáculos aos governos. A ausência de colaboração recíproca, no caso do Mercosul, pode advir da alternativa que os Estados Partes possuem de negociar como um bloco ou optar por negociações bilaterais externas para otimizar seus ganhos geopolíticos e econômicos. A adoção desta escolha impactará o futuro comunitário. Para além, a falta de um órgão supranacional que possa evitar futuras deserções constitui o principal fator de desagregação.

Indaga-se, então, como evitá-la? Uma solução seria o fortalecimento dos regimes internacionais. Na visão da escola neoliberal,[576] os regimes representam uma via de facilitação da cooperação internacional que possibilitam o auxílio mútuo entre os jogadores para a obtenção de interesses comuns. Por outras palavras, são instrumentos que ampliam a probabilidade de cooperação recíproca, tornando as relações mais claras e diminuindo a possibilidade de traição devido ao custo da deserção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** http://www.arcos.org.br/livros. Acessado em 28/01/2011

[576] HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. **Integrating theories of international regimes**. Review of International Studies, v. 26, 2000, p. 8.

AVERBUG, André. O Brasil no contexto da integração hemisférica: controvérsias em torno da Alca. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro. v.11.n.06.1999

BASTOS, Romeu C. R., **Aplicação de técnicas de pesquisa operacional ao processo decisório.** Escola de Comando e Estado-Maior do Exército: Rio de Janeiro, 1989.

CORREA, Hector. **Game Theory as an instrument for the analysis of international relations.** http//www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/ir/college/bulletin/.../14-2hector.pdf - Disponível em: 28\01\2011

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. Integrating theories of international regimes. **Review of International Studies**, v. 26, 2000,

HUME, David. **A treatise of human understanding**. New York. Oxford University Press, 2007. Livro III, Parte I, Seção V.

ROCHA, Maria Elizabeth G T. **Limitação dos mandatos legislativos**: uma nova visão do contrato social. Porto Alegre:Sérgio Fabris Editor, 2002.

STANFORD Encyclopedia of Philosophy,
:http://sets.library.usyd.edu.au/stanford/entries/game-theory.

VON NEUMANN, J., MORGENSTERN, O. **Theory of games and economic behavior.** Princeton: Princeton University Press, 1944.

WALKER, Paul, **An outline of the history of game theory,** htttp:// william-king.www.drexel.edu.

WILBERT, Marcelo Driemeyer. **O Mercosul e a teoria dos jogos: um estudo introdutório.** Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Economia, ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de Santa Catarina. 2002.

GEN MATTOS

ISBN: 978-85-7256-007-8