

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS - AMAJME

ISSN 1981-3414

DIREITO MILITAR

ANO XXV - NÚMERO 158 - MARÇO/ABRIL DE 2023

CONGRESSO JURÍDICO DE DIREITO MILITAR

Novas Perspectivas da Justiça Criminal



Belo Horizonte/MG
13 a 15 de Junho de 2023

REALIZAÇÃO



PROGRAMAÇÃO DO CONGRESSO JURÍDICO DE DIREITO MILITAR

Belo Horizonte/MG - de 13 a 15 de Junho de 2023

13 DE JUNHO (terça-feira)

- 16h00 às 17h30 **Painel - A Importância da Justiça Militar para as Instituições Militares**
Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO - *Presidente do STM*
Gen Div PAULO ALIPIO BRANCO VALENÇA - *Comandante da 4ª Região Militar*
Cel RODRIGO PIASSI DO NASCIMENTO - *Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais*
Moderador: Des. GETÚLIO CORRÊA - *Presidente da AMAJME*
- 17h30 às 18h00 **Solenidade de Homenagem**
- 18h00 **Coquetel de Abertura**
- 21h30 **Encerramento**

14 DE JUNHO (quarta-feira)

- 09h00 às 09h10 **Abertura**
Gen Ex LOURIVAL CARVALHO SILVA - *Ministro do STM Coordenador Científico do Congresso*
- 09h10 às 10h10 **Palestra - Nulidades no Processo Penal Militar**
Dr. RENATO BRASILEIRO DE LIMA - *Promotor de Justiça Militar em São Paulo - SP*
- 10h10 às 10h30 **Intervalo**
- 10h30 às 11h30 **Palestra - Delação Premiada, Justiça Penal Negociada e Direito Penal Militar**
Dr. VINÍCIUS GOMES DE VASCONCELLOS - *Professor Doutor da Universidade Estadual de Goiás, da Universidade Católica de Brasília e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.*
- 11h30 às 14h15 **Almoço**
- 14h15 às 14h30 **Soluções Tecnológicas para a Segurança Pública**
Motorola
- 14h30 às 15h30 **Palestra - A Fala e o Crime: os limites da liberdade de expressão no sistema jurídico militar**
Dra. DANIELA DE FREITAS MARQUES - *Juíza de Direito da 3ª Auditoria da Justiça Militar Estadual e Professora Doutora da UFMG*
- 15h30 às 16h00 **Intervalo**
- 16h00 às 17h30 **Painel - Execução de Pena na Justiça Militar: experiências práticas e casos concretos**
Dr. JORGE LUIZ DE OLIVEIRA DA SILVA - *Juiz Federal da Justiça Militar*
Dr. MARCOS FERNANDO THEODORO PINHEIRO - *Juiz de Direito da 3ª Auditoria Militar Estadual (TJMSP)*
Moderadora: Dra. NATASCHA MALDONADO SEVERO - *Juíza Federal Substituta da Justiça Militar*
- 17h30 **Encerramento**

15 DE JUNHO (quinta-feira)

- 09h00 às 10h00 **Palestra - Rito processual e competência do juízo singular na Justiça Militar**
Dr. JOCLEBER ROCHA VASCONCELOS - *Juiz Federal da Justiça Militar, Mestre em Direito Constitucional*
- 10h00 às 10h30 **Intervalo**
- 10h30 às 11h30 **Palestra - Garantias do Tribunal do Júri na Justiça Militar**
Dr. FERNANDO GALVÃO - *Desembargador do TJMMG, Professor Pós-Doutor da Universidade Federal de Minas Gerais*
- 11h30 às 14h30 **Almoço**
- 14h30 às 15h30 **Palestra - Psicologia da Prova Testemunhal e Direito Penal**
Dra. LILIAN MILNITSKY STEIN - *Psicóloga e Professora da PUC-RS e UFSC, Doutora em Cognitive Psychology - University of Arizona Pós-Doutora - Universidade de Barcelona*
- 15h30 às 16h00 **Intervalo**
- 16h00 às 17h00 **Palestra - Justiça Militar e Estado Democrático de Direito: compreensão constitucionalmente adequada do escabinato**
Dr. FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO - *Desembargador do TJMMG, Professor Pós-Doutor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*
- 17h00 às 17h10 **Encerramento**
Des. Cel RÚBIO PAULINO COELHO - *Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*

Maiores informações: e-mail: enajum@stm.jus.br



AMAJME

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DAS
JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS - AMAJME

CNPJ: 65.137.044/0001-03

Declarada de Utilidade Pública Federal -
Portaria do Ministério da Justiça nº 3.610,
de 13 de dezembro de 2013
(D.O.U nº 243, 16/12/13)
CNPJ 65.137.044/0001-03

Presidente: Getúlio Corrêa (SC)

Vice-Presidentes Regionais:

Centro-Oeste: Alexandre Antunes da Silva (MS)

Nordeste: Paulo Roberto Santos de Oliveira (BA)

Norte: José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Junior (PA)

Sudeste: Fernando José Armando Ribeiro (MG)

Sul: Fábio Duarte Fernandes (RS)

Secretário Geral – Cel. Abelardo Camilo Bridi

Sede atual:

Av. Osmar Cunha, 183 Ed. Ceisa Center, Bloco "B",
Sala 1109, Centro, Florianópolis/SC,
CEP 88015-100 - Telefone 48 3224.3488
www.amajme-sc.com.br
amajme@amajme-sc.com.br
e amajme@uol.com.br

PERIODICIDADE

Bimestral

CONSELHO EDITORIAL

Gustavo Assis Garcia, *Juiz/GO*

Fernando Pereira, *Juiz/TJMS*

Getúlio Neves, *Juiz/ES*

Jorge César de Assis, *Promotor/JMU*

Ronaldo João Roth, *Juiz/SP*

PROJETO GRÁFICO/EDITORAÇÃO

Rogério Junkes

REVISÃO

Thais Helena C. Dutra

DISTRIBUIÇÃO

Magistrados Estaduais e Federais, Militares Estaduais
e Federais, Membros do Ministério Público, Advogados,
Órgãos Públicos, Entidades de Classe, Faculdades de
Direito e Meios de Comunicação.

CAPA

Referência ao Congresso Jurídico de
Direito Militar, a ser realizado em
Belo Horizonte/MG, de
13 a 15 de Junho de 2023.

Os artigos assinados são de responsabilidade
de seus autores. É permitida a reprodução
desde que citada a fonte.

NESTA EDIÇÃO

| | |
|---|----|
| Nosso entrevistado é o Exmo Sr. Tenente Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Parente Camelo , Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar..... | 2 |
| CRIME MILITAR EXTRAVAGANTE DE INJÚRIA RACIAL. Cícero Robson Coimbra Neves..... | 5 |
| GRAVAÇÃO DE DEPOIMENTOS EM ÁUDIO E VÍDEO: O SALTO DE QUALIDADE NO IPM. Ricardo Antonio Andreucci e Ronaldo João Roth..... | 9 |
| A PREMENTE NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APÓS A LEI Nº 13.491/17. Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira e Jardel Fernando Vieira Teixeira..... | 14 |
| A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO COM O ADICIONAL DE COMPENSAÇÃO POR DISPONIBILIDADE MILITAR. Jacques Eduardo Simão Carneiro..... | 23 |
| AO ENCONTRO DO STJ, QUEBRAR CADEADO E FECHADURA, PORTANDO ARMA DE FOGO, SERIA ROUBO SOB O PRISMA DO DIÁLOGO DAS FONTES? Matheus Santos Melo..... | 32 |
| O INDULTO NATALINO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS CONDENADOS. Frederico Afonso | 36 |



Nosso entrevistado é o Exmo Sr. Tenente Brigadeiro do Ar **Francisco Joseli Parente Camelo**, Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar.

Síntese biográfica – Nascido em 25 de abril de 1953/Ceará; Formação e atividades principais: Praça em 1º de março de 1969; Declarado aspirante a Oficial em 10 de dezembro de 1975; promovido a Tenente Brigadeiro do Ar em 31 de março de 2012. Principais cursos militares: Curso Preparatório de Cadetes do Ar (EPCAR); Curso de Formação de Oficiais Avia-dores (AFA); Curso de Tática Aérea (CATRE); Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (EAOAR); Curso de Estado Maior e Curso Superior de Comando (ECE-MAR); e Curso de Política e Estratégia Aeroespacial (ECEMAR). Cursos operacional: Curso de líder de Esquadrilha de Ataque; Curso de Líder de grupo de Transporte Aéreo; e Curso de grupo de Transporte de Tropa. Possui mais de 5.000 horas de voo. Principais cargos exercidos: Presidente da Sociedade dos Cadetes da Aeronáutica, em Pirassununga/SP; Assistente do Comandante do Comando de Defesa Aérea, em Brasília/DF; Chefe do Serviço de Comunicação Social da IV COMAR, em São Paulo; Assessor de Defesa da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em Brasília/DF; Comandante da Base Aérea de Salvador, na Bahia; Adido de Defesa e Aero-náutico junto à Embaixada do Brasil na Argentina; e Secretário de Coordenação e Assessoramento Militar

do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, em Brasília/DF. Atividades no STM: Nomeado Ministro do Superior Tribunal Militar em 2015; Integrante do Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento de estudos visando ao aperfeiçoamento da Justiça Militar nos âmbitos federal e estadual; Diretor da Escola nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM); Presidente do Superior Tribunal Militar, em 16 de março de 2023.

Direito Militar – Tendo assumido recentemente a presidência do Superior Tribunal Militar para um mandato de dois anos, quais são as principais metas que Vossa Excelência pretende ver alcançadas nesse período?

Francisco Joseli Parente Camelo – O cargo de Presidente do Superior Tribunal Militar traz consigo um enorme desafio, especialmente diante da conjuntura atual do País. O Poder Judiciário tem um papel preponderante neste cenário e nós, da Justiça Militar da União, estamos conscientes desse papel.

Manter as atividades judicantes de maneira céle-re, equilibrada, serena, bem como assegurar o nosso

compromisso com a manutenção da hierarquia e da disciplina no seio das Forças Armadas são os nossos maiores desafios.

Entretanto, existem outras metas importantes. Cito a Proposta de Emenda Constitucional que trata da modificação na composição do Conselho Nacional de Justiça, criando assentos para magistrados da Justiça Militar; os projetos de lei que alteram o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e o projeto de lei que adequa os quadros de pessoal da JMU, visando garantir o cumprimento das missões institucionais. Essas propostas já se encontram em tramitação no Congresso Nacional. Incluo, ainda, em nossas metas, dar os primeiros passos para a construção da nossa nova sede. Queremos levar a nossa Justiça, fisicamente, para o local a ela destinado na área dos Tribunais Superiores.

Direito Militar – O Conselho Nacional de Justiça não possui na sua composição qualquer representante da Justiça Militar e tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2023, procurando suprir essa lacuna. Qual a importância dessa proposta e como Vossa Excelência avalia a possibilidade da sua aprovação?

Francisco Joseli Parente Camelo – A criação de assentos no Conselho Nacional de Justiça destinados a magistrados da Justiça Militar da União é uma das nossas metas prioritárias. A Constituição Federal, em seu artigo que trata da composição do CNJ, não contemplou a Justiça Militar, sendo a única justiça penal especializada ali não representada. Este, por si só, seria motivo suficiente para o atendimento a esse nosso pleito.

Desde a Constituição de 1934, a Justiça Militar integra o Poder Judiciário. As deliberações realizadas pelo CNJ chegam à Justiça Militar já definidas, com o processo decisório concluído, sem a nossa participação. Nos sentimos um pouco alijados dos processos decisórios que definem o rumo do Poder Judiciário no Brasil.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) está muito bem encaminhada, graças ao empenho pessoal do senador Rodrigo Pacheco, presidente do Congresso, do senador Eduardo Gomes, autor da PEC, do senador Davi Alcolumbre, presidente da Comissão de Constituição e Justiça, e do senador Hamilton Mourão, que se colocou à disposição para relatar a PEC. Estou muito otimista quanto à aprovação dessa Proposta.

Direito Militar – A edição da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, alterou o artigo 9º do Código Penal Militar e ampliou o rol dos crimes militares. Transcorridos quase cinco anos desde então, qual a opinião de Vossa Excelência a respeito dessa modificação legislativa na atividade jurisdicional da Justiça Militar da União?

Francisco Joseli Parente Camelo – A Lei nº 13.491 alterou o artigo 9º do Código Penal Militar e a partir de então, os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, passaram a ser

da competência da Justiça Militar da União, quando praticados nas condições estabelecidas no artigo 9º do Código Penal Militar. Cito, como exemplo, os crimes resultantes de alguma ação que envolva a segurança de organização militar, ou em operações de garantia da lei e da ordem. Acredito que a aprovação dessa lei foi muito importante pelo fato de passar à Justiça Militar a competência de julgar os crimes previstos na legislação penal brasileira que estiverem relacionados à atividade militar.

Direito Militar – Quando o Ministro Ricardo Lewandowski esteve na Presidência do CNJ, foi constituído um grupo de trabalho, do qual Vossa Excelência participou ativamente, que ao seu final propôs, diante da exitosa alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (a qual estabeleceu que as ações contra atos disciplinares fossem julgadas pela Justiça Militar dos Estados), que a Justiça Militar passasse também a julgar outros atos administrativos militares.

“A história da Justiça Militar, no Brasil, tem início em 1808, com a chegada do príncipe regente de Portugal, D. João.”

Como Vossa Excelência avalia a perspectiva da aprovação de uma emenda constitucional nesse sentido?

Francisco Joseli Parente Camelo – Realmente, nós participamos da Comissão que trabalhou na criação de uma proposta de emenda constitucional para que a justiça militar tivesse a sua competência ampliada para o Direito Disciplinar e para o Direito Administrativo. Eu tenho a compreensão de que é uma medida acertada em razão, principalmente, por ser a justiça militar a justiça especializada e conhecedora das especificidades da atividade militar.

Nós já estamos trabalhando nesse sentido, com um texto da PEC pronto, com inserções de propostas das justiças militares estaduais. Acredito que, ainda, no mês de maio, entraremos com essa proposta junto ao Congresso Nacional.

Direito Militar – O brilhante currículo de Vossa Excelência aponta que contava mais de quarenta e seis anos de serviço à Força Aérea Brasileira quando da sua nomeação como Ministro do Superior Tribunal Militar. Considerando essa grande experiência, como Vossa Excelência avalia a importância da participação do militar na composição dos órgãos colegiados da Justiça Militar?

Francisco Joseli Parente Camelo – A composição integrada de militares e civis nos órgãos da Justiça Militar nós chamamos de Escabinato. Nas auditorias militares, que são a nossa primeira instância, essa integração se dá por meio dos Conselhos Especiais de Justiça e Conselhos Permanentes. Esses colegiados são compostos por quatro oficiais, da mesma Força e de patente superior à do réu, e por um juiz togado, que preside os colegiados. No STM, que é a segunda instância e Corte Superior da Justiça Militar, somos 15 ministros, sendo 10 oriundos das Forças Armadas e 5 civis provenientes das carreiras da advocacia, da magistratura militar e do ministério público militar.

A Justiça Militar da União julga, como todos os demais ramos do Poder Judiciário, com base em suas legislações penais e processuais penais. Entretanto, a especificidade das atividades militares impõe um conhecimento mais aprofundado da vida na caserna. As normas e regulamentos a que estão submetidos

esses profissionais são diferentes dos padrões impostos aos civis. Então, na Justiça Militar, essa composição mista da ciência jurídica dos juízes togados com a experiência da caserna, trazida pelos juízes militares, proporciona uma grande riqueza aos debates e às resoluções dos processos que chegam nesta Justiça.

Direito Militar – No Brasil, ao contrário do que é visto em diversos outros países, a Justiça Militar integra o Poder Judiciário. Como Vossa Excelência analisa essa característica da Justiça Militar brasileira?

Francisco Joseli Parente Camelo – A história da Justiça Militar, no Brasil, tem início em 1808, com a chegada do príncipe regente de Portugal, D. João. A partir daí, as atribuições, a designação e o formato foram sendo alterados até que na Constituição Federal de 1934, a Justiça Militar, que até então fazia parte da estrutura do Poder Executivo, passa a integrar o Poder Judiciário, em um dos poucos casos em todo o mundo. Na maior parte dos países, as justiças militares trabalham como tribunal do Poder Executivo ou como corte marcial não permanente.

