



MEMORIAL DO *AMICUS CURIAE*

TORTURA NUNCA MAIS

ADPF n° 289

I. Introdução

1. A presente ADPF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, visa à interpretação conforme à Constituição do art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, para que se reconheça a inconstitucionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar. Trata-se, nas palavras da Comissão Nacional da Verdade, de “*verdadeira anomalia que subsiste da ditadura militar*”,¹ e que viola uma série de preceitos constitucionais.

2. A seguir, o Grupo Tortura Nunca Mais, *amicus curiae* devidamente admitido no processo, pretende sustentar a procedência da referida ADPF. Para que os argumentos possam ser melhor compreendidos, é necessário fazer alguns esclarecimentos prévios sobre a organização da Justiça Militar da União.

II. A Organização da Justiça Militar da União

3. Nos termos do art. 122, inciso II da Carta, são órgãos da Justiça Militar: (i) na primeira instância, os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei; e (ii) na segunda instância, o Superior Tribunal Militar.

4. De acordo com a Lei n° 8.457/1992, também conhecida como “Lei de Organização da Justiça Militar”, os julgamentos em primeira instância, em regra, são realizados por Conselhos de Justiça, que têm cinco integrantes: um juiz de carreira e quatro militares da ativa, “*sorteados dentre oficiais de carreira*” (art. 18 da Lei n°

¹ Comissão Nacional da Verdade. *Relatório Final*. Parte V – Conclusões e recomendações, 2014, p. 972.



8.457/1992), não havendo nenhuma exigência adicional para o desempenho dessa função, sendo dispensada, inclusive, qualquer formação em Direito. Os juízes militares, além de estarem sujeitos, por força da Constituição, aos princípios da hierarquia e da disciplina que regem as Forças Armadas (art. 142, CF/88), não desfrutam da garantia da inamovibilidade, prevista no art. 95, inciso II da CF/88, visto que apenas a prerrogativa da vitaliciedade lhes é assegurada.

5. Desde a aprovação da Lei nº 13.774/2018, ocorrida após o ajuizamento desta ADPF, o julgamento de civis passou a competir, monocraticamente, ao juiz federal da Justiça Militar – antes conhecido como Juiz Auditor –, na forma do art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992. No entanto, **em segunda instância, tais réus continuam sendo julgados pelo Superior Tribunal Militar**, que exerce funções de tribunal de apelação e de tribunal superior. É o STM que julga todas as impugnações e recursos formulados contra as decisões judiciais de primeira instância, seja em grau de recurso de apelação, seja pela impetração de *habeas corpus*, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 8.457/1992.

6. De acordo com o art. 123 da Constituição, o STM é composto por quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República. Dentre os quinze **há dez oficiais-generais e apenas cinco civis**. Como todos os militares integrantes do STM devem estar na ativa, tem-se que a maioria dos integrantes do Tribunal se mantém sujeita ao estatuto militar, inclusive no que diz respeito à observância da hierarquia e da disciplina castrenses. À semelhança do que ocorre no âmbito dos Conselhos de Justiça, **apenas os ministros civis devem ter formação jurídica, inexistindo tal exigência para os militares**. Aliás, cabe salientar que, atualmente, segundo as biografias disponíveis no site oficial da instituição, **nenhum dos dez ministros militares do STM possui formação jurídica**.

7. Nos próximos itens, serão melhor analisadas as razões pelas quais, a despeito da alteração normativa empreendida pela Lei nº 13.774/2018, a submissão de civis à sua jurisdição continua sendo absolutamente incompatível com o sistema de valores normatizado pela Constituição Federal.



III. Processo penal democrático, direitos fundamentais e interpretação cosmopolita da Constituição

8. A Constituição de 1988, em seu art. 124, não determinou a competência da Justiça Militar, delegando ao legislador ordinário a tarefa de definir os crimes militares. Isso não significa, porém, que o constituinte tenha passado um cheque em branco ao legislador. Muito pelo contrário: as regras e princípios constitucionais sobre direitos fundamentais instituem uma moldura dentro da qual deve se enquadrar a competência da Justiça Militar. Os princípios do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF/88), da imparcialidade judicial (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, CF/88), da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), dentre outros, atuam como balizas, restringindo a liberdade de conformação do legislador na definição da competência dessa justiça especializada.

