



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

A TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE: O NOVO CANTO DA SEREIA ECOANDO NA JUSTIÇA MILITAR

Jorge Cesar de Assis¹

Recentemente, vem ganhando espaço entre os que militam no Direito Militar, a tese de que institutos despenalizadores não encontram guarida na Justiça especializada, por conta, exatamente do “silêncio eloquente” com que a legislação específica sepultaria essa pretensão.

É o caso do advento do acordo de não persecução penal, trazido a lume pela Lei 13.964/2019, ao criar um novo dispositivo no Código de Processo Penal comum, o art. 28-A, que prevê que não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal - ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, e mediante as condições previstas nos seus incisos e parágrafos, ajustadas cumulativa e alternativamente.

Em síntese, os adeptos dessa teoria alegam que a Lei 13.964/19 (a Lei Anticrime) fez algumas alterações na legislação processual penal, buscando, ao que tudo indica, espelhar seus dispositivos com os do CPP comum, *v.g.*, a inclusão dos artigos 14-A do CPP e 16-A do CPPM, para garantir a defesa de policiais e militares na investigação de fatos relacionados ao uso, por eles, da força letal praticados no exercício profissional.

Assim, advogam que como a Lei Anticrime não alterou o CPPM, não tratando do ANPP, representa o silêncio eloquente afastando tal pretensão.

¹ Advogado inscrito na OAB-PR. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar do Paraná. Sócio - Fundador da Associação Internacional de Justiças Militares e atualmente seu Secretário-Geral. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Administrador do site www.jusmilitaris.com.br.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

A teoria do silêncio eloquente é o novo canto da sereia que ecoa na Justiça Militar.

Na Mitologia Grega as sereias eram seres metade mulher e metade peixe (*ou pássaro, segundo alguns escritores antigos*) capazes de atrair e encantar qualquer um que ouvisse o seu canto, Viviam em uma ilha do Mediterrâneo, em algum lugar do Mar Tirreno, cercada de rochas e recifes ou nos rochedos entre a ilha de Capri e a costa da Itália. A sedução provocada pelas sereias era através do canto. Os marinheiros que eram atraídos pelo seu canto e se aproximavam o bastante para ouvir seu belíssimo som, descuidavam-se e naufragavam. Elas participam da lenda de Odisseu e dos Argonautas, em ambos os casos eles resistiram ao seu canto. Os argonautas, por causa da música de Orfeu², e Odisseu por causa do conselho recebido de ser amarrado ao mastro e ordenar à tripulação tapar os ouvidos com cera para não escutarem o canto das sereias³.

Mas afinal, o que significa a expressão “silêncio eloquente”?

A fim de deixar o debate mais ameno vamos buscar apoio na literária definição de James Kudo, ou seja, trata-se de um oximoro, que se caracteriza por ser uma figura de linguagem que justapõe termos aparentemente contraditórios, é termo vindo do grego *oxymoron*, que combina as palavras *oxys* (aguçado) e *moron* (estúpido).

Existem oximoros em diferentes contextos, desde vícios de linguagem até expressões usadas para enfatizar um paradoxo e assim criar um efeito retórico: inocente culpa, declaração tácita, ilustre desconhecido, doce veneno, morto-vivo, mais é menos ... tolerância zero ... pacifista militante, mentira sincera etc.

Lembrando que a literatura e a música têm vários exemplos de oximoros, cita Camões, proclamando que *amor é fogo que arde sem se ver / é ferida que dói e não se sente / é um contentamento descontente / é dor que desatina sem doer*.

² Ele teria sido o mais talentoso dentre todos os músicos. Orfeu era filho da musa Calíope e, segundo alguns, do deus Apolo, que presenteou o filho com uma lira. Quando Orfeu a tocava, os pássaros paravam para escutar, os animais selvagens perdiam o medo e as árvores se curvavam para pegar os sons que o vento trazia.... - Veja mais em <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/artes/orfeu-e-euridice-mitos-inspiram-a-arte.htm?cmpid=copiaecola>

³ Para maiores informações acesse <https://www.infoescola.com/mitologia-grega/sereias/>



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

Para ele, o melhor exemplo dos oximoros é o SILÊNCIO ELOQUENTE. À primeira vista a expressão parece estúpida. Afinal, como o silêncio pode falar? Mas todos nós sabemos que na vida há momentos em que não dizer nada pode ter um efeito avassalador, como não aplaudir alguém que está acostumado a ser bajulado, ou ficar quieto junto a uma pessoa amada quando a relação está se deteriorando.

E aí, James Kudo lembra que em 1.937, pouco antes de morrer aos 26 anos de idade, Noel Rosa compôs *Último Desejo*, dedicado a Ceci, sua grande paixão. Nessa canção ele admite a verdade verdadeira quando confessa: “*Perto de você me calo / tudo vejo e nada falo / tenho medo de chorar*”. E desfecha: existe declaração de amor mais eloquente que este silêncio?⁴

Claro que existia o silêncio eloquente ansiosamente aguardado, o dos noivos frente a antiga fórmula (*precursora dos proclamas*) “aquele que tiver alguma coisa contra esse casamento, que fale agora ou cale-se para sempre”, já que se uma eventual quebra era temida a toda evidência que uma plateia silente era sempre motivo de comemoração.

Trazendo agora a discussão para o mundo jurídico, veremos que Arilson Garcia Gil analisou o Silêncio Constitucional e sua categorização pela Teorias do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Para ele, no contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 houve a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Dentre os objetivos apresentados por este novo paradigma destacam-se a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão. Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas deste novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante das hipóteses de Silêncio Constitucional.

⁴ Kudo, James. **Silêncio eloquente**. Almanaque Literário. Disponível em <https://mosqueteirasliterarias.comunidades.net/silencio-eloquente> acesso em 29.04.2021.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

Garcia Gil apresenta exemplos de que os casos de Silêncio Constitucional são fartos. A Constituição Federal de 1988 tutela o Direito à Vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do Direito ao Aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico. A problemática que se apresenta: é aqui identificada uma hipótese normativa de Silêncio Constitucional? É um Silêncio Eloquente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de Lacuna Normativa que mantém espaço aberto à regulamentação por Lei e pela interpretação em sede de Controle de Constitucionalidade?

Argumenta que o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso das Pesquisas com Células Troncos Embrionárias, aqui com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988. Além da evolução científica, há também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero. A Constituição Federal utilizou as palavras “Homem” e “Mulher” ao tratar da Família, do Casamento e da União Estável. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identificasse, neste caso, hipótese de Silêncio Eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou há aqui Lacuna Axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)? Sua conclusão é pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como elaborada pela Doutrina, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, para explicar o instituto do Silêncio Constitucional conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988⁵.

Eis, então, o ponto que nos interessa em termos de Justiça Militar: a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão, inclusive o cidadão militar, mesmo que na condição de agente do fato criminoso.

Quando se fala em acordo de não persecução penal, pode-se constatar, então, que a Constituição Federal previu em seu art. 5º, XLVI (*dos direitos e deveres individuais e*

⁵ GIL, Arilson Garcia. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL: A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE PARA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/20056> acesso em 02.05.2021.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

coletivos), que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) **multa**; d) **prestação social alternativa**; e) suspensão ou interdição de direitos. O dispositivo constitucional, dirigido a todos, permite concluir que ele é vedado ao militar?

Da mesma forma, ao olharmos o art. 98 (*capítulo do Poder Judiciário brasileiro*), segundo o qual a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados **criarão: I - juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, permite, igualmente, concluir pela impossibilidade de Juizado Especial Criminal na Justiça Militar – que é parte integrante do Poder Judiciário (CF, art. 92, VI)?

Conforme dito alhures⁶, com todo o respeito por aqueles que advogam a tese do silêncio eloquente para afastar a aplicação da ANPP da Justiça Militar, entendemos que de silêncio eloquente não se trata.

É que o silêncio eloquente, no magistério de Luís Roberto Barroso (*ainda que se referindo à questão dos fetos anencéfalos - ao encerrar entrevista concedida em 24.05.2010 ao Blog Os Constitucionalistas*), é quando você, ao não dizer, está se manifestando. Lacuna é quando você não cuidou de uma matéria. E omissão é quando você não cuidou tendo o dever de cuidar. No caso dos fetos anencéfalos, estamos diante de uma omissão inconstitucional. E na vida política existem espaços que não foram legislados. Nesses espaços, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais⁷.

Seguindo o entendimento do Professor Luís Roberto Barroso, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, veremos que o Superior Tribunal Militar exercita o “silêncio

⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de Processo Penal Militar Anotado, vol.1, 5ª edição**, Curitiba: Juruá, 2020, p. 167.

⁷ Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i> acesso em 30.04.2021.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

eloquente”, ao menos por 02 (duas) fórmulas, durante as sessões de julgamento do seu Plenário, transmitidas inclusive pelo seu Canal do Youtube. Após a leitura do voto do(a) relator(a), o Presidente anuncia em voz alta: “*em discussão*” e, não havendo nenhuma interferência de algum ministro, com todos permanecendo silentes considera-se ultrapassada essa fase. Logo em seguida, anunciará novamente, “*em votação*”, e, se todos permanecerem silentes significa que a decisão será unânime porque estão de acordo com o Relator, ou seja, ao não dizerem nada os ministros estarão com certeza se manifestando!

Da mesma forma, havendo espaços que não foram legislados, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais.

Claro, tomar uma decisão à luz dos princípios constitucionais, implicar em aceitar não ser crível que um diploma que completou mais de 50 anos de acentuada defasagem em relação ao processo penal comum, possa ser tido como capaz de decretar o afastamento de modernos institutos despenalizadores e garantistas da dignidade humana, que mostram, antes de tudo a evolução do próprio direito e o reconhecimento de que o militar também é sujeito de direitos e garantias.

E é exatamente por isso que a aplicação do ANPP na Justiça Militar, por força do art. 3º, letra ‘a’, do Código de Processo Penal Militar que a autoriza, em nada ofende a índole do processo penal castrense, que está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente, e que é dirigida também à observância das prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente), dentre outras.

Nunca é demais lembrar que, **com a edição da Lei 13.491/17, e com ela o aumento do rol dos crimes militares e da competência da Justiça Castrense, advogamos que o caráter castiço da tão defendida especialidade do Direito Castrense deixou de existir, e assim, principalmente nos novos crimes por extensão, até mesmo a Lei do Juizado Especial Criminal deve ser aplicada na Justiça Militar, aceitando-se sua vedação tão-somente nos crimes militares contra a hierarquia e a disciplina militar**, merecendo uma releitura as súmulas e entendimentos que a desautorizam. **E pela mesma razão, a ANPP é perfeitamente aplicável na Justiça Castrense.**



JUS MILITARIS

DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

Há que se conscientizar que a busca pelas transformações que nos levem a uma nova Justiça Militar passa, invariavelmente pela moldura de um novo modelo de Juiz.

Vicente de Paula Ataíde Júnior assevera que, “quando se reflete sobre a necessidade de um novo juiz, é porque se tem em conta que o juiz de hoje não mais pode estar identificado com o juiz de ontem, ou seja, diante de uma nova sociedade, com inéditas demandas e necessidades, o novo juiz é aquele que está em sintonia com a nova conformação social e preparado para responder, com eficácia e criatividade, às expectativas da vida moderna, tendo em consideração as promessas do direito emergente e as exigências de uma administração judiciária comprometida com a qualidade total”⁸.

Adverte o autor, entretanto, que para se falar em *novo juiz*, é preciso antes questionar em que contexto social ele está inserido, e, em razão disso, quando se fala aqui em novo juiz, deve-se compreender o novo juiz latino-americano (dentre os quais está situada a reflexão de um novo juiz brasileiro), ou seja, o juiz que vive e trabalha em um ambiente social contrastante, heterogêneo, com grandes demandas marcadas pela intensa diferenciação de classe e poder. Esse juiz que é impactado pelas profundas deficiências da prestação de serviços estatais, os quais não conseguem fazer frente às necessidades sociais básicas. Um juiz que é convocado, muitas vezes, a substituir as expectativas frustradas que deveriam ser atendidas pelas demais parcelas do poder estatal⁹.

Para o surgimento da figura desse *novo juiz* não é necessário aguardar-se novos concursos, com a seleção de novas pessoas, com novas ideias; basta que todo juiz se conscientize deste novo papel, o qual independe tão somente das reformas materiais e estruturais que se apregoam para a Justiça, mas depende exclusivamente da retomada de consciência do magistrado, ou, para se utilizar a feliz expressão de José Renato Nalini, lembrado por Helena Delgado Ramos Fialho Moreira de que talvez fosse preciso apenas o massagear das consciências amortecidas. Recordar-se o juiz de seu compromisso ético é talvez a melhor reforma do Judiciário que se poderia fazer. Pois o juiz conseqüente com suas responsabilidades éticas encontrará soluções viáveis no universo em que atua, a

⁸ JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 68.

⁹ *Ibidem*, p. 68.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

despeito das carências materiais, das falhas da legislação, dos vícios estruturais e de quaisquer outros entraves que se lhe anteponham à outorga da melhor justiça¹⁰.

Mas a versão deste novo juiz não deve ser ideológica, e por isso é de se levar em conta a observação do jornalista Reinaldo Azevedo de que um juiz tem de ouvir o espírito das leis, não o espírito das ruas. Porque o espírito das ruas ou é a voz indistinta da maioria, embriagada de sua força, ou é a voz de uma minoria influente que transforma em demanda coletiva o seu interesse particular. A lei? A lei é de todos. Não enxerga classe, cor de pele, origem, confissão religiosa ou o que seja¹¹.

É evidente que este novo juiz deve estar presente também na Justiça Militar, e os que nela atuam devem atentar para a advertência feita por Rodrigo Foureaux quando lembrou que o Código de Processo Penal Militar data de 21.10.1969 e sofreu apenas 06 (seis) alterações, enquanto que o Código de Processo Penal Comum data de 03.10.1941 e passou por 57 alterações, o que demonstra o esquecimento, por parte do legislador, na legislação militar, sendo necessário aplicar institutos previstos para o processo penal comum no processo penal militar, até porque o CPPM autoriza no art. 3º, “a” a aplicação, nos casos omissos, da legislação processual penal comum¹².

Também levar em conta a precisa observação de Fernando Galvão, no sentido de que para a doutrina penal militar brasileira, entretanto, a preocupação é outra. A rejeição aos institutos negociais se fundamenta em uma suposta índole mais rigorosa do Direito Penal Militar e no potencial controle da tropa por meio da força coercitiva que a ameaça de privação da liberdade exerce. Não há a mesma preocupação com os direitos do indiciado ou acusado que se verifica no Direito Penal comum. Esta distinção, por si só, já demonstra a existência de um descompasso preocupante que coloca nossa doutrina militar alguns passos atrás dos paradigmas do Estado Democrático de Direito. E, no Brasil, somente se pode pensar em um Direito Penal Militar absolutamente conciliado com o Estado Democrático de Direito.

¹⁰ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência...**, p. 179.

¹¹ AZEVEDO, Reinaldo. **Máximas de um país mínimo**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 105.

¹² FOUREAUX, Rodrigo. **O acordo de não persecução penal na Justiça Militar**. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-Justi%C3%A7a-Militar> acesso em 30.04.2021.



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

Galvão lembrou ainda que em 2016 ocorreu importante reforma na Justiça Militar americana, que visou modernizar os seus institutos e conferir maior transparência aos seus julgamentos. A mudança foi promovida pelo general do Exército Martin Dempsey, que propôs uma revisão sistemática do Código Uniforme de Justiça Militar (UCMJ) e Manual para Tribunais Marciais (MCM) ao Secretário de Defesa em 2013, defendendo que as mudanças são necessárias para garantir que as leis e os regulamentos militares acompanhem momento atual da sociedade americana.

A Lei de 2016 introduziu expressamente a possibilidade do *plea agreement* (modalidade de *plea bargain*) no Código Uniforme de Justiça Militar e no Manual para Tribunais-Marciais. No Código Uniforme de Justiça Militar o instituto é previsto no art. 53a de seu § 853a, e permite que, a qualquer momento antes do julgamento do processo criminal, a autoridade de convocação (comandante militar) e o acusado firmem acordo de confissão de culpa com a redução de acusações e/ou de penas. O instituto é regulamentado pela regra 705 do Manual para Tribunais-Marciais. O *plea agreement* se assemelha ao acordo de não persecução penal previsto na legislação brasileira.

E, mediante recomendação do advogado do julgamento, em troca de assistência substancial do acusado na investigação ou na ação penal de outra pessoa que cometeu um crime, o juiz militar pode aceitar um acordo de confissão que preveja uma pena inferior à que é estabelecida como mínima obrigatória pelo crime praticado (art. 53a (c)(1)e(2)). Esta outra modalidade de acordo é equivalente à colaboração premiada prevista na legislação brasileira.

Galvão conclui que o Direito Militar do país que possui o Exército mais poderoso do mundo constitui uma importante referência para a compreensão da essência e fundamentos desse ramo especializado, sendo necessário refletir melhor sobre os institutos negociais que podem ser aplicados aos nossos crimes militares.

Certamente, se a Justiça Militar americana aceita acordos para a imposição de penas não privativas de liberdade, a imposição de tais penas não afronta a índole do Direito Militar. Os fatos evidenciam que os acordos e a aplicação de penas não privativas de liberdade não tornaram as Forças Armadas americana milícias indisciplinadas. O Direito Penal Militar brasileiro precisa evoluir para acompanhar o momento atual da civilização ocidental, como nos mostra o exemplo marcante dos Estados Unidos da América. A evolução do Direito Militar deve ser contínua, pois as instituições militares e



JUS MILITARIS
DIREITO MILITAR | CONSULTORIA JURÍDICA

o Poder Judiciário estão inseridos na sociedade contemporânea e para ela prestam os seus serviços¹³.

Enfim, finalizando este ensaio, há que se deixar os ouvidos franqueados à Lira de Orfeu, e nunca ao Canto sedutor das Sereias.

¹³ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal Militar negocial: a experiência norte-americana**. Disponível em <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/05/20/Direito-Penal-Militar-negocial-a-experi%C3%A2ncia-norte-americana> acesso em 30.04.2021.