Considero essa peculiaridade do Poder Judiciário no Brasil um caso de sucesso. Essa é uma visão, não apenas nossa, dos integrantes da Justiça Militar no Brasil. Por diversas vezes, em seminários internacionais que tratam de assuntos afetos aos crimes militares, somos indicados como referência nas questões que envolvem este tipo de processos.

Direito Militar – Vossa Excelência gostaria de tecer mais alguma consideração ao encerrarmos esta breve entrevista?

Francisco Joseli Parente Camelo – Inicialmente, agradeço à revista Direito Militar a oportunidade de, mais uma vez, esclarecer pontos importantes da Justiça Castrense. Gostaria de acrescentar apenas que a Justiça Militar da União possui uma Escola que vem atuando extraordinariamente na formação e no aperfeiçoamento de nossos magistrados e tem sido o carro chefe de nossa integração com os diversos setores do campo jurídico nacional e internacional, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM).

CRIME MILITAR EXTRAVAGANTE DE INJÚRIA RACIAL.



Cícero Robson Coimbra Neves¹

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023, alterou Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal, para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público.

O giro principal na compreensão está no fato de que a injúria qualificada por elementos referentes à raça, cor e etnia, antes constante como uma qualificadora do crime de injúria no Código Penal comum (art. 140, § 3º, do CP), passou os delitos de racismo, agregando-se, ainda, o elemento “procedência nacional” no lugar de “origem”, no art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989, sob uma ameaça de pena de reclusão de 2 a 5 anos, e multa.

Embora a alteração tenha alcançado o Código Penal comum, naturalmente, com o advento da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017, a nova realidade afeta também os crimes militares, como será demonstrado neste raciocínio.

2 A realidade anterior à edição da Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023

Como dito acima, antes da edição da Lei n. 14.532/2023, a injúria motivada por elementos de raça,

cor e etnia mostrava-se como forma qualificada do crime de injúria no Código Penal comum, especificamente no § 3º do art. 140, *verbis*:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...].

§ 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.

Importante lembrar que essa qualificadora não nasceu com a redação original do Código Penal comum de 1940, mas foi agregada pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, sendo, ainda, alterada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (“Estatuto do Idoso”), quando foram acrescentados os elementos “condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Embora tenha se constituído em importante inovação no combate ao racismo, a qualificadora não se confundia com o crime de racismo, conforme sustentava a doutrina. Nessa linha, Mariana Aquino ensina:

Muitos confundem essas duas espécies de crimes, mas eles tipificam condutas diferentes, bem como violação a bens jurídicos diferentes.

Dessa forma, os crimes previstos na lei de racismo tipificam condutas objetivas que possuem como finalidade específica impedir, obstar ou dificultar

¹ Promotor de Justiça Militar, lotado na Procuradoria de Justiça Militar de Salvador/BA e atualmente requisitado para a função de Chefe de Gabinete para Assuntos Jurídicos do Procurador-Geral de Justiça Militar, em Brasília/DF. Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar de São Paulo.

o exercício de direitos a determinado grupo ou coletividade em face de sua cor, raça, etnia, religião ou precedência nacional, tendo como bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade; já a injúria racial ou injúria qualificada por preconceito prevê conduta que viola a honra subjetiva de determinada pessoa utilizando-se elementos referentes à raça, cor, etnia, origem ou condição referente a pessoa idosa ou portadora de deficiência, protegendo o bem jurídico honra.

Ainda, importa destacar que o racismo possui um tratamento penal mais severo, sendo inafiançável e imprescritível, ao passo que a injúria racial prescreve em 8 (oito) anos².

Malgrado a distinção inequívoca, a mesma autora advertia:

Todavia, vale destacar que o STF, ratificando decisão do STJ, decidiu pela imprescritibilidade do crime de injúria racial, sob o fundamento de que esse crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo³.

O Código Penal Militar mais próximo na origem do atual Código Penal comum era o Decreto-lei n. 6.227, de 24 de janeiro de 1944, o qual, ao capitular a injúria em seu art. 189, também não se preocupou em qualificá-la por elementos de cor, raça, etnia ou origem.

Igualmente, não houve essa preocupação pelo atual Código Penal Militar, o Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, que silencia sobre tais elementos motivadores de ofensa à honra subjetiva ao capitular o crime de injúria, em seu art. 216. Entretanto, compreendia-se ser possível que a qualificadora do § 3º do art. 140 do Código Penal comum aportasse no Direito Penal Militar, como crime militar extravagante, após o advento da Lei

n. 13.491/2017, que possibilitou que os tipos penais previstos na legislação penal comum, incluindo no Código Penal, fossem adjetivados como militares, desde que praticados em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

Nessa senda:

Necessário observar que no Código Penal Militar não existe a qualificadora presente no § 3º do art. 140 do CP, centrada na injúria com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, nada impedindo, entretanto, que o autor responda por crime militar extravagante, desde que o fato esteja e uma das hipóteses das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. Como exemplo, se um militar da ativa pratica o crime de injúria ressaltando ofensivamente elemento racial de outro militar da ativa, o delito a subsumir a conduta, ao menos em tese, será o do § 3º do art. 140 do Código Penal, combinado com a alínea “a” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar⁴.

Com a alteração de 2023, o cenário do crime militar extravagante remanesce, mas agora a fonte do tipo penal trasladado não é mais aquela do § 3º do art. 140 do Código Penal, mas o art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989.

3 Injúria racial como crime militar extravagante

Os crimes militares extravagantes⁵ são uma nova realidade trazida pela Lei n. 13.491/2017, consistindo na possibilidade de que tipos penais fora do Código Penal Militar – por isso extravagantes –, sejam adjetivados como delitos castrenses desde que sejam perpetrados naquelas condições enumeradas nas alíneas “a” a “e” do inciso II do art. 9º do mesmo Código, em uma operação de tipicidade indireta, de subsunção mediata da conduta ao tipo penal.

Também são rotulados como delitos militares por extensão⁶, crimes militares por equiparação

2 AQUINO, Mariana Queiroz. Crimes militares extravagantes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Lei n. 7.116/1989). Crimes militares extravagantes. Coord. NEVES, Cícero Robson Coimbra. Salvador: Juspodivm, 2022, 2ª Ed., p. 1.154-5.

3 Idem, p. 1.545.

4 NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. Salvador: Juspodivm, 2022, 6ª Ed., p. 1.293.

5 Expressão inaugurada em NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. Revista Direito Militar, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017.

6 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 06 abr. 2023. ASSIS, Jorge Cesar de. Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018, p. 39.

à legislação penal comum⁷ e crimes militares de conceito estendido⁸, constituindo-se em crimes impropriamente militares.

Como se indicou acima, a antiga injúria qualificada por motivo racial do Código Penal comum poderia se configurar em um desses crimes militares extravagantes, quando praticada, por exemplo, de um militar em serviço contra um civil, encontrando subsunção mediata na alínea “c” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

A mesma matriz de raciocínio deve ser mantida, mas agora a conduta – respeitando-se a irretroatividade da *lex gravior* (art. 5º, XL, CF), evidentemente –, no que concerne à subsunção a elementos típicos, não encontrará morada no § 3º do art. 140 do Código Penal, mas no art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989, com a adição da procedência nacional:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

Deve-se alertar que o crime militar extravagante da injúria qualificada do Código Penal comum não está morto, pois ainda é possível que ele ocorra quando for o delito praticado por elementos referentes à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência, como permaneceu na redação do § 3º do art. 140 do Código Penal.

Mas não é apenas uma questão de subsunção que se tem nessa nova realidade. Outros efeitos hão de ser considerados no novo crime militar extravagante de injúria racial.

À evidência, sem necessidade da construção jurisprudencial que outrora ocorria, como acima

apontado nas palavras de mariana Aquino, passa a ser um crime imprescritível.

A Constituição Federal, nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, dá a condição de imprescritíveis aos crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Ao ser inserida como delito previsto no art. 2º-A da Lei n. 7.716/1989, essa modalidade de injúria conhecerá a imprescritibilidade.

Um outro ponto a ser lembrado, mas que não afetava – e continua não afetando – o Direito Penal Castrense é que a injúria racial, quando no Código Penal comum, consistia em crime de ação penal pública condicionada, e, agora, fora do espectro do art. 145 do mesmo Código, conhece a ação penal pública incondicionada. Nada de novo no Direito Castrense, repita-se, em que a regra da ação penal pública incondicionada se impõe pelo art. 121 do Código Penal Militar e 29 do Código de Processo Penal Militar.

Também não presente nas preocupações do Direito Penal Militar está a nova caracterização como crime inafiançável da injúria racial como categoria de racismo, pois há expressa vedação no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal. Para os crimes militares, como se sabe, não há previsão de fiança no Código de Processo Penal Militar.

Por derradeiro, embora se deva observar o comportamento jurisprudencial após a Lei n. 14.532/2023, é bom lembrar com Rogério Sanches Cunha que a “injúria racial abrange a ofensa preconceituosa contra homossexuais e transexuais, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADO 26”⁹:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas

“Os crimes militares extravagantes são uma nova realidade trazida pela Lei n. 13.491/2017.”

7 PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018.

8 Art. 18-A da Resolução do Conselho Superior do Ministério Público Militar n. 101, de 26 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2023/01/resolucao-no-101-csmpm.pdf>. Acesso em 06 abr. 2023.

9 CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.532/23: Injúria qualificada em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/01/12/lei-14-532-23-injuria-qualificada-em-razao-de-raca-cor-etnia-ou-procedencia-nacional/>. Acesso em 06 abr. 2023.

homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).

4 Conclusão

O racismo é uma odiosa conduta que deve ser banida da sociedade brasileira e repetir a frase de que “não há racismo no Brasil”, apenas colabora para que comportamentos como os que lemos diariamente no noticiário sejam replicados, sob um manto de pretensa impunidade e de assimilação desse proceder como aceitável.

O pretexto não importa: discussão no trânsito, rugas de vizinhos, briga em supermercados, prisão de um infrator da lei ou competições esportivas no interior da caserna. Qualquer que seja o cenário, havendo uma conduta que reforce negativamente os elementos de raça, cor, etnia e procedência nacional, deve ela ser prontamente reprimida por quem a observa e também pelos mecanismos de persecução penal.

Evidentemente, o Direito Penal não pode solucionar a questão isoladamente, pois a complexidade é enorme, perpassando por questões afetas à urbanização das cidades, à ocupação de espaços públicos, o acesso aos estamentos sociais, à educação – em seus diversos níveis – e também à formação profissional, o que inclui o militar, federal, dos Estados e do Distrito Federal.

Mas, infelizmente, o ideal nessas várias frentes está longe de ser atingido, com mais avanços em algumas e maior retração em outras áreas, ao mesmo passo que em alguns casos, apenas a conversa, a educação parecem ser insuficientes, quando deve entrar a *ultima ratio*, com a ameaça e a efetivação da pena para as condutas que configuram crimes de racismo.

Nesse contexto, a atualização trazida pela Lei n. 14.532/2023 significa um instrumento a mais nas

políticas de combate ao racismo e, notadamente, deve também alcançar o Direito Penal Militar, tornando-o atualizado com o escopo de proteção dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS:

AQUINO, Mariana Queiroz. Crimes militares extravagantes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Lei n. 7.116/1989). Crimes militares extravagantes. Coord. NEVES, Cícero Robson Coimbra. Salvador: Juspodivm, 2022, 2ª Ed.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. Salvador: Juspodivm, 2022, 6ª Ed., p. 1.293.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. Revista Direito Militar, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017.

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 06 abr. 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos. Disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 14.532/23: Injúria qualificada em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/01/12/lei-14-532-23-injuria-qualificada-em-razao-de-raca-cor-etnia-ou-procedencia-nacional/>. Acesso em 06 abr. 2023.

GRAVAÇÃO DE DEPOIMENTOS EM ÁUDIO E VÍDEO: O SALTO DE QUALIDADE NO IPM.



Ricardo Antonio Andreucci¹



Ronaldo João Roth²

GENERALIDADES. O depoimento gravado em áudio e vídeo é um procedimento legal que substituiu com muitas vantagens o antigo e tradicional depoimento escrito, seja diminuindo o tempo de colheita das declarações, seja dando mais fidedignidade ao ato processual, seja tornando mais eficiente a imprescindível colheita do depoimento com perguntas por parte da autoridade judiciária e das correspondentes respostas da pessoa ouvida.

É importante destacar que a gravação em áudio e vídeo dos depoimentos no inquérito policial tem como objetivo principal garantir a efetividade e a transparência da investigação criminal. Com a gravação, é possível assegurar a fidelidade das declarações do investigado, bem como a integridade da prova produzida.

Entre as vantagens da gravação em áudio e vídeo dos depoimentos, pode-se citar:

- Maior fidelidade das declarações do investigado, já que a gravação permite a reprodução exata das palavras ditas;

- Possibilidade de verificação posterior das declarações, evitando contradições e garantindo a transparência do processo;

- Melhor controle e fiscalização da atuação dos agentes públicos, evitando abusos e excessos por parte dos investigadores;

- Maior segurança para o investigado, já que a gravação impede que as declarações sejam manipuladas posteriormente.

Como antecedentes relevantes em nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de adoção de gravação dos depoimentos foi adotada pelo Código de Processo Penal (CPP), em relação aos “depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas”, por “meios e recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações” (Lei nº 11.719/08, alterando o art. 405 do CPP), a adoção do interrogatório por videoconferência, e a oitiva de testemunhas por precatória ou rogatória (Lei nº 11.900/09, alterando os arts. 185 e 222 do CPP), a adoção do procedimento por vídeo conferência dos atos processuais, por parte do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15: art. 236, § 3º).

Nessa linha, reconhecendo a aplicação subsidiária do CPC ao processo penal (art. 3º do CPP), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) baixou a Resolução nº 105/10, alterada pela Resolução nº 222/16, regulamentando a realização das sessões por videoconferência e telepresenciais para todo o Poder Judiciário.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no ano de 2017 e por meio da Resolução nº 181, já havia previsto a possibilidade da colheita do depoimento por meio de gravação audiovisual no procedimento investigatório criminal (PIC)

No âmbito da Polícia Judiciária Civil já há iniciativas aqui e acolá, em todo Brasil, do colhimento por meio de gravação de depoimentos, nos **inquéritos policiais**,

1 Procurador de Justiça Criminal do Ministério Público de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutor pela Universidade Federal de Messina - Itália. Professor e Coordenador de cursos de pós-graduação. Professor de cursos preparatórios para ingresso nas carreiras jurídicas e OAB. Professor Universitário. Autor de diversas obras pela Editora Saraiva. Articulista e Palestrante.

2 Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Mestre em Direito, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD), Professor da Academia de Polícia Militar do Estado de São Paulo (APMBB).

e tem-se verificado que as delegacias digitais têm dado ótimo resultado, como aponta o projeto pioneiro no município de Lajeado/RS³, colhendo a oitiva de vítimas, testemunhas e indiciados, com a vantagem da diminuição do tempo de colheita dos depoimentos em 60%, sendo que depoimentos que, em média, levavam 40 minutos para serem colhidos pela forma tradicional e escrita, por meio da nova ferramenta levam em média 15 minutos.

Também sustentando a maior transparência, extinguindo qualquer dúvida da atividade de colheita de depoimentos pela Polícia Judiciária, elevando, por consequência, o crédito dos atos processuais realizados no inquérito, Pedro Diógenes Fernandes Neto⁴ em alen-tado artigo aponta “n” razões para a adoção da gravação na colheita de prova oral naquele procedimento policial, daí entender que não há qualquer incompatibilidade de adoção da mencionada gravação, reservando-se por escrito “aquilo que interesse para o indiciamento ou para o relatório final, se for o caso.”

É muito comum que as pessoas ouvidas na fase de inquérito policial mudem, em juízo, diante da necessária *renovação* dos atos procedimentais sob o *crivo do contraditório*, a versão primeiramente apresentada, *negando* ter afirmado o que consta em suas declarações, ou até afirmando que *foram coagidas*, ou que *assinaram sem ler* os depoimentos policiais, trazendo com isso evidente descrédito aos atos colhidos na Polícia.

Aliás, algumas Leis especiais já têm prevista a adoção da gravação nos depoimentos do inquérito policial, como no caso de apuração de violência doméstica em relação à oitiva da vítima e de testemunhas (Lei 11.340/06, art. 10-A, inc. III); no caso de depoimento especial de criança ou adolescente, vítima ou testemunha, na apuração de violência (Lei nº 13.431/13, art. 12, inc. VI). Igualmente, nos casos de colaboração premiada, nas tratativas extraprocessuais, o registro daquele procedimento deverá ser gravado (Lei nº 12.850/13, art. 13).

“O inquérito policial militar, como é cediço, é um procedimento administrativo, realizado pela autoridade militar competente, para apurar os fatos, identificar os envolvidos e colher provas sobre a ocorrência de um crime militar.”

Na doutrina, Renato Brasileiro de Lima⁵ sustenta que é de se admitir a utilização de novos meios tecnológicos no curso do inquérito e defende uma “interpretação progressiva, seja por conta de uma aplicação subsidiária do art. 405, § 1º, do CPP”. De igual modo, Nestor Távora e Alencar Rosmar Rodrigues⁶, também com base na norma do art. 405, § 1º, do CPP, sustentam que “nada impede a adoção de gravação de som e/ou imagem na oitiva de suspeitos, testemunhas e ofendidos na fase preliminar.”

É bom que se diga que tramita na Câmara dos Deputados o PL 5778/2019, que altera o CPP para prever a gravação, em áudio e vídeo, dos depoimentos realizados no âmbito do inquérito policial. A proposta, apresentada pelo deputado Afonso Motta (PDT/RS) em 30/09/2019, acrescenta o § 4º ao art. 10 do CPP, com a seguinte redação:

§ 4º Os depoimentos de investigados, indiciados, ofendidos e testemunhas serão gravados em áudio e vídeo e armazenados até o julgamento da apelação, se houver.

Na jurisprudência o panorama não é diverso. Há julgados das Cortes Superiores admitindo a validade dos depoimentos gravados em áudio e vídeo ainda na fase de investigação, trazendo maior transparência e efetividade ao

processo de investigação criminal.

Inclusive, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 24.05.2022, nos autos do HC 713252/RS, sob a relatoria do ilustre Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, negou pedido de retirada de depoimentos informais, gravados por policiais militares, de um processo contra homem acusado de jogar gasolina em sua companheira e atear fogo, na presença dos três filhos dela. Em uma das gravações, a mulher – que faleceu dias após a internação – afirmou que o companheiro foi o autor do crime.

Na oportunidade, o colegiado, por unanimidade, considerou que os depoimentos informais do acusado, da mulher e de um de seus filhos, colhidos por policiais militares por meio de gravação, logo após os fatos,

3 Delegacia digital. Diário gaúcho: Lajeado usa sistema pioneiro no Estado para gravar depoimentos, capturado no link: <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2013/02/lajeado-usa-sistema-pioneiro-no-estado-para-gravar-depoimentos-4049594.html>

4 FERNANDES NETO, Pedro Diógenes. Accountability na persecução penal: a necessidade de gravar as provas orais produzidas na fase extraprocessual. Teresina/PI: Revista JusNavigandi. ISSN 1518-4862, ano 26, n. 6471, 20mar2021, disponível em <https://jus.com.br/artigos/89226>. Acesso em: 15.04.2023.

5 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 02. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 114.

6 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8 ed. Salvador: Editora Podivm, 2013, p.103.

não causaram prejuízo ao investigado, considerando a diligência legal em razão da gravidade do fato e da necessidade imediata de esclarecimentos, devido ao estado de saúde dos envolvidos.

Diante dessa realidade, há de se indagar se, no inquérito policial militar (IPM), a gravação em áudio e vídeo dos depoimentos será uma medida permitida a modernizar a apuração dos crimes militares.

DESENVOLVIMENTO. Da mesma forma que o CPP disciplina o inquérito policial (IP) (art. 9º), o Código de Processo Penal Militar (CPPM, art. 21) estabelece que o IPM tem a *forma escrita* e documentada.

O inquérito policial militar, como é cediço, é um procedimento administrativo, realizado pela autoridade militar competente, para apurar os fatos, identificar os envolvidos e colher provas sobre a ocorrência de um crime militar. O inquérito policial militar é sigiloso, ou seja, as informações e provas obtidas durante a investigação só podem ser acessadas pelas autoridades e pessoas autorizadas por lei. Trata-se de uma atividade preparatória da ação penal, ou seja, serve para subsidiar a ação penal militar, que é a fase judicial da apuração do crime militar.

Note-se que, *diferentemente* do processo penal comum, que teve a mudança no texto legal, conforme demonstrado anteriormente, o processo penal militar não sofreu alteração na Lei (texto do CPPM) para ser praticada a forma de *gravação* de depoimentos na fase judicial, mas atendendo-se ao comando da Resolução nº 222/16, do CNJ, e aplicando-se subsidiariamente a norma do art. 405, § 1º, do CPP, autorizados pela norma do art. 3º do CPPM, hoje pacífico é o *reconhecimento da legalidade do procedimento de gravação dos depoimentos em sede judicial* dos processos castrenses.

Indiscutíveis, outrossim, são as *vantagens* da gravação em áudio e vídeo dos depoimentos na fase da apuração do crime no âmbito inquisitorial, devendo se acrescentar que a Administração Pública, *civil* ou *militar*, deve sempre observar o *princípio constitucional*, dentre outros, da **eficiência** nos procedimentos realizados (art. 37, *caput*, CF), e, nesse contexto, a gravação dos depoimentos inequivocamente é um procedimento eficiente diante da qualidade e fidedignidade da prova oral colhida, *excluindo a perda de detalhes importantes* no registro da oitiva, bem como *evitando o desvio de*

finalidade naquele ato.

Assim, a adoção da gravação dos depoimentos de *vítima, testemunhas e indiciado*, no âmbito do curso do IPM, é um salto de qualidade nas investigações e fortalece o crédito dos atos da Polícia Judiciária Militar (PJM), inegavelmente, e, ainda, não perde a essência do preconizado na norma do art. 300 do CPPM.

Como sabido o direito é dinâmico, característica essa suficiente para, numa interpretação razoável ao caso, se admitir a adoção da gravação no âmbito da apuração dos crimes militares no IPM e no auto de prisão em flagrante delito militar (APFD). Não se deve olvidar o caráter de ser o direito uma *linguagem de textura aberta*, permitindo-se, pois, a utilização de procedimento correlato, mas que alcance, na integralidade, o objetivo do procedimento previsto pelo legislador, qual seja, o registro fidedigno do depoimento colhido.

Exigir a Lei que o inquérito policial, comum e militar, deva ser escrito e documentado, visa, obviamente, que os atos não sofram perda de qualidade, sejam precisos e com a garantia escrita. No entanto, a transcrição do depoimento pela autoridade sempre terá *perda de qualidade dos detalhes* afirmados pela pessoa ouvida, seja porque não são relevantes a critério da autoridade que preside o ato, seja porque a percepção daquele detalhe não foi registrada na transcrição. Em contrapartida, na gravação do depoimento isso não ocorre, vez que o registro de sua integralidade será fidedigno às afirmações realizadas. Portanto, a segurança da forma escrita é até superada pela gravação, como na prática se verifica.

A Lei é um texto constituído de palavras, mas qual o significado de texto? Gregório Robles⁷ leciona que texto quer dizer qualquer manifestação humana oral ou escrita. A verbalização, oral ou escrita da língua, por conseguinte, é a marca inequívoca do texto. Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho⁸ leciona que o “texto é composto de signos e todo signo represente ou significa alguma coisa, sendo que é entendido depender da relação que trave com o objeto (semântica), com outros signos (sintaxe) ou com o sujeito que o emprega (pragmática).”

Assim, “se o texto é composto de signos e a linguagem é o conjunto deles, verbalizados ou não, pode-se dizer que a linguagem escrita ou falada é um desses

7 ROBLES, Gregório. ROBLES, Gregório. El Derecho como texto: cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho. Madrid: Civitas, 1998.

8 CARVALHO. Morgana Bellazzi de Oliveira. A importância social da abertura dinâmica do Direito, localizado no link: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/morgana_bellazzi_de_oliveira_carvalho-1.pdf

signos. E, sendo um dos elementos da linguagem, integra a definição de direito.” Edvaldo Brito⁹ afirma que: *a “essência da linguagem humana se compõe de elementos para além daqueles que se expressam verbalizados.”*

Com as lições acima, é compreensível se concluir que a forma escrita dos depoimentos, colhidos na fase do inquérito, para garantia de sua segurança, pode ser *substituída* pela forma gravada, *com muito mais eficiência*, pois tal procedimento é acolhido pelo direito.

Em verdade, afora a **interpretação progressiva** mencionada, se realizarmos uma interpretação que supere o positivismo do texto *sem desnaturar a sua essência*, como no *acolhimento da gravação dos depoimentos no IPM* teremos acolhida, também, a visão tridimensional do direito, como leciona Miguel Reale, pois *a norma legal tem como vínculo um fato que cabe ser valorado*. Assim, o fato objeto do depoimento, que se relaciona a um fato que se quer provar, terá a melhor valoração por meio da gravação, daí permitindo a conclusão de que a substituição do depoimento escrito pelo gravado é muito mais segura e vantajosa, além de ser acolhida pelo direito. Nessa linha, vale a lição de Miguel Reale¹⁰:

“Nada é mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que o condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação.”

Portanto, calha a lição de Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho¹¹: *“a verdade (a essência) do direito, que se apresenta inicialmente como texto, é a linguagem. Mas não só isso. O texto não representa a essência do direito e nem o direito se reduz à linguagem, apenas se manifesta por ela. Logo, conclui-se que a definição do fenômeno jurídico está indissociada do fenômeno lingüístico.”*

Desse modo, muito embora o CPP e o CPPM estabeleçam que o inquérito deva ser escrito, as mudanças tecnológicas que vem facilitar e melhorar a qualidade das atividades em todos os campos da humanidade,

acabam se mostrando conciliáveis com a adoção dos procedimentos da gravação, em áudio e vídeo, dos depoimentos na fase policial, sem que a *essência* do que se quer buscar e preservar seja prejudicado.

O CPPM estabelece que os procedimentos judiciais poderão ser utilizados no IPM (art. 301) de forma que o procedimento escrito exigido pelo art. 21 do CPPM pode muito bem ser conciliado, e substituído, com a forma admitida em Juízo, do depoimento gravado em áudio e vídeo, sem que ocorra qualquer prejuízo, autorizando, em consequência, a sua adoção pela Polícia Judiciária Militar (PJM), pois *a forma gravada preserva o integral valor do depoimento*.

Sobre tal pensar, vale invocar a jurisprudência dos valores de que sustenta Eduardo Feld¹² lecionando que esse método *teleológico* de interpretação “não é uma atitude inconsequente. Jurisprudência dos valores é a interpretação da lei segundo os valores por ela tutelados. A vigência do direito positivo não é negada, ao contrário, é confirmada, mas suas palavras ganham vida, ganham luz, não são mais simples palavras, são valores.”, daí porque *“Assim como o grande mestre do xadrez, que não vê peças no tabuleiro, mas sim forças em ação, o bom juiz, ao olhar o código, não vê a letra da lei, mas sim valores”*.

Ademais, o Superior Tribunal Militar (STM) já decidiu pelo cabimento da gravação dos depoimentos no âmbito do IPM:

A possibilidade do registro de depoimentos por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, é uma inovação tecnológica ainda não contemplada pela legislação castrense, devendo a Justiça Militar se valer da legislação comum. Indeferido o pedido do Ministério Público Militar. Decisão unânime. (STM – CORREIÇÃO PARCIAL N.º 0000099-20.2014.7.12.0012 – Rel. Min. Willian de Oliveira Barros – J. 17.09.14);

Não há necessidade de gravação dos depoimentos colhidos meio audiovisual. Prevalência dos princípios da

“Não se pode olvidar, ainda, da necessidade de capacitação dos policiais militares sobre o uso adequado dos equipamentos de gravação em áudio e vídeo.”

9 BRITO, Edvaldo. BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 16.

10 REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 495.

11 CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira, op. cit.

12 FELD, Eduardo. Jurisprudência dos Valores: uma Revolução sem Armas no Mundo Judiciário. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 26 Mai. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/judiciario/3624-jurisprudencia-dos-valores-uma-revolucao-sem-armas-no-mundo-judiciario. Acesso em: 16 Abr. 2023.

instrumentalidade das formas, da economia e da celeridade processual. (STM – **CORREIÇÃO PARCIAL N.º 0000098-35.2014.7.12.0012** – Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos - J. 10.09.14).

De se anotar também que a gravação dos depoimentos na fase do IPM não necessita de regulamentação, mas tão somente da iniciativa das autoridades de PJM delegante (art. 7º, alínea “h”, do CPPM), ou delegada (art. 10, § 2º, do CPPM) para tanto agindo, por analogia, ao procedimento judicial e, assim, amparado em farta fundamentação legal como se demonstrou, e até mesmo com a *normatização* adotada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Há de se trazer, também, à colação que o direito fundamental à duração razoável do processo e a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII), aplicável ao inquérito policial, também impõe, por consequência, que seja substituído o tradicional procedimento escrito pela gravação nos depoimentos no IPM, sustentados, como já se disse, pelo *princípio da eficiência*.

Deve ser ressaltado, entretanto, que a implementação da gravação em áudio e vídeo dos depoimentos nos inquéritos policiais militares deve ser realizada por meio de algumas etapas, sem as quais todo o esforço das autoridades envolvidas será em vão.

É necessário, primeiramente, a elaboração de um plano de ação detalhado, contendo as etapas para a implementação da gravação em áudio e vídeo dos depoimentos nos inquéritos policiais militares, os prazos para cada etapa, as equipes responsáveis e os recursos necessários.

Em seguida, devem ser adquiridos equipamentos de gravação em áudio e vídeo para todas as unidades policiais militares do estado, com o objetivo de garantir a uniformidade e padronização na utilização da tecnologia.

Não se pode olvidar, ainda, da necessidade de capacitação dos policiais militares sobre o uso adequado dos equipamentos de gravação em áudio e vídeo, bem como sobre os protocolos de segurança necessários para a utilização desses meios.

Somente após a aquisição dos equipamentos e a capacitação dos policiais militares, deverá ser iniciada a implantação da gravação em áudio e vídeo nos inquéritos policiais militares, visando a excelência e qualidade do produto final.

Por fim, deverá ser realizado um monitoramento constante do processo de implementação da gravação

em áudio e vídeo nos inquéritos policiais militares, com o objetivo de avaliar a efetividade e eficiência da medida, para que sejam alcançados os resultados pretendidos, conferindo transparência e efetividade aos atos praticados, com o consequente aumento da confiança da população nas instituições policiais e no processo de investigação criminal.

DA CONCLUSÃO. Até que não haja a implementação efetiva, com respaldo na legislação e na jurisprudência, a tradicional forma escrita dos depoimentos colhidos no curso do IPM, para apuração do crime militar, pode continuar a ser adotada pela autoridade militar, delegante e delegada, segundo o CPPM, como procedimento mais seguro ao objetivo que se destina aquele ato processual, de forma que basta, paralelamente à juntada do depoimento gravado, que se realize uma assentada ou registro, resumindo o ato probatório realizado.

Em consequência, nada impede que tal prática seja implementada pela iniciativa da autoridade militar (delegante e delegada), pois tal procedimento tem acolhida pelo Direito, conforme demonstrado.

Assim, seja pela analogia, seja por uma interpretação progressiva ou pela visão tridimensional do direito, isso diante da textura aberta do direito, a substituição do depoimento escrito pelo depoimento gravado pela Polícia Judiciária Militar (PJM) em muito atende ao princípio constitucional da **eficiência** (art. 37, *caput*, da CF).

Portanto, a implementação da gravação em áudio e vídeo dos depoimentos nos inquéritos policiais militares é uma medida necessária para garantir a efetividade e transparência do processo de investigação criminal, permitindo a reprodução exata das palavras ditas pelo investigado, vítima e testemunhas, evitando contradições e garantindo a integridade da prova produzida. Além disso, a gravação também pode servir como uma ferramenta de controle e fiscalização da atuação dos agentes públicos, evitando abusos e excessos por parte dos investigadores.

Não temos dúvida em afirmar que a adoção da gravação dos depoimentos tanto no curso do IPM como do APFD, por parte da Polícia Judiciária Militar (PJM), caracterizará um salto de qualidade e de crédito a essa essencial atividade de que se vale o Ministério Público para o oferecimento da denúncia (art. 9º do CPPM).

A PREMENTE NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APÓS A LEI Nº 13.491/17.



Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira¹



Jardel Fernando Vieira Teixeira²

As constantes mudanças sociais do mundo moderno envergam, a cada dia, alterações legislativas para o fiel cumprimento da paz social. De igual sorte, cabe ao Poder Judiciário a devida adequação hermenêutica dos institutos, em especial a evolução do *Códex Penal*.

Assim, a legislação penal militar promulgada em 1969 necessita de propostas de mudanças para compatibilizá-lo com Constituição Federal de 1988, com os institutos do Código Penal comum e com a própria adequação da sociedade hodierna.

Frente às mudanças sociais, a inserção de integrantes das forças militares concorre com a diversificação populacional, o que pode afetar substancialmente a apuração jurisdicional castrense, não somente pela renovação dos efetivos militares, mas pelo descingir acesso aos Tribunais Superiores como forma recursal, trazendo entendimentos favoráveis quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos militares.

O princípio da insignificância, também intitulado de bagatela, tem o seu embrião no Direito Romano sob o brocardo *Minimis non curat praetor* - o protetor não cuida de minudências, ressurgindo no Direito Penal na Alemanha em 1964, através do jurista *Claus Roxin* e evoluindo ao longo do tempo até a sua aceitação doutrinária e jurisprudencial. Alicerçado no princípio da lesividade, aduz modos de não criminalizar condutas que não causem lesão relevante a bem jurídico tutelado.

Ocorre que as instituições militares possuem como princípios constitucionais a hierarquia e a disciplina, fatores determinantes para atuação das organizações de Estado.

A JUSTIÇA CASTRENSE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito Militar compreende todo um sistema jurídico que, de alguma forma, envolva as Forças Armadas Brasileiras e suas forças auxiliares, quais sejam, as polícias militares e corpo de bombeiros militares vinculados aos Estados e ao Distrito Federal (ASSIS, 2012).

A Constituição cidadã é clara quando trata de militares federais e estaduais, enfatizando que as instituições são organizadas com base na hierarquia e disciplina, considerados essenciais para a estrutura militar, demonstrados em seus artigos 42 e 142. Inexiste tal preocupação com os demais órgãos públicos, sendo inerentes à administração pública os princípios basilares estampados no artigo 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Entretanto, nenhuma organização, até mesmo privadas, escusa-se de hierarquia e disciplina para o seu pleno funcionamento. Assim, os órgãos da administração pública, seja da União, estadual ou municipal, precedem a hierarquia, entendida pela ordenação progressiva da autoridade, com a finalidade de limitar a responsabilidade e qualidade de superior conforme a sua função.

Com relação à disciplina, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

[...] tem-se, de maneira ampla, que é a situação de respeito que os agentes administrativos devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações que a eles são impostos (CARVALHO FILHO, 2010).

Várias são as fontes legislativas que trazem o conceito

1 1º Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, Escola Superior de Sargentos, Escola Paulista de Direito e Faculdade de Direito de Santo André.

2 1º Sargento da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Bacharel em Direito com Especialização em Direito Penal e Processo Penal, professor na Escola Superior de Soldados e Escola Superior de Sargentos.

de hierarquia e disciplina para a vida castrense, em especial os Estatutos das Instituições Militares Federais e Estaduais, observados o interesse que a Constituição federal de 1988 de dispor que as instituições militares são organizadas nesses princípios.

Todavia, os bens jurídicos tutelados pelo Código Penal Militar - Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, foram classificados pelo legislador de acordo com os seus valores. Logo, a parte especial do *códex*, em tempo de paz, possui os títulos de crimes contra a autoridade ou disciplina militar, contra o serviço militar e o dever militar, contra a administração militar, contra a pessoa, contra o patrimônio.

Tem-se defendido que o princípio da insignificância não há de ser aplicado nos crimes militares, uma vez que os valores atingidos pela conduta do agente recai nos pilares das instituições militares, ou seja, na hierarquia e disciplina. Entretanto, não podemos confundir ou ampliar a classificação dos bens jurídicos tutelados, sob pena de ferir de morte o princípio da legalidade.

Resta-nos cristalino que os bens jurídicos tutelados com base na hierarquia e na disciplina como ocorre, por exemplo, no crime de violência contra o superior (art. 157 do CPM) ou no crime de motim (art. 149 do CPM), devem se abster da aplicação do princípio da bagatela, uma vez que tais crimes afetam as bases das instituições, de modo a fragilizar os pilares que sustentam as organizações militares.

Vale consignar que o legislador destacou a cumulação das penas do motim, aplicando as penas sem prejuízo das correspondentes à violência. No caso de violência contra o superior, trata-se de uma qualificadora para o delito se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da violência, a do crime contra a pessoa (art. 157, § 3º do CPM).

Difere os crimes cujo bens jurídicos tutelados não abarcam a hierarquia e a disciplina, como o caso da lesão corporal (art. 209 do CPM), ocasião em que o próprio legislador já evidenciou a bagatela ao considerar que a lesão levíssima poderá ser desqualificada pelo juízo para a esfera administrativa disciplinar (art. 209 § 6º do CPM).

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes deu provimento ao ARE n.º 1.242.653/BA, na qual declina:

[...] “Por outro lado, as provas orais e documentais produzidas nas fases investigatória e processual atestam que as lesões causadas à ofendida apresentam natureza levíssima, sendo razoável a aplicação do princípio da insignificância, mesmo em se tratando de delito culposos, com o afastamento

da tipicidade material para, a juízo da autoridade administrativa, avaliar a conduta no plano disciplinar”.

O PRINCÍPIO DA BAGATELA E A DÚBIA INTERPRETAÇÃO DAS BASES CONSTITUCIONAIS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA COM A TUTELA PENAL MILITAR.

Inicialmente, ressalta-se que o âmago da presente investigação científica é contextualizar o princípio da insignificância e bagatela com o moderno sistema de trazido pela lei Nº 13.491/17. Por óbvio, esta não é uma análise pormenorizada e não se quer escrutinar tal princípio, mas sim trazer à baila uma reflexão sobre a interpretação e a aplicabilidade ao Direito Penal Militar.

Como já sabido, o Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, assenta que para a aplicação do princípio da insignificância tem de existir os seguintes requisitos:

- a). A mínima ofensividade da conduta;
- b). Nenhuma periculosidade social da ação;
- c). O reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- d). A inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Além de muitos outros julgados, o que ganhou maior notoriedade foi HC nº 89.104 MC/RS, tendo como o Relator o Ministro Celso de Mello.

Mas o que trouxe a reflexão do presente trabalho é o entendimento, por muitas vezes equivocado, de que o princípio da insignificância e bagatela não deve ser aplicado aos crimes militares sob o argumento de que todos os crimes militares previstos no *Códex Castrense* são tutelados (bem jurídico) pela hierarquia e disciplina.

Data vênia, discorda-se do entendimento acima e se acredita que há a possibilidade da aplicação do princípio da bagatela em alguns crimes militares, cujo bem jurídico tutelado não ofenda os princípios basilares das instituições militares, quais sejam, a hierarquia e a disciplina, em apreço à dignidade da pessoa humana, que não traz distinção entre civis e militares.

Sedimenta-se que nem todos os crimes ofendem a hierarquia e disciplina militares, pois não existe essa supremacia descrita no próprio código, o que se tem e não se pode confundir, são as bases constitucionais do artigo 42º da Constituição Federal, isto é, as peças-mestras da hierarquia e disciplina, com o bem jurídico tutelado em cada artigo do Código Penal Militar, pois o legislador pensou numa tutela específica destes artigos e não na supremacia genérica da hierarquia e disciplina.

Nessa toada, invoca-se, nas palavras de Ronaldo João Roth³, o mesmo ideário, quando traz:

Não se deve olvidar que o bem jurídico é o limitador e a

3 ROTH, Ronaldo João. *Direito Militar Doutrina e Aplicações. O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar*. 1 e.d. Elsevier. Rio de Janeiro: 2011, p. 543.

cláusula da garantia de que um tipo penal se diferencia do outro, de acordo com a classificação adotada pelo Código Penal Militar, logo, ocorre em equívoco se advogar que todo crime militar ofende hierarquia e disciplina militares tutelados naquele Códex. (grifo nosso)

A problemática é que no próprio Código Penal Militar - Decreto-lei n.º 1001, de 21 de outubro de 1969, o legislador já previa formas de se aplicar o princípio da insignificância em determinados delitos militares. Podemos citar, a título de exemplo, a lesão corporal levíssima, esculpida no art. 209, § 6º do códex, deixando à consideração do juízo a aplicabilidade do princípio, desconsiderando o crime para uma infração disciplinar.

O Código Penal Militar traz no item de nº 17 (Exposição de Motivos) o princípio da insignificância taxativamente da seguinte maneira:

Entre os delitos de lesão corporal está a 'levíssima', a qual, segundo o ensinamento da vivência militar, pode ser desclassificada pelo Juiz para uma infração meramente disciplinar, evitando-se nesse caso o pesado encargo de um processo penal para um fato de tão pequena monta. (BRASIL, 1969)

Na mesma esteira, sinaliza-se a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes patrimoniais quando a coisa é de pequeno valor, especificamente descritos no artigo 240, parágrafo 1º e no artigo 250, tudo do Código Penal Militar.

Note-se que a intenção deste trabalho não é o fomento deliberado do instituto da bagatela, mas sim apontar à comunidade jurídica que nem todos os delitos são afetos à hierarquia e disciplina, como defende Roth em seu artigo na Revista Jus Militar⁴.

Outro fator que nos faz acreditar que o princípio da insignificância pode ser aplicado por exemplo no crime (Contrabando/Descaminho – flexibilizada pelos atuais julgados que discordam da súmula 599 do STJ que será abordada no capítulo a seguir) quando cumprir, por óbvio, os requisitos trazidos pelo Supremo Tribunal é o fato deste delito, quando praticado com a combinação do artigo 9º, não tutelar a hierarquia e a disciplina, por exemplo: um militar de serviço que se encontre na fronteira com outro país, recebe uma irrisória quantia de cigarros e logo após é abordado por seu superior hierárquico com tais cigarros,

notadamente comete crime, porém cabe ao poder judiciária a apreciação e a nosso sentir uma possível aplicação do instituto em testilha.

Uma excelente exposição de ideias foi feita por André Lázaro Ferreira Augusto⁵ quando pesquisou no âmbito do STF a aplicação do princípio da insignificância e o resultado foi ao encontro do que esperávamos, isto é, nem todos os delitos são aviltantes à hierarquia e a disciplina.

Uso indevido de uniforme (art. 172)

No HC 108512/BA, em decisão de 4/10/2011, a Primeira Turma entendeu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de uso indevido de uniforme, pois se trata de infração penal que tutela os bens jurídicos autoridade, disciplina e hierarquia.

Abandono de posto (art. 195)

No inteiro teor do acórdão referente ao HC 94931/PR, que tramitou na Segunda Turma do STF, a Ministra Ellen Gracie, apesar de reafirmar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos delitos militares, esclareceu que os valores e bens jurídicos protegidos pelo art. 195 do CPM tornam inadmissível a sua incidência a condutas que se amoldem a esse tipo penal. Ainda que os militares, naquele caso concreto, não ocupassem postos de vigilância quando deixaram a Unidade Militar, entendeu que tal circunstância seria irrelevante, haja vista que suas condutas ofenderam as instituições militares, além de violarem os princípios da hierarquia e da disciplina.

Lesão corporal (art. 209, caput)

O Ministro Eros Grau, Relator do HC 95445/DF que tramitou na Segunda Turma do STF, no julgamento que ocorreu em 2/12/2008, considerou aplicável o princípio da insignificância à conduta do militar que, após injusta provocação, desferiu um único soco contra o rosto da vítima, ocasionando-lhe a quebra de um dente. Desta forma, ainda que presente uma lesão leve (que inviabilizaria a incidência do princípio positivado no §6º do art. 209), concluiu que não houve lesão significativa ao bem jurídico tutelado, prejuízo relevante ao titular do referido bem ou mácula à integridade da ordem social, o que afastaria a questão do âmbito do Direito Penal Militar.

Furto simples (art. 240, caput)

Em pesquisa realizada no site do STF foram encontrados 12 acórdãos em que se requereu a aplicação do princí-

“Sedimenta-se que nem todos os crimes ofendem a hierarquia e disciplina militares, pois não existe essa supremacia descrita no próprio código.”

4 Para uma análise mais apurada, verificar: ROTH, Ronaldo João. O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/autores/detalhes/41>.

5 Juiz auditor substituto da Justiça Militar da União. A análise está em seu artigo científico denominado: A aplicação do princípio pela autoridade policial militar. Revista do Ministério Público Militar, pg.243 e 244.

pio da insignificância ao delito de furto simples, previsto no art. 240, caput. No entanto, em apenas um deles houve o reconhecimento do postulado e, ainda assim, aplicando-se a regra contida no §6º, do art. 240 (princípio positivado). A hipótese foi a julgada no HC 101470/RJ, em 4/5/2010, pela Segunda Turma, em que se concedeu a ordem ante a observação de que o telefone celular subtraído fora avaliado em R\$ 40,00, correspondente, à época do fato, a 8,60% do valor do salário mínimo então vigente, o que autorizaria a aplicação ao caso do princípio da insignificância.

Revela-se, portanto, que a Justiça Militar não deve ser ocupada por fatos de pequena monta, uma vez que possuímos institutos que tutelam as miudezas, como as infrações disciplinares, apreciadas com maior rigor no âmbito de cada uma das administrações militares, desafogando, assim, o Poder Judiciário, ofertando notoriedade à Administração Militar.

AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE, COM O ADVENTO DA LEI N.º 13.491/17.

Fonte basilar dos crimes militares, alterada pela lei n.º 13.491/17, alargou a definição de crime militar vaticinado no artigo 9º do CPM, com a criação de uma nova categoria de delitos. Assim, houve uma ampliação significativa do rol de crimes militares e da competência da Justiça Militar.

Como visto, a doutrina tradicional classifica os crimes militares em propriamente militares, com previsão exclusiva no CPM e impropriamente militares, os quais possuem a mesma definição na lei penal comum.

O advento da lei aludiu uma transformação na figura tradicional doutrinária, com o surgimento de uma nova classe, denominada como crime militar por extensão ou extravagante, que abrange, além da legislação penal comum, toda a legislação penal existente em nosso ordenamento jurídico, relacionando-os aos crimes militares que ocorrem em tempo de paz.

De fácil percepção, a nova legislação alterou tanto a natureza penal quanto processual penal, convergindo com a maioria doutrinária, encabeçada por Coimbra Neves e Eduardo Cabette, como uma norma de natureza híbrida.

Nesse sentido, Fernando Galvão afirma que:

A norma alterada pela Lei 13.491 que nos ocupa a atenção (inciso II do art. 9º do CPM) é de natureza material, que sequencialmente produz efeitos secundários de natureza processual. A doutrina já identificou as normas de natureza híbrida, nas quais se pode identificar tanto aspectos materiais e quanto processuais. Contudo, no caso da alteração produzida pela Lei 13.491, pode-se constatar que o efeito processual somente se apresenta quando há a caracterização do crime militar. O efeito processual depende da concretização do aspecto material da norma.

(GALVÃO, 2017)

Apesar da inovação, muitos doutrinadores militares debatem sobre a necessidade de uma reformulação geral do Código Penal Militar, pelo simples fato da legislação ainda se encontrar em 1969, torna-o, assim, mais velho que própria Carta Magna de 1988. Não é preciso dizer que a sociedade mudou nesses quase 52 anos de sua existência, entretanto, a legislação não a acompanhou.

Um defensor nato desta ideia é Jorge Cesar de Assis, que em seu livro, editado antes mesmo da última alteração híbrida do código, já declinava sobre o tema:

[...] o Código Penal Militar apresenta-se desatualizado frente aos novos institutos (avanços) do direito penal e às garantias dadas pela Constituição Federal. Conquanto tenha, desde logo, absorvido os novos mandamentos constitucionais por força da obra dessa fonte importante que é a jurisprudência, o texto da legislação castrense continua com a mesma redação de 1969, necessitando ser readequada (ASSIS, 2013).

De igual sorte, não se pode concluir que pequenas alterações e jurisprudências são o suficiente para adequação do Direito Militar. Com a ampliação dos delitos militares, há também que se alargar a esfera processual, trazendo aos institutos, os princípios a ele inerentes.

A exemplo, temos os crimes de descaminho (art. 334 do CP) ou contrabando (art. 334-A do CP), nas hipóteses previstas no art. 9º, II do CPM, se torna um crime militar por extensão contra a Administração Pública.

Com relação ao tema, há profundas discordâncias jurisprudenciais e doutrinárias, não havendo normas impositivas dessa causa supralégitima de exclusão da tipicidade material relativos aos crimes contra a Administração Pública, ou seja, o reconhecimento bagatela do caso concreto.

Destaca-se a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, a qual anuncia a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, publicado em 27/11/2017.

Contraopondo sua própria súmula, o Ministro Nefi Cordeiro da Sexta Turma do STJ, em julgado ocorrido em 14/08/2018, flexibilizou e admitiu a incidência do princípio da bagatela no Recurso Ordinário em HC 85.272/RS:

[...] A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

Quando o delito fere de maneira subsidiária os tribunais têm optado pela não aplicação do princípio da bagatela, especificamente, relacionado a entorpecentes, fato que concordamos pela incompatibilidade com o a função militar.

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR CIVIL. NÃO ACOHLIMENTO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. LEI Nº 11.343/2006. INAPLICABILIDADE A CRIMES MILITARES. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL.

1. A competência para processar e julgar os delitos previstos no art. 290 do CPM, ocorridos em local sujeito à Administração Militar é, indubitavelmente, da Justiça Militar da União, mesmo que, posteriormente, o agente venha a ostentar a condição de civil. 2. É inaplicável o Princípio da Insignificância aos delitos de posse de entorpecentes em local sujeito à Administração Militar, uma vez que a posse ou o uso drogas não se misturam com o serviço militar, sendo aqueles totalmente incompatíveis com os valores éticos das Forças Armadas pela sua potencialidade em causar lesão a um número indeterminado de pessoas e em razão do efeito danoso das substâncias entorpecentes na hierarquia e na disciplina militares. 3. É Inaplicável o Princípio da Bagatela Imprópria aos delitos de posse de entorpecente em local sujeito à Administração Militar, por comprometer a segurança e a integridade física dos membros das Forças Armadas. 4. O regramento previsto na Lei nº 11.343/2006 não se aplica aos crimes militares em razão da especialidade do normativo penal militar⁶. (grifo nosso)

Portanto, de acordo com as análises feitas, acredita-se que se pode aplicar o princípio da insignificância não só nos delitos escrutinados no Código Penal Militar, mas sim em outros delitos ampliados pela Lei nº 13491/17. Além disso, afirma-se que a lei penal militar deve ser tutelada pela sua interpretação específica quanto ao seu bem jurídico e que nem todos os delitos ferem a hierarquia e disciplina.

“Quando o delito fere de maneira subsidiária os tribunais têm optado pela não aplicação do princípio da bagatela.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO. André Lázaro Ferreira A aplicação do princípio pela autoridade policial militar. Revista do Ministério Público Militar. Disponível com o autor.

ASSIS, Jorge César. Curso de Direito militar; da transgressão ao processo administrativo. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, César de Assis. Comentários ao Código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7. ed. Curitiba, Juruá, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. Código Penal Militar – Decreto lei 1001 de 1969. Disponível em:

ROTH. Ronaldo João. Direito Militar Doutrina e Aplicações. O Princípio da Insignificância e o Direito Penal Militar. 1 e.d. Elsevier. Rio de Janeiro: 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

O Princípio da insignificância e o Direito Penal Militar. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/autores/detalhes/41>

GALVÃO, Fernando Galvão. Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar. Disponível em <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em 25 abr. 2021.

Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO N.º 7000900-36.2021.7.00.0000. Relator(a):

ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Revisor(a): CELSO LUIZ NAZARETH. Data de Julgamento: 09/06/2022.

6 Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO N.º 7000900-36.2021.7.00.0000. Relator(a): ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Revisor(a): CELSO LUIZ NAZARETH. Data de Julgamento: 09/06/2022.

Formatura do Curso Superior de Polícia/SP, no Palácio do Bandeirantes/SP, 15/03/23.

Tarcísio de Freitas, Governador do Estado de São Paulo; ladeado por Orlando Eduardo Geraldí, Presidente do TJM/SP e Michel Temer, Ex-Presidente do Brasil e demais autoridades.



Lançamento do III Encontro Nacional de Memória do Poder Judiciário (Enam), Porto Alegre/RS, 01/03/23.



Mesa dos trabalhos, tendo o último da esq. p/ dir. Amílcar Macedo, Des. Mil. Pres. TJM/RS.

Presidente da Aspomil, visita o Secretário de Segurança Pública do SP, março/23.



Guilherme Muraro Derrite, Secretário de Segurança Pública de São Paulo e Ten Dirceu Cardoso Gonçalves, Presidente da ASPOMIL.

V Encontro Nacional de Inteligência do Poder Judiciário, 13 e 14 de abril de 2023, Florianópolis/SC.



Abertura



Participantes

Solenidade de posse da nova gestão do Superior Tribunal



Rodrigo Pacheco, Presidente do Senado Federal; Luis Inacio Lula da Silva, Presidente da República Federativa do Brasil; Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Presidente empossado do Superior Tribunal Militar; Rosa Weber, Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal; e Augusto Aras, Procurador Geral da República.



Francisco Joseli Parente Camelo, assinando o livro de posse.



Luis Inacio Lula da Silva; Rodrigo Pacheco; e Francisco Joseli Parente Camelo, ladeado por demais autoridades.



Rúbio Paulino Coelho, Desembargador Militar do TJM/MG; Paulo Adib Casseb, Juiz do TJM/SP e Coordenador das Justiças Militares da AMB; Getúlio Corrêa, Desembargador do TJ/SC e Presidente da AMAJME; Francisco Joseli Parente Camelo; Orlando Eduardo Geraldi, Juiz Coronel Presidente do TJM/SP.



José Sarney, Ex-Presidente do Brasil.



Lelio Bentes Corrêa, Ministro Presidente do TST; Maria Thereza de Assis Moura, Ministra Presidente do STJ; Rosa Weber; José Sarney; Francisco Joseli Parente Camelo; e Alexandre de Moraes, Ministro do STF.

Militar, biênio 2023/2024, em 16 de abril de 2023.



Francisco Joseli Parente Camelo, ladeado por José Mucio Monteiro Filho, Ministro da Defesa e José Antonio Dias Toffoli, Ministro do STF.



Convidados



José Coelho Ferreira, Ministro do STM; Francisco Joseli Parente Camelo; e Frederico Magno de Melo Veras, Juiz Militar Federal Presidente da AJUFEM.



Edmundo Franca de Oliveira, Presidente da AMAJUM.

Justiça Militar da União celebra 215 anos com solenidade de entrega da Ordem do Mérito Judiciário Militar, 29/03/23.



Pérciles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro STM e James Ferreira Santos, Des. Mil do TJM/MG, homenageado.

Justiça militar angolana vai receber ajuda de brasileiros para projeto do Código Penal Militar de Angola, 25/03/23, Luanda/Angola.



Antônio Pereira Duarte, Procurador Geral do MPM da União entrega a panóplia do MPM ao Vice-Procurador-Geral da República de Angola e Procurador Militar General Filomeno Octávio.



Antônio Pereira Duarte e João Ernesto dos Santos, Ministro da Defesa de Angola.

Cerimônia de colação de Grau de 19 reeducandos do Presídio da Polícia Militar de São Paulo “Romão Gomes”, 18/03/23.

Ouvidoria da Mulher é inaugurada no Superior Tribunal Militar, 26/04/23.



Carlos Vuyk de Aquino, Min. STM; Joseli Parente Camelo, Min. Pres. STM; Mariana Queiroz Aquino Campos, Juíza Militar Federal e Ouvidora da Mulher na Justiça Militar da União; e Odilson Sampaio Benzi, Min. STM.



José C. Oliveira, Ten Cel PM Dir. Presídio “Romão Gomes”; Luiz Alberto Moro Cavalcante, Juiz de Direito da 5ª AJM/SP e Corregedor do PMRG; André Mendonça, Min. STF; Arleide C. Oliveira Braga, Prof.ª Dr.ª Dir. Geral da Faculdade de Tecnologia Jardim - FATEJ; Ives Gandra Martins, Jurista; Orlando Eduardo Geraldí, Juiz Cel Pres. TJM/SP; Mauro Lopes dos Santos, Cel Res PM Dir. Executivo da Fundação “Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel - FUNAP; e João Alves Cangerana Júnior, Cel PM Dir. de Pessoal da PMESP.

A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO COM O ADICIONAL DE COMPENSAÇÃO POR DISPONIBILIDADE MILITAR.



Jacques Eduardo Simão Carneiro¹

INTRODUÇÃO

Visará o presente trabalho acerca da possibilidade da acumulação do adicional por tempo de serviço com o adicional de compensação por disponibilidade militar.

Dentro da órbita proposta, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e minuciosa, em doutrinas e Artigos de renomados Autores como Assis (2020), Bandeira de Mello (1999), Carvalho Filho (2019), Grau (2006), Simão Carneiro (2022), jurisprudência do STF, STJ, TNU, Decreto Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942), Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019), Decreto nº 10.741/2020 (BRASIL, 2020), dentro de um contexto aprofundado que a questão em voga demanda.

Neste norte, será demonstrado ser merecedor de receptividade a cumulação em razão de se tratar de institutos provindos de natureza jurídica distintas, além da evidente ocorrência de violação aos princípios constitucionais do direito adquirido, da vedação ao retrocesso social, da segurança jurídica e da hierarquia militar.

O assunto é extremamente relevante para a comunidade jurídica atuante no Direito Militar, sobretudo, se for analisado sob os olhos dos agraciados, que serão os militares das Forças Armadas, especialmente, para aqueles que tenham nela ingressado até o dia 29/12/2000, ou seja, antes da edição da Medida Pro-

visória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), que tiveram suprimido o direito de continuar percebendo o adicional por tempo de serviço e de recebê-lo cumulado com o adicional de compensação por disponibilidade militar.

Sem pretender exaurir o assunto, será concluído ser inconstitucional a ocorrência da supressão do adicional por tempo de serviço, em razão da ocorrência da consolidação de um direito percebido por quase 20 (vinte) anos, afrontando os mais comezinhos princípios constitucionais apontado alhures, de modo ser possível sua cumulação com o adicional de compensação por disponibilidade militar.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 DA HISTORICIDADE

O adicional de tempo de serviço encontrava assento nos Arts. 1º, II, “c” e 3º, da Medida Provisória nº 2.215-10/01 (BRASIL, 2001), que cuidava de parcela remuneratória mensal devida ao militar em decorrência do tempo de serviço; todavia, o adicional por tempo de serviço fora extinto, por força do Art. 30 do mesmo diploma legal, garantindo aos demais militares que possuíam direito adquirido, o direito ao recebimento do adicional, confira:

Art. 1º A remuneração dos militares integrantes das Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica, no País, em tempo de paz, compõe-se de:

¹ Advogado Inscrição na 3ª Subseção da OAB/MG (Barbacena/MG), Oficial R2 Jurídico da Aeronáutica, Colaborador da Revista Síntese (Repertório Autorizado de Jurisprudência dos TRF's da 1ª a 5ª Regiões), Colaborador da Revista Jurídica (Repertório Autorizado de Jurisprudência do STJ e TRF's da 1ª, 2ª e 4ª Regiões), Especialista em Direito Administrativo, Direito Militar, Direito Previdenciário Militar, Direito Processual Civil e Direito Desportivo.

(Regulamento)

II - Adicionais:

c) de tempo de serviço, observado o disposto no art. 30 desta Medida Provisória;

Art. 3º Para os efeitos desta Medida Provisória, entende-se como:

IV - Adicional de tempo de serviço – parcela remuneratória mensal devida ao militar, inerente ao tempo de serviço, conforme regulamentação, observado o disposto no art. 30 desta Medida Provisória;

Art. 30. Fica extinto o adicional de tempo de serviço previsto na alínea “c” do inciso II do art. 1º desta Medida Provisória, assegurado ao militar o percentual correspondente aos anos de serviço a que fizer jus em 29 de dezembro de 2000.

Com efeito, veio à lume a Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019) criando o instituto do adicional de compensação por disponibilidade militar e, vedando a possibilidade de cumulação com o adicional de tempo de serviço, assegurando, entretanto, caso o militar faça jus à ambos adicionais, o recebimento do mais vantajoso, consoante dicções a seguir:

Art. 8º É criado o adicional de compensação por disponibilidade militar, que consiste na parcela remuneratória mensal devida ao militar em razão da disponibilidade permanente e da dedicação exclusiva, nos termos estabelecidos em regulamento.

§ 1º É vedada a concessão cumulativa do adicional de compensação por disponibilidade militar com o adicional de tempo de serviço de que trata o inciso IV do caput do art. 3º da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, sendo assegurado, caso o militar faça jus a ambos os adicionais, o recebimento do mais vantajoso.

Denota-se, assim, que o adicional por tempo de serviço é o fundamento, ao passo que o adicional de compensação por disponibilidade militar consiste na disponibilidade permanente e na dedicação exclusiva.

Enfatiza, ainda, que, malgrado a natureza jurídica seja criada pelo intérprete do Direito, veio ela descrita

nas normas alhures citadas e, mesmo diante da distinção das naturezas dos institutos jurídicos, inúmeras discussões vieram à tona no âmbito do Poder Judiciário, conforme será demonstrado adiante.

1.2 - DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO ÚNICO

Inicialmente, calha registrar que o colendo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, firmou entendimento no sentido de não ferir o direito adquirido, eventual lei que modifica o sistema remuneratório do agente público, desde que não re-

presente redução ou supressão da sua remuneração, por não existir direito adquirido a regime jurídico único, consoante ementa de julgados que se colaciona:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO

DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido a regime jurídico. 2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF, RE 563.965-7, Tribunal Pleno, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 11/02/2009, Publicação em 20/03/2009)

Entendimento consolidado deu azo ao Tema 41:

I - Não há direito adquirido a regime jurídico, desde que respeitado o princípio constitucional da ir-

“O adicional por tempo de serviço é o fundamento, ao passo que o adicional de compensação por disponibilidade militar consiste na disponibilidade permanente e na dedicação exclusiva.”

redutibilidade de vencimentos; II - A Lei complementar 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

O entendimento consolidado pelo sumo pretório vem sendo seguido pela Turma Nacional de Uniformização (TNU), conforme excertos transcritos a seguir:

Trata-se de pedido de uniformização nacional suscitado pela requerente destinado a reformar acórdão, no qual examinada a possibilidade de supressão da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) e a necessidade de ser instaurado processo administrativo com garantia de ampla defesa e contraditório. A matéria não é desconhecida do STJ, pelo que se afere da decisão proferida pela Segunda Turma, no julgamento do REsp n. 1.759.323: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SUPRESSÃO DE VPNI. VERBA DE CARÁTER TRANSITÓRIO. ABSORÇÃO. REVISÃO. POSSIBILIDADE. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. 1. Não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico remuneratório, que pode ser modificado por meio de lei, desde que não implique decesso do montante global e nominal percebido pelo servidor público, em face da garantia constitucional de irredutibilidade. Cessa a força vinculante da decisão judicial que reconhece o direito do trabalhador ou servidor a determinado acréscimo remuneratório no momento em que o referido percentual é incorporado superveniente e definitivamente aos seus ganhos. 2. Consoante jurisprudência do STJ, com a absorção da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) decorrente de acréscimos remuneratórios da progressão da carreira, não há falar em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimento. 3. É desnecessária a prévia abertura de processo administrativo para proceder à absorção da VPNI prevista em

Lei, porque não se trata de redução de vencimentos. Precedente: AgRg no REsp 1.370.740/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 28/6/2013. [...] (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN) Outra não é a posição da Primeira Turma, ao que se vê do aresto: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SUPRESSÃO DA RUBRICA “VANTAGEM INDIV. ART. 9º DA LEI 8.460/92”. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO VALOR NOMINAL DOS PROVENTOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. 1. Consoante jurisprudência do STJ, com a absorção da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) decorrente de acréscimos remuneratórios da progressão da carreira, não há falar em violação ao princípio da irredutibilidade de vencimento. 2. É desnecessária a prévia abertura de processo administrativo para proceder à absorção da VPNI prevista em Lei, porque não se trata de redução de vencimentos. Precedente: AgRg no REsp 1.370.740/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 28/6/2013. [...] (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.591.370/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES) O exame do feito mostra que as conclusões da origem encontram apoio no posicionamento firmado pelo STJ. Em tal cenário, incide a Questão de Ordem n. 24/TNU: “Não se conhece de incidente de uniformização interposto contra acórdão que se encontra no mesmo sentido da orientação do Superior Tribunal de Justiça, externada em sede de incidente de uniformização ou de recursos repetitivos, representativos de controvérsia”. Ante o exposto, nego seguimento ao incidente, com fundamento no art. 16, I, a, do RITNU. Intimem-se. (TNU - Decisão do Presidente - Processo 0524091-80.2014.4.05.8100 - Data: 13/08/2019 - Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino)

Neste enredo, não havendo direito adquirido a regime jurídico único, foi considerado ser viável a extinção de vantagem remuneratória, desde que respeitada a irredutibilidade da remuneração, não

havendo que considerar ilegal, alteração de regimes jurídicos que estabeleçam novas regras, dentre elas, a de inacumulação de adicionais distintos, tais como os previstos no Art. 8º, § 1º, da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

1.3 – DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO

Muitos dos militares das Forças Armadas nela ingressaram antes da vigência da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), quando, então, recebiam adicional por tempo de serviço, socorrendo-se da dicção contida no seu Art. 30:

Fica extinto o adicional de tempo de serviço previsto na alínea “c” do inciso II do art. 1º desta Medida Provisória, assegurado ao militar o percentual correspondente aos anos de serviço a que fizer jus em 29 de dezembro de 2000.

Ocorre, todavia, que a Lei nº Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019) vedou em seu Art. 8º, §1º, a possibilidade de cumulação do adicional por tempo de serviço, com o instituído adicional de compensação por disponibilidade militar, assegurando ao militar, caso faça jus a ambos os adicionais, o recebimento do mais vantajoso.

O Decreto nº 10.741/2020 (BRASIL, 2020), que regulamenta o adicional de compensação por disponibilidade militar, de que trata o Art. 8º da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), dispõe que:

Art.3º É vedada a concessão cumulativa do adicional de compensação por disponibilidade militar com o adicional de tempo de serviço de que trata o inciso IV do caput do art. 3º da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, hipótese em que será assegurado ao militar ou ao pensionista do militar falecido o recebimento do adicional mais vantajoso.

§ 1º Para fins do disposto no caput, considera-se mais vantajoso o adicional que resultar em maior valor pecuniário ao militar ou ao pensionista do militar falecido.

§ 2º Na hipótese de igualdade de valores pecuniá-

rios dos adicionais a que se refere o caput, será pago o adicional de compensação por disponibilidade militar.

§ 3º Os percentuais do adicional de compensação por disponibilidade militar inerentes a cada posto ou graduação, definidos no Anexo II à Lei nº 13.954, de 2019, não são cumulativos.

§ 4º O percentual do adicional de compensação por disponibilidade militar é irredutível e corresponde sempre ao maior percentual inerente aos postos ou graduações alcançadas pelo militar durante sua carreira no serviço ativo, independentemente da Força ou de mudança de círculos hierárquicos.

§ 5º O percentual do adicional de compensação por disponibilidade militar a que o militar faz jus incidirá

sobre o soldo do posto ou da graduação atual e não serão considerados:

I - postos ou graduações alcançados pelo militar como benefício, na forma prevista em lei, em decorrência de reforma, morte ou transferência para a reserva;

II - percepção de soldo ou de remuneração correspondente a grau hierárquico superior ao alcançado na ativa, em decorrência de reforma, morte ou transferência para a reserva; e

III - percepção de pensão militar correspondente a grau hierárquico superior ao alcançado pelo militar em atividade, em decorrência de benefícios concedidos pela Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960.

Os percentuais a que se referem o § 3º do Art. 3º do Decreto nº 10.741/2020 (BRASIL, 2020) estão previstos no Anexo II da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

Nesta esteira, convém ressaltar que, por exemplo, há militares que até a vigência da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019) e, por terem ingressado nas Forças Armadas antes da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), recebiam o adicional por tempo de serviço e, outra gama de militares que não o recebiam em razão de terem ingressado na respectiva Força, após a edição da Medida Provisória mencionada.

Observa-se, assim, que pela regra inserta no Art. 8º da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019), combina-

“O princípio da igualdade preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais.”

do com o Art. 3º, §1º, do Decreto nº 10.741/2020 (BRASIL, 2020) restaria assegurado ao militar que na situação se enquadrasse, o direito ao recebimento do adicional por compensação por disponibilidade militar, em razão de sê-lo mais vantajoso, afinal, a cumulação dos adicionais é vedada.

Denota-se, em verdade, um verdadeiro absurdo legislativo que veio à tona e suprimiu o direito ao adicional por tempo de serviço prestado pelo militar que integra sua respectiva Força Armada, ao arrepio do direito adquirido introduzido no Art. 5º, XXXVI, da Constituição da República (BRASIL, 1988), combinado com o Art. 6º, §2º, do Decreto Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942), violando a segurança jurídica e igualando militares que se encontram sob situações fáticas e jurídicas distintas.

É hialino, também, a afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso, em razão da supressão repentina do direito ao recebimento do adicional por tempo de serviço conquistado pelos militares que ingressaram na Força Armada antes de 29/12/2000, nos moldes do Art. 30 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), ocorrida quase 20 (vinte) anos depois da consolidação da incorporação na remuneração.

Sob esse enfoque, a doutrina de Assis (2020, p. 374 apud Lenza, 2016, p. 317, citando Canotilho) orienta que:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contrarrevolução social' ou 'evolução reacionária'. Com isso quer dizer que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Simão Carneiro (2022, p. 109) afirmou:

Pode-se aferir, portanto, que, se nem a Constituição da República (Brasil, 1988) poderá ser emendada no afã de abolir os direitos sociais, muito menos, poderá uma legislação infraconstitucional fazê-lo, nem, sequer, suprimir ou reduzir direitos, sob pena

de incorrer em violação ao princípio do retrocesso social, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, desaguando no campo da inconstitucionalidade.

Observa-se, assim, ser obrigação constitucional do Estado buscar implementar medidas legislativas coerentes com a realidade constitucional vigente, evitando que os direitos fundamentais sejam estiolados, reduzidos e suprimidos, retrocedendo nas conquistas sociais, com o passar dos anos, se afastando da dignidade da pessoa humana, em detrimento de estar rumando para o progresso.

Dentro do contexto apresentado, é hialino que o legislador incorreu em evidente retrocesso constitucional.

Bandeira de Mello (1999, p. 21, 34 e 35) sustenta que:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

O princípio da igualdade preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante do averbado insistente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta.

Enfim, o tratamento entre o militar que ingressou no regime jurídico na Força Armada antes da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001) e o que

ingressou após o seu advento são completamente distintos, não podendo ser vistos como isonômicos, pois, afinal, não o são, devendo merecer tratamento diferenciado tangente ao percebimento de vantagens criadas pela legislação.

Não se olvide que no âmbito castrense paira os princípios da hierarquia e da disciplina e, por óbvio, aquele que ingressou na respectiva Força Armada antes da Medida Provisória nº 2.2215-10/2001 (BRASIL, 2001), é visto como sendo mais antigo que àquele que nela ingressou após seu advento - respeitada outras regras atinentes específicas que não vem ao presente caso; e, igualar direitos desiguais, além da clarividência na violação ao princípio da isonomia, também afronta o princípio da hierarquia militar, não podendo, portanto, fazer jus a benefícios idênticos, já que ingressaram em períodos diferentes.

O objetivo deste simplório estudo não é de defender a inexistência do direito adquirido ao regime jurídico único, mas, sobretudo, demonstrar que a questão em voga deve ser analisada de forma pormenorizada, sob pena de endossar uma injustiça calcada na novel Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

Assim, não se deve aplicar os precedentes firmados pelo STF que reconheceram não haver direito adquirido a regime jurídico único, de forma automática, devendo partir para análise fática e probatória do caso em concreto, por isso que o Ministro Eros Grau (2006, p.4), afirmou que:

Ademais, não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito - a Constituição - no seu todo.

Preocupado com as incessantes afirmações acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico único, o eminente Ministro Marco Aurélio manifestou em sede de análise de repercussão geral, nos Autos do Recurso Extraordinário de nº 563.965-7/RN, nos

termos a seguir:

No mais, manifesto-me pela existência da repercussão geral, tendo em conta o fato de a alteração procedida alcançar não só o pessoal da ativa, como também os inativos. A máxima de não haver direito adquirido a regime jurídico deve ser considerada com certas reservas, sob pena de, em visão das mais extravagantes, respaldar toda e qualquer mudança dos parâmetros regedores da relação jurídica prestador/tomador de serviços, colocando em plano secundário situações constituídas, direito integrado ao patrimônio do servidor, ativo ou inativo. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode atribuir à Administração Pública, ao Estado – gênero

-, o poder de, a qualquer momento, modificar o que inicialmente previsto, em prejuízo do trabalhador.

O que se observa, é uma cristalina violação a um direito adquirido garantido pelo Art. 30 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), que ressaltou o direito dos militares que ingressaram na respectiva Força Armada até o dia 29/12/2000, de continuarem a perceber o adicional

por tempo de serviço e, 20 (vinte) anos depois, este direito ser suprimido em razão da Lei 13.954/2019 (BRASIL, 2019), ocasionando um considerável decréscimo no total da remuneração.

Nem mesmo a previsão contida no Art. 8º, §1º da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019) de assegurar ao militar caso faça jus a ambos os adicionais - por tempo de serviço e compensação por disponibilidade militar -, supre a ilegalidade e inconstitucionalidade acometida, afinal, esbarrou em direito consolidado decorrente da incorporação na remuneração, amparado, legalmente e constitucionalmente.

Por isso que Carvalho Filho (2019, p. 774), ao afirmar sobre a estabilização financeira, quando consumado o fato que a legislação definiu como fato gerador, ensina que:

Algumas leis estatutárias funcionais preveem o sistema de estabilização financeira, concretizado pelo instituto da incorporação (também denominada de

“Algumas leis estatutárias funcionais preveem o sistema de estabilização financeira, concretizado pelo instituto da incorporação.”

agregação ou apostilamento), pelo qual o servidor agrega ao vencimento-base de seu cargo efetivo determinado valor normalmente derivado da percepção contínua, por período preestabelecido, de certa vantagem pecuniária ou decorrente do provimento em cargo em comissão. Exemplifique-se com a hipótese em que o servidor incorpora o valor correspondente a 50% do vencimento de cargo em comissão, se nele permanecer dez anos ininterruptamente. Ou com a incorporação do valor correspondente a certa gratificação funcional se esta for percebida no mínimo por cinco anos. Seja como for, esse valor incorporado terá a natureza jurídica de vantagem pecuniária, por ser diverso da importância percebida em razão do cargo, mas, em última análise, reflete verdadeiro acréscimo na remuneração do servidor por seu caráter de permanência. Consumado o fato que a lei definiu como gerador da incorporação, o valor incorporado constituirá direito adquirido do servidor, sendo, portanto, insuscetível de supressão posterior pela Administração. O necessário, sem dúvida, é que a lei funcional demarque, com exatidão e em cada caso, qual a situação fática que, consumada, vai propiciar a incorporação; ocorrida a situação, o servidor faz jus à agregação do valor a seu vencimento-base. Não havendo lei que contemple de forma expressa a incorporação, o servidor não tem direito a esse tipo de vantagem.

Portanto, com as devidas vênias, torna-se curial o restabelecimento do adicional por tempo de serviço a ser cumulado com o adicional de compensação por disponibilidade militar, reconhecendo como violados os princípios do direito adquirido, vedação ao retrocesso social, segurança jurídica e da isonomia, o que endossa o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do Art. 8º, §1º, da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

1.4 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SUPRESSÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Dentro da órbita demonstrada pelos fundamentos constantes no subtítulo de nº 1.3, pode-se aferir os motivos pelos quais é possível o recebimento

cumulativo dos adicionais por tempo de serviço com a compensação por disponibilidade militar, para aqueles que ingressaram na Força Armada até o dia 29/12/2000, conforme determina o Art. 30 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001).

Inclusive, há julgamento oriundo da 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais, nos Autos de nº 1002202-80.2020.4.01.3810, de Relatoria do Senhor Juiz Federal ATANAIR NASSER RIBEIRO LOPES, que enfrentou com maestria a matéria posta a julgamento, culminando em lapidar voto, consoante ementa a seguir colacionada, com alguns fragmentos do conteúdo decisório que reconheceu o direito a cumulação dos adicionais, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do §1º, do Art. 8º da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019):

SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. EXTINÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO COM A MP 2.215-10/2001 E SUA TRANSFORMAÇÃO EM VPNI PARA PRESERVAR A IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. CRIAÇÃO DE NOVO ADICIONAL PELA LEI 13.954/2019, COM PREVISÃO DE INCIDÊNCIA SEGUNDO O POSTO OU GRADUAÇÃO DO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO COM O ADICIONAL EXTINTO E JÁ CONVERTIDO EM VPNI. PRETENSÃO DA ADMINISTRAÇÃO DE EQUALIZAR REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES INGRESSOS ANTES E DEPOIS DA MP 2.215-10/2001, INCONSTITUCIONALMENTE INTERFERINDO NA SUA ANTIGUIDADE E DIREITO ADQUIRIDO. VEDAÇÃO DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS QUE SE VOLTA APENAS CONTRA OS MILITARES INGRESSOS ANTES DA MP 2.215-10/2001. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. (4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais (SJMIG), Recurso Inominado nº 1002202-80.2020.4.01.3810, Relator: Juiz Federal ATANAIR NASSER RIBEIRO LOPES, julgado em 13/12/2021)

(...)

Sopesados os argumentos, penso que o autor tem razão. Quando extinto o direito ao adicional de 1% por tempo de serviço pela MP 2.215-10, de 31/8/2001, a parcela transformou-se em vantagem pessoal no-

minalmente identificada (VPNI), incorporada ao contracheque dos militares até então ingressos no serviço militar como forma de evitar o decesso remuneratório, uma vez constitucionalmente previsto o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Sob esse aspecto, o autor já não recebia o referido adicional, mas uma vantagem decorrente do direito acumulado e adquirido com o tempo, o qual o distinguia dos demais militares ingressos no serviço público posteriormente à norma referida. Ora, a Lei 13.954 adveio apenas em 2019 e instituiu outra vantagem geral para todos os militares intitulada como “adicional de compensação por disponibilidade militar”, que não guarda correlação alguma com o tempo de serviço, mas sim com o posto ou graduação do militar, tanto que o terceiro sargento recebe 6%, enquanto o terceiro sargento do quadro especial recebe 16%. De fato, não há correlação alguma que permita a vedação de cumulatividade, a não ser a intenção da Administração de tentar igualar inconstitucionalmente os vencimentos de militares anteriores e posteriores à referida MP 2.215-10.

É a própria União que alega que “a Medida Provisória nº 2.215-10/01 foi taxativa ao determinar a extinção do adicional de tempo de serviço, assegurando tão somente aos militares o percentual correspondente aos anos de serviço a quem fazia jus em 29 de dezembro de 2000”.

Portanto, não há dúvida alguma sobre a inconstitucionalidade da Lei 13.954/2019 ao dispor no §1º do art. 8º sobre a vedação de cumulação do novo adicional com aquele já extinto e que não era extensivo a todos os militares. Procurou, portanto, atingir apenas aqueles ingressos no serviço militar antes da referida Medida Provisória. Demonstra, assim, nada a ver com alteração de regime jurídico e irredutibilidade de vencimentos, mas sim a pretensão velada de equalizar remunerações interferindo na antiguidade e no direito adquirido dos servidores militares envolvidos.

Posto isso, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido para,

declarando inconstitucional o § 1º do art. 8º da Lei 13.954, de 16/12/2019, restabelecer os 23% de adicional de tempo de serviço do autor como VPNI e permitir a sua cumulação com o adicional de compensação por disponibilidade militar, previsto no caput da mesma norma. Condene a União a reimplantar esse adicional de tempo de serviço como VPNI no contracheque do autor, bem como a pagar todas as parcelas vencidas, a partir de janeiro de 2020, e vincendas, observando os seus reflexos nos adicionais natalinos (13º salário), a serem apuradas em regular liquidação de sentença, acrescidas de juros e correção monetária nos termos do manual de cálculos da Justiça Federal.

Sem sucumbência, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95.

A perspicaz análise do julgamento oriundo da 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais, pendente de julgamento em razão da interposição de Incidente de Uniformização Regional, demonstra a necessidade de se analisar o debate judicial colocado a julgamento em relação às reais questões concretas, em detrimento da análise de citação de ementas de julgados de forma automática.

“Não há que se cogitar a inviabilidade de se cumular os adicionais por tempo de serviço com o adicional por compensação por disponibilidade militar.”

CONCLUSÃO

O direito constitucional não deve se sujeitar a interpretações decorrentes de meras transcrições de ementas de julgados de forma automática.

O direito adquirido encontra assento constitucional.

A segurança jurídica de quem percebeu adicional por tempo de serviço por quase 20 (vinte) anos, ininterruptamente, por força do Art. 30 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001), onde se enquadram os militares que ingressaram na Força Armada até o dia 29/12/2000, não pode se dar ao desprezo de ser vedado por meio do Art. 8º, §1º, da Lei nº 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

Não há que se cogitar a inviabilidade de se cumular os adicionais por tempo de serviço com o adicional por compensação por disponibilidade militar, por se

tratarem de adicionais com natureza jurídica distintas.

O princípio da vedação ao retrocesso social não pode dar lugar ao arbítrio do legislador que ceifou direito consolidado pelo decurso do tempo, oriunda de uma dicção prevista na Medida Provisória nº 2.215-10/2001 (BRASIL, 2001).

Os militares desiguais não podem ser tratados igualmente, sob pena de se ferir o princípio da hierarquia militar, pois, inconcebível que um militar que tenha ingressado na Força Armada até o dia 29/12/2000 possa se ver igualado em sua remuneração por aqueles que nela ingressaram após referida data e, sobretudo, se ver em um prejuízo real na sua remuneração, a pretexto de fazer jus ao adicional mais vantajoso.

Dessa forma, é inconstitucional o §1º do Art. 8º da Lei 13.954/2019 (BRASIL, 2019).

REFERÊNCIAS

- ASSIS, J. C. Estatuto dos Militares Comentado. Curitiba: Juruá, 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Gen Atlas, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. Decreto nº 10.741 DE 24 DE Agosto de 2020. Diário Oficial da União. Regulamenta o adicional de compensação por disponibilidade militar, de que trata o art. 8º da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. Disponível em << https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10471.htm>>. Acesso em 09 dez. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 DE 04 DE Setembro de 1942. Diário Oficial da União. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em << https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>>. Acesso em 09 dez. 2022.
- BRASIL. Lei Nº 13.954, DE 16 DE dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13954.htm>>. Acesso em 09 dez. 2022.
- BRASIL. Medida Provisória Nº 2.215-10, DE 31 DE Agosto de 2001. Diário Oficial da União. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nº 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2215-10.htm>>. Acesso em 09 dez. 2022.
- GRAU, E. Leia a íntegra do voto de Eros Grau sobre a verticalização. Revista Consultor Jurídico, 23 de março de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-23/leia_integra_voto_ministro_eros_grau. Acesso em: 09 dez. 2022.
- SIMÃO CARNEIRO, Jacques Eduardo. Revista Síntese de Direito Administrativo. São Paulo: SÍNTESE, Nov. 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RE 563.965-7-RN, (SEM NÚMERO ÚNICO), Relator: Ministro CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 20/03/2009. Disponível em: <<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2559017>>>. Acesso em 09 dez. 2022.
- TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – TNU. Incidente de Uniformização 0524091-80.2014.4.05.8100, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/08/2019, Decisão do Presidente, Disponível em:<< <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao>>>. Acesso em 09 dez. 2022.

AO ENCONTRO DO STJ, QUEBRAR CADEADO E FECHADURA, PORTANDO ARMA DE FOGO, SERIA ROUBO SOB O PRISMA DO DIÁLOGO DAS FONTES?



Matheus Santos Melo¹

1. INTRODUÇÃO

Na revista do Ministério Público Militar, edição nº 37², de maio de 2022, discutiu-se se o Superior Tribunal de Justiça ao adotar, em Recurso Repetitivo, a teoria da *apprehensio* para a consumação do crime de furto e roubo, deixou algumas arestas, pois aquela mesma corte entende que há uma elementar especial subjetiva do injusto nos crimes de furto, qual seja: o *animus furandi*.

Ao encontro de exigir esse específico fim de agir, o Superior Tribunal Militar³ acaba usando critérios objetivos para afastar a tentativa de furto de uso (Art. 241, do CPM) e tipificar a conduta como crime de furto simples consumado, parâmetros como, por exemplo, a restituição da coisa com danos. Para afastar o problema de usar critérios objetivos na aferição de um elemento subjetivo (para afastar uma possível responsabilidade penal objetiva), aquele artigo propôs, pelo diálogo das fontes entre direito Civil e Penal, a utilização dos conceitos de posse e detenção do direito Civil, para uma nova forma de subsunção típica na conduta de furto e de furto de uso (Art. 240 e 241, do CPM) e afastar a presunção de uma elementar especial subjetiva do injusto, a qual, para as cortes superiores, estaria implícita no tipo. Nesse sentido, buscou-se trazer uma subsunção mais objetiva e ontológica da conduta, pelo dolo

natural, ao tipo de furto, valendo-se, para isso, do diálogo das fontes.

O presente artigo, busca trazer os conceitos do diálogo das fontes, mas não contrariar a jurisprudência do STJ, ou seja, usar a teoria objetivo-formal para a tentativa.

2. RESGATANDO CONCEITOS DO MENCIONADO ARTIGO

Pertinente resgatar alguns conceitos trazidos naquele artigo para analisar a jurisprudência do STJ sob aquela ótica.

O conceito de posse, trazido por Diniz (2012, p. 848 a 851) e pelo Código Civil⁴, dá-se pela teoria objetiva, de Rudolf Von Ihering, em que são elementos constitutivos da posse: (a) *corpus*: exterioridade da propriedade que consiste no estado normal das coisas, sob o qual desempenham a função econômica de servir e pelo qual o homem distingue quem possui e quem não possui; e (b) *animus* ou *affectio tenendi*, que já está incluído no *corpus*, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor.

Portanto, o *corpus* é o único elemento visível suscetível de comprovação, estando vinculado ao *animus*, do qual aquele é a manifestação externa. Assim, para a teoria objetiva, não é necessário o *animus*

1 Advogado. Professor de Direito Penal Militar – Parte Geral do instituto ETNA. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Militar (IBDM). 1º Tenente R2 de Infantaria do Exército Brasileiro. Pós-Graduado em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Autor dos livros “O Assédio Moral nas Relações Militares” e “Relação entre Direito Disciplinar e Penal Militares”. Coautor do livro “Estatuto dos Militares Comentado”.

2 MELO, Matheus Santos. O diálogo das fontes entre direito civil e penal militar no crime de furto e de furto de uso, pp. 207-242

3 STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018

4 Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

rem sibi habendi ou *animus domini*, mas apenas a exteriorização no mundo fático de poderes inerentes à propriedade. Tartuce (2019, p.70) traz o moderno conceito de posse-trabalho (função social da posse⁵) que vem sendo aplicado pelos tribunais, mas trata-se de uma posse qualificada, ou seja, permanecem os conceitos da teoria objetiva ou subjetiva para descrevê-la no mundo fático (sem necessariamente a adjetivar).

Nesse sentido, propôs naquele artigo que, para analisar o crime de furto, não se deve analisar o *animus furandi* ou outro elemento subjetivo especial do injusto. Deve-se analisar se houve inversão da posse ou não e, para isso, deve-se adotar a teoria objetiva, ou seja, mais uma vez sem analisar o *animus* de quem tomou a coisa.

A mera detenção (fâmulo da posse ou *naturalis possessio*), atos de mera permissão ou tolerância e atos violentos ou clandestinos (se não cessada a violência ou clandestinidade) também não induzem posse (Art. 1.198 e Art. 1.208, Código Civil). Sobre os três primeiros conceitos:

a) O fâmulo da posse é aquele que – em razão de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação, em relação ao possuidor direto ou indireto – exerce, sobre o bem, a posse em nome desse possuidor (DINIZ, 2012, p. 850 e 851);

b) atos de mera permissão exigem um comportamento positivo do possuidor que, sem perder a vigilância sobre o bem, o entrega voluntariamente a terceiro para que esse o tenha momentaneamente (DINIZ, 2012, p. 856); e

c) a tolerância é conduta omissiva do possuidor que, sem renunciar à posse, admite atividade de terceiro em relação à coisa. O ato de tolerância requer um consenso tácito, podendo ser consciente ou não, devendo ser analisado de forma objetiva (teoria ob-

jetiva da posse) (DINIZ, 2012, p.856 e 857).

A partir desses conceitos, é que se buscará responder se quebrar cadeado e fechadura com arma de fogo não configuraria tentativa de roubo (sob a ótica da teoria objetivo-formal). Como já se viu, o furto comum se consuma com a inversão da posse, sem o consentimento do possuidor esbulhado.

Nesse sentido, por exemplo, o motorista, que age sob ordem do patrão, não comete furto nem inverte a posse por ser o fâmulo da posse do seu patrão (vínculo de subordinação). Já se esse mesmo motorista começar a usar o veículo para fins particulares, deve-se analisar no caso concreto (de forma objetiva) se

houve tolerância (ainda que inconsciente) do possuidor (patrão); nesse caso, o motorista que usa o carro, sem autorização, para ir almoçar, durante o horário de trabalho, pode-se considerar como detenção (pois o patrão estaria em ato de mera tolerância). Já o motorista que pega o veículo, num final de semana, para ir a uma festa e impressionar os convidados, agindo como dono, sem autorização do patrão, parece-nos sair da esfera de tolerância, induzindo posse e confi-

gurando o crime de furto, pois houve *corpus* (teoria objetiva), ainda que o motorista tivesse a finalidade específica de uso.

É nesse contexto que os quatro critérios objetivos, trazidos por Bitencourt (2012, p.83) e pelo STM⁶, para desconfigurar o *animus furandi*, fazem total sentido: (a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; (b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; (c) devolução antes que a vítima constate a subtração; e (d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso. Esses critérios, na verdade, desconfiguram o *corpus* da posse do agente, tornando-a mera detenção por tolerância tácita. Caso a *res furtiva* seja danificada ou o possuidor constate a subtração, não se pode mais classificar como um ato de tole-

“Como já se viu, o furto comum se consuma com a inversão da posse, sem o consentimento do possuidor esbulhado.”

5 A função social da posse consta de enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de 2011, com a seguinte redação: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela” (Enunciado n. 492).

6 STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018

rância, induzindo posse e consumando-se o crime de furto pela teoria da *apprehensio* (consumação na inversão da posse).

A ANÁLISE DO JULGADO SOBRE QUEBRA DE CADEADO/FECHADURA E CRIME DE ROUBO

Feito o resgate dos conceitos, parte-se à análise do julgado do STJ.

O STJ decidiu que o rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. Veja a Ementa:

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. TEORIA OBJETIVO-FORMAL. INÍCIO DA PRÁTICA DO NÚCLEO DO TIPO. NECESSIDADE. QUEBRA DE CADEADO E FECHADURA DA CASA DA VÍTIMA. ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO, PORÉM IMPROVIDO. 1. A despeito da vagueza do art. 14, II, do CP, e da controvérsia doutrinária sobre a matéria, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a adoção da teoria objetivo-formal para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal. 2. O rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram meros atos preparatórios que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado. 3. Agravo conhecido, para admitir o recurso especial, mas negando-lhe provimento. (AREsp 974.254/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021)

Acontece que o julgamento se deu por adotar a teoria objetivo-formal para a tentativa. Argumentou-se que apesar das dificuldades, alguns autores adotam

o chamado critério objetivo-individual, sugerido por Welzel, por meio do qual a tentativa começa com a atividade do autor que, segundo o seu plano concretamente delitivo, aproxima-se da realização⁷. Outra não é a posição de Paulo César Busato, para quem o tipo deve ser percebido por intermédio da ação realizada, para que se identifique concretamente a presença de uma tentativa, dizendo ser esta a orientação dominante na academia.

Nesse sentido, ele exemplifica um caso de crime tentado muito parecido com o fato objetivo de análise. Diz ele que o sujeito flagrado de posse de um pé de cabra, mais um saco de estopa e um papel com anotação sobre a combinação do cofre, em frente à porta recém-arrombada de uma residência, teria dado início à realização do seu plano de furto, malgrado não tenha realizado o núcleo do tipo, tampouco a ofensa patrimonial⁸.

Seguindo outra trilha - variante do critério objetivo-individual, embora a reconhecendo como doutrinariamente minoritária, Juarez Cirino exige comportamento manifestado em execução específica do tipo, segundo o plano do autor, numa conexão ou semelhança muito grande com a teoria objetivo-formal, que exige o início da realização do núcleo da norma penal incriminadora. Assim, seriam condutas meramente preparatórias a de dirigir-se ao local da subtração patrimonial, ainda que portando armas, montar mecanismo de arrombamento no local, etc.⁹

Não há jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores sobre a divergência. O STJ tem a tendência de seguir a corrente objetivo-formal, exigindo início de prática do verbo correspondente ao núcleo do tipo penal para a configuração da tentativa.

Nesse sentido, a quebra de cadeado e o rompimento de fechadura de portas da residência da vítima, com a intenção de praticar o crime de roubo, mediante o uso de arma de fogo, corresponderiam a meros atos preparatórios impuníveis, por não iniciar o núcleo do verbo subtrair.¹⁰

Contudo, analisando a partir do diálogo das fontes (critério utilizado pelo STJ no Recurso Repe-

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1, 7ª. ed., São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2008, p. 603

8 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral, 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2020, p. 509

9 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral, 3ª. ed., Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 391 e 392

10 Extraído do julgado do AREsp 974.254/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021

titivo do Tema 934), em que a subtração se dá com a inversão da posse e que posse se dá pelo critério do Direito Civil¹¹, pode-se entender que o ato de quebrar o cadeado, sob o prisma da teoria objetivo-formal, acaba por atingir o núcleo do verbo, pois é uma tentativa objetiva de se comportar como dono (não se tratando de ato de mera detenção, como ato de tolerância, flâmulo da posse, etc.).

Pode-se questionar: mas o ato de quebra de cadeado não se tornaria posse, apenas quando cessada a violência ou clandestinidade? Sim, coadunamos com tal entendimento. Por isso que, ao flagrar o sujeito quebrando o cadeado, portando arma de fogo, há a cessação da clandestinidade e/ou da violência. Nesse caso, o sujeito que comete esse ato vilipendia o núcleo do verbo subtrair, pois quase se comporta como dono. Quebrar o cadeado ou romper a fechadura é o primeiro passo (mas já se comportando como) para se tornar dono, pela teoria objetiva da posse. Nesse sentido, há sim tentativa de crime de roubo, se usada a tese adotada pelo STJ cumulada com o diálogo das fontes.

Além disso, pode-se questionar: a adoção das teorias da *apprehensio* e da posse do Direito Civil, para tipificar o crime de roubo, tornariam o crime unissubistente? Poder-se-iam defender teses de que ou se inverte a posse ou não se inverte (sendo um crime de um só ato, e não se admitindo tentativa). Contudo, vemos mais uma vez a chave hermenêutica na teoria do *corpus*. O furto qualificado ou agravado, por exemplo, à luz da tese do *corpus*, admite facilmente a tentativa, pois elementos como emprego de chave falsa, rompimento de obstáculos, escalada, mostram que o agente está cometendo atos executórios para exercer, no plano fático, a exterioridade da propriedade.

No furto simples, o sujeito que quebra cadeado ou rompe fechadura, caso seja flagrado, a solução se dá de forma semelhante a quando o mesmo é flagrado no *inter criminis* do furto de uso (se o sujeito passivo consentir, não há tentativa de furto simples) no caso em análise, com o uso de arma de fogo, evidente está a tentativa violenta e, portanto, tentativa de roubo, e

não furto. Assim, o consentimento, à luz do Direito Civil, trata-se de ato de mera permissão. Caso o sujeito passivo não consinta, há flagrante tentativa de inversão da posse e, portanto, tentativa de roubo, mesmo o sujeito ativo demonstrando o ânimo de apenas quebrar, pois o que importa, para a consumação, é o *corpus* exteriorizado pela ação, quem quebra tenta se comportar como dono e, portanto, tentativa de inversão da posse.

Mais uma questão: e o crime de dano (quando há o ânimo de apenas danificar), nesse caso todo crime de dano seria furto? Entendemos que não, pois no dano não há a subtração: o sujeito que encontra um celular no chão, e o quebra; comete crime de dano, pois não há subtração (ele sequer se comporta como dono no mundo fático, pois o aparelho não estava com ele; não há *corpus*). Agora, o sujeito que pega furtivamente um celular do bolso de alguém e quebra-o; comporta-se como dono, dispondo de um bem que estava com ele: crime de furto. Já a quebra de um cadeado é difícil se pensar em dano, pois quebrar um cadeado já é um comportamento executório para se assenhorar e comportar-se como dono no mundo fático, é um ato de tentativa de exteriorização do *corpus* da teoria objetiva da posse. Um caso em que uma quebra de cadeado, pelo diálogo das fontes, poderia ser apenas dano, seria o sujeito que vê um cadeado na exposição de uma loja (sem lacrar nem proteger algo) e quebra-o; nesse caso, crime de dano.

CONCLUSÃO

Ou seja, pela presente análise, utilizando-se a teoria do diálogo das fontes, a adoção da teoria objetivo-formal não desfavorece a tutela das vítimas nem o bem jurídico patrimonial no caso do roubo, em que haja quebra de cadeado ou rompimento de fechadura. Ainda, torna-se mais coerente, pois coaduna o Tema 934 do STJ com o julgado no AREsp 974.254/TO.

Conclui-se, também, que exercitar o diálogo das fontes nos crimes patrimoniais é um tema complexo e torna-se pertinente a leitura do artigo mencionado na introdução.

11. Sugere-se ler o artigo científico mencionado no primeiro parágrafo desta introdução

O INDULTO NATALINO E A QUESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS CONDENADOS.



Frederico Afonso¹

1. INTRODUÇÃO

Em 22 de dezembro de 2022, foi publicado o Decreto n. 11.302, conhecido por “indulto natalino”. Chamou a atenção da imprensa e do meio jurídico como um todo, em especial ao contexto do art. 6º e do § 3º do art. 7º do aludido, cujos efeitos na prática alcançariam (como de fato alcançaram) os policiais militares condenados por suas ações no longínquo 02 de outubro de 1992. Do meio jurídico destacam-se o Procurador Geral da República e o Procurador Geral de Justiça do estado de São Paulo. Vejamos:

Na Petição Inicial AJCONST/PGRNº 950171/2022, de 27 de dezembro de 2022, de autoria do Exmo. Sr. Augusto Aras – Procurador Geral da República (PGR), é proposta ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar contra os arts. 6º, *caput* e parágrafo único, e 7º, § 3º, que concede indulto natalino a condenados por crimes diversos, especialmente os praticados por agentes de segurança pública, na qual descreve inúmeras vezes que o indulto violaria tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja signatário, sem, contudo, apontar especificamente qual tratado e em qual parte.

Na Representação do Exmo. Sr. Mário Luiz Sarrubbo – Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo (PGJSP), para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental em face do art. 6º e do § 3º do art. 7º, de similaridade extremada aliás à petição do PGR, afirma-se que o referido indulto viola uma

série de direitos humanos, e ao término aponta que haveria violação à “Convenção Americana de Direitos Humanos” (*sic*).

2. ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. Da petição de autoria do PGR:

Assim como um ato legislativo ou judicial, o decreto do Presidente da República concessivo de indulto traduz, no plano jurídico internacional, ato do Estado brasileiro sujeito às limitações impostas por tratados internacionais de direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja signatária. (g.n.)

O adimplemento pelo Estado brasileiro dos compromissos assumidos no plano internacional, notadamente dos tratados de direitos humanos, decorre de expresso mandamento constitucional de proteção desses direitos e de integração ao sistema internacional de justiça que reclamam a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, §§ 1º e 2º; 4º, II, da Constituição Federal, e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT à CF/1988. (g.n.)

[...]

O art. 6º, caput e parágrafo único, c/c art. 7º, § 3º, do Decreto 11.302/2022, ao permitir, especificamente no caso do Massacre do Carandiru, que os policiais militares condenados sejam beneficiados com o indulto natalino, afronta a dignidade humana e princípios basilares e comezinhos do direito internacional público, apresentando-se como afronta às decisões de órgãos de monitoramento e de controle internacionais rela-

¹ Advogado. Escritor Jurídico. Professor. Parecerista. Mestre e Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública. Mestre e Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado. Pós-graduado em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direitos Humanos Aplicado. Pós-graduado em Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão de Políticas Preventivas da Violência, Direitos Humanos e Segurança Pública. Coronel da reserva da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

tivos a direitos humanos, sendo capaz de ocasionar a responsabilização do Brasil por violações a direitos humanos. (g.n.)

[...]

2.2. Da representação de autoria do PGJ/SP:

Entre outros pontos, o decreto renuncia o direito de o Estado punir policiais condenados, ainda que provisoriamente, por crime praticado há mais de 30 anos e que não era considerado hediondo à época, como consta de seu art. 6º ora transcrito:

[...]

A renúncia objeto deste dispositivo viola não apenas lei nacional, mas, em especial, comandos internacionais. (g.n.)

Não obstante esse vício, a concessão do indulto sucumbe ao controle de sua convencionalidade no Supremo Tribunal Federal. (g.n.)

[...]

Os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos estabeleceram que a concessão indevida de benefícios na execução da pena pode resultar em uma forma de impunidade, especialmente quando se trata de graves violações aos direitos humanos. O direito internacional proíbe a aplicação de anistias, indultos e outras excludentes de responsabilidade a pessoas que foram declaradas culpadas pela prática de crimes de lesa humanidade. (g.n.)

[...]

A concessão do indulto se incompatibiliza com esses dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos promulgada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, razão pela qual requer a Vossa Excelência a tomada de providências urgentes em face dos preceitos impugnados por incompatibilidade com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, e as normas acima indicadas da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ação direta de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental. (g.n.)

2.3. Da análise dos dois documentos:

Preliminarmente busca-se saber apenas e tão so-

mente quatro questões:

1ª. Os fatos terem ocorrido antes do decreto executivo do principal documento que rege as relações de direitos humanos em nosso País – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, bem como, antes do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) têm relevância para a análise da inconvenção ou convencionalidade do decreto de indulto natalino?

2ª. Um indulto de atos violadores de direitos humanos automaticamente torna-se também violador destes?

3ª. Os crimes praticados foram considerados crimes de “lesa humanidade”? Se sim, por quem?

4ª. O indulto publicado vem apenas para impedir que os policiais sejam presos (já foram condenados, não se discute mais) ou veio (também?) para corrigir a própria omissão do Estado em puni-los?

As duas representações do Ministério Público (cada qual na sua esfera) acabam “batendo na mesma tecla”, que o “decreto natalino” afronta tratados internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil faça parte.

O Estado brasileiro é um dos fundadores do chamado Sistema Universal de Direitos Humanos (Nações Unidas – ONU), tendo como base três tratados² internacionais: a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os Pactos Internacionais dos Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966). O Brasil também faz parte do chamado Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos (Sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA), tendo como base dois tratados: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (mais conhecida entre nós como Pacto de São José da Costa Rica - PSJCR). E sobre esta última pairam as atenções, afinal as duas petições a mencionam, inclusive um julgado de um dos seus órgãos de fiscalização, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

“O Brasil também faz parte do chamado Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos (Sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA).”

2 A doutrina aceita o termo “tratado” de forma genérica para os documentos internacionais de um modo em geral.

Quanto ao PSJCR, foi publicado em São José (Costa Rica) em 22 de novembro de 1969, mas apenas em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, o então presidente da República Itamar Franco decidiu promulgá-lo internamente, dando de fato, a devida executabilidade para nós, ou seja, pouco mais de um mês após os fatos ocorridos em 02 de outubro na Casa de Detenção. Ainda, sobre a Corte IDH, cabe lembrar que o texto da Convenção exige uma ratificação expressa acerca da sua competência, em que pese o Estado brasileiro ter feito a adesão em 07 de setembro de 1992, somente em 12 de outubro de 1998 reconheceu sua competência, portanto, 06 anos após os fatos ocorridos.

3. CONCLUSÃO:

Uma das características (aponta-se pelo menos dez) dos direitos humanos é a inerência, ou seja, basta a condição de ser humano para receber toda a proteção do Estado, ou, nos dizeres da Declaração Universal dos Direitos Humanos, basta “pertencer à família humana”, em que pese já falarmos de direitos humanos além dos humanos há uns 15, 20 anos.

As vítimas, as famílias das vítimas, os operadores da justiça, todos deveriam estar protegidos de forma igualitária no tocante aos direitos humanos, mas a verdade passa longe disso. Muitos apontam que inexistem “direitos humanos dos policiais”, pois quando das suas ações, representariam o Estado, derivado da chamada “Teoria do Órgão”, ou seja, quem age é o Estado e não o agente público, entretanto, quem responderá será o agente público, o ser humano, o Estado “no máximo” condenado a indenizar de alguma forma com o dinheiro público, portanto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade,

é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação”³.

Quando o cientista social Jorge da Silva afirma que “Os policiais militares não são vistos como pessoas. São vistos como o quê? É um uniforme e só”⁴, percebe-se que há uma espécie de “despersonalização da inerência”, como ocorre com a despersonalização da pessoa jurídica para atingir o patrimônio da pessoa física, aqui não é diferente, pois até aquele momento do dia 02 de outubro de 1992 era o Estado que agia, no dia seguinte, todos os 76 réus já deixaram de ter a “eventual proteção do Estado”.

O Estado brasileiro não teve êxito em fazer cumprir as respectivas penas passados mais de 30 anos, em que pese nossa Constituição afirmar:

Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (g.n.)

Todos, são todos, não precisa de hermenêutica para isso.

Cesare Bonesana, conhecido entre nós como Marquês de Beccaria já havia afirmado há tantos séculos que toda pena deve ser “[...] pública, rápida, necessária [...]”⁵, e ainda, “Toda pena, que não derive da absoluta

necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica [...]”⁶. (g.n.)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP - 1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH - 1969), a qual teve fortíssima influência do PIDCP (1966) e é nosso principal diploma humanista afirmam no mesmo sentido, está no art. 7º, nº 5 que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade

“As vítimas, as famílias das vítimas, os operadores da justiça, todos deveriam estar protegidos de forma igualitária no tocante aos direitos humanos.”

3 PIETRO, Maria Sylvia de. Direito Administrativo. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1219.

4 <https://theintercept.com/2017/02/10/o-estado-esta-negando-os-direitos-humanos-dos-policiais/>. Acesso em 09.01.23.

5 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 11.

6 Op. cit., p. 22.

pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. (g.n.)

Dos 76 réus, 11 já morreram, mais da metade dos que estão “vivos” já são idosos na forma do Estatuto da Pessoa Idosa (Art. 1º da Lei nº 10.741/03). Se não foram recolhidos ao cárcere, foram punidos de outra forma nesses mais de 30 anos, com efeitos colaterais à família, sem, contudo, esquecer, por óbvio, da família das 77 vítimas (número de vítimas atribuídas aos réus), mas há a chamada “vilanização do agente público” como bem mencionou o colega professor do Damásio, Pedro Horta⁷.

Das lições do saudoso Celso Ribeiro Bastos, dentre os métodos de interpretação, temos o “Lógico ou teleológico”, ou seja, qual o espírito da lei. Assim afirma: “O método lógico também denominado por parte da doutrina como teleológico procura destacar a finalidade da lei (*mens legis*), ou ainda, como consideram alguns o seu espírito. Busca-se ressaltar, neste método, o bem jurídico tutelado pela lei, ou melhor dizendo, o valor nela versado”⁸. Qual foi o espírito do “legislador”? Impedir o cumprimento da pena ao cárcere ou corrigir os descumprimentos do próprio Estado no tocante à violação dos direitos humanos dos réus?

Enfim, respondendo às quatro questões preliminares:

1ª. Os fatos terem ocorrido antes do decreto executivo do principal documento que rege as relações de direitos humanos em nosso País – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos –, bem como, antes do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) têm relevância para a análise da inconveniência ou convencionalidade do decreto de indulto natalino? Depende, os principais ordenamentos jurídicos humanistas ainda não estavam em vigor para o Estado brasileiro, portanto, “a ferro e fogo”, não existiam no âmbito interno. Se o tempo rege o ato, não haveria de ser falar em violação de determinado tratado se o mesmo não estava em vigor.

2ª. Um indulto de atos violadores de direitos humanos automaticamente torna-se também violador destes? Aparentemente sim, entretanto, se o indulto

vier a corrigir a própria violação do Estado perante os réus, não, de forma alguma.

3ª. Os crimes praticados foram considerados crimes de “lesa humanidade”? Se sim, por quem? Quem poderia de ofício “enquadrar” os crimes como de “lesa humanidade” é o procurador internacional que atua na jurisdição do tribunal penal internacional, porém, o processo não é daquela jurisdição.

4ª. O indulto publicado vem apenas para impedir que os policiais sejam presos (já foram condenados, não se discute mais) ou veio (também?) para corrigir a própria omissão do Estado em puni-los? Aqui, teríamos que perguntar ao autor do decreto...

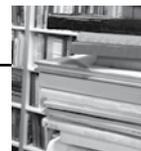
O Decreto nº 11.302 de 22 de dezembro de 2022 é convencional, ou seja, não ofende a nenhum tratado internacional de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes Against Humanity in International Criminal Law. Second Edition. Haia: Kluwer Law International, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastor Editor: São Paulo, 2002.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Método, 2019.
- _____. Curso de direito internacional público. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. Crimes da ditadura militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. 1.

⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=evx3MV9hILI> – aos 2’40”. Acesso em 09.01.23.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastor Editor: São Paulo, 2002, p. 60.



Direito Militar - Doutrina e Aplicações aborda os principais ramos do Direito Militar ou Direito Castrense, possibilitando ao leitor, ao estudante e ao profissional do Direito encontrar um desenho que lhe permitirá, geralmente, ter uma visão panorâmica dessa disciplina jurídica. Para isso, foi dividido em seis partes: Direito Constitucional Militar, Direito Administrativo Disciplinar Militar, Direito Administrativo Militar, Direito Civil Militar, Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar.

Ao lado das obras clássicas do Direito Militar na seara criminal de autores que ilustram esse ramo do Direito, este livro preenche um espaço importante na doutrina, além do aspecto penal,

facilitando assim ao operador do Direito um voo nessa planície especializada, contemplando a sua expressão e codificação.

A obra reúne coautores consagrados nomes do Direito nacional, professores renomados, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros do Superior Tribunal Militar, Juízes dos Tribunais de Justiça Militar, Juízes-Auditores da Justiça Militar da União, Juízes de Direito da Justiça Militar estadual, Promotores de Justiça, da União e dos estados, Advogados, Oficiais das Forças Armadas e Oficiais das Polícias Militares.

Pedidos:

www.livraria.diaadiaforense.com.br



Crédito Imobiliário

Sua casa própria com as melhores condições

Juros baixos para construção e aquisição de imóvel, compra de terreno e de material de construção*.

Consulte as normas e condições vigentes.
*Material de construção somente para militares das Forças Armadas e conveniados.

FHE

POUPEX

CONSOLIDANDO DIREITOS. PROMOVENDO VIRTUDES.

Prestes a completar 24 anos, a ACORS é referência em todo o país na defesa dos direitos e causas dos oficiais militares de Santa Catarina, propiciando um amplo debate com a sociedade e amparando os interesses dos seus associados. Com isso, promove a valorização das corporações e engrandece ainda mais o valeroso serviço prestado pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros Militar do Estado.



24 anos