9. Também o art. 142 da Constituição auxilia a configurar referida moldura, ao especificar os bens jurídicos associados à função castrense e tutelados pelas Forças Armadas. Desse dispositivo, decorre que a tipificação de um delito militar deve estar necessária e estritamente vinculada à ofensa a esses bens jurídicos. Como ressaltado por José Afonso da Silva, na tarefa de definição dos crimes militares cujo julgamento compete à Justiça Militar, o legislador deve se ater estritamente a esse núcleo de interesses tipicamente militares, sob pena de desbordamento de balizas constitucionais.²

10. Não à toa, o Min. Edson Fachin, ao proferir oralmente seu voto na ocasião da sessão de julgamento da ADI nº 5.032 – suspensa em razão do pedido de vista do Min. Luís Roberto Barroso –, afirmou que “*o próprio texto da Constituição opta e exige que o legislador infraconstitucional assim o conforme por uma jurisdição [militar] extremamente restrita, limitada aos crimes militares. Não cabe, portanto, ao legislador, nem ao julgador, ampliar o escopo da competência da Justiça Militar às atividades, ou ainda, apenas ao status de que gozam [os militares]*”.

² Cf. José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588.



11. Disso deflui que o critério de competência estatuído no art. 124 do texto constitucional não pode ser interpretado ampliativamente, como se a abarcar quaisquer ilícitos em que haja o envolvimento de membros das Forças Armadas. Afinal, essa exegese equivaleria ao estabelecimento de uma regra de competência jurisdicional de natureza pessoal. Tal significaria subverter o critério de competência estipulado pelo texto constitucional, inequivocamente de natureza material, ao submeter à jurisdição castrense o julgamento de **crimes militares**.

12. Mas não é só. Não se discute na atualidade que as normas constitucionais – especialmente as que versam sobre direitos fundamentais – devem ser objeto de uma *interpretação cosmopolita*, que dialogue com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.³

13. Ora, existe verdadeiro consenso no sistema internacional de proteção dos direitos humanos quanto à inadmissibilidade do julgamento de civis por cortes militares. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em diretriz oficial a respeito dos princípios norteadores da competência jurisdicional militar, determina que “[c]ortes militares, em princípio, não devem ter competência jurisdicional para julgar civis. Em todos os casos, o Estado deve garantir que civis acusados de perpetrar ilícitos penais de qualquer natureza sejam julgados por Cortes Civis”.⁴

³ A invocação de fontes transnacionais na interpretação constitucional permite trocas de experiências, conceitos e teorias entre países e organizações internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco. Nesse sentido, o princípio do cosmopolitismo pode ser compreendido a partir da imagem de um espelho, através do qual as instâncias envolvidas no diálogo tornam-se capazes de refletir sobre si mesmas, a partir da perspectiva do outro (cf. Gustavo Zagrebelski. *El Juez Constitucional en el siglo XXI*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 20-21). A hermenêutica constitucional beneficia-se, assim, da ampliação de horizontes e da possibilidade de construção de perspectivas menos provincianas sobre as questões discutidas, facilitando a detecção de eventuais fragilidades e inconsistências dos pontos de vista hegemônicos na esfera nacional. Sobre o tema, vide Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 451, ss.

⁴ Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, E/CN.4/Sub.2/2005/9, Princípio n. 4: “*Military courts should, in principle, have no jurisdiction to try civilians. In all circumstances, the State shall ensure that civilians accused of a criminal offence of any nature are tried by civilian courts*” (tradução livre). Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>>.



14. Também as Cortes Internacionais de proteção aos Direitos Humanos rechaçam a possibilidade de civis serem julgados por tribunais castrenses. A Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou entendimento de que o julgamento de civis por órgão militar é incompatível com o art. 6, § 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual prevê o direito ao julgamento por tribunais independentes e imparciais. A violação decorre da ausência de salvaguardas de que julgadores militares tenham a necessária independência para julgar civis.⁵

15. O mesmo entendimento é adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em diversos precedentes, o referido tribunal afirmou a incompatibilidade do julgamento de civis por militares com o artigo 8º, alínea 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos,⁶ como, por exemplo, nos casos *Castillo Petruzzi v. Peru*, de 1999,⁷ *Durand y Ugarte v. Peru*, de 2000,⁸ *Cantoral-Benavides v. Peru*,⁹ de 2000, *Palamara Iribarne v. Chile*,¹⁰ de 2005 e *Rosendo Radilla v. United Mexican States*,¹¹ de 2009. A propósito, vejam-se os seguintes trechos dos acórdãos proferidos em *Castillo Petruzzi* e *Durand y Ugarte*, respectivamente:

“A Corte tem afirmado que ‘quando a justiça militar exerce competência sobre assunto que deve pertencer à justiça ordinária, vê-se afetado o direito ao juiz natural e, a fortiori, o devido processo, que, por sua vez, encontra-se intimamente

⁵ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Ergin v. Turquia - Application n° 47533/99, julgado em 2006.

⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Peru*. Sentença de 30 de mai. 1999.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Durand y Ugarte v. Peru*. Sentença de 16 de ago. 2000.

⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cantoral-Benavides v. Peru*. Sentença de 18 de ago. 2000.

¹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*. Sentença de 22 de nov. 2005.

¹¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Rosendo Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 23 nov. 2009.



ligado ao próprio direito de acesso à justiça. O julgamento de civis cabe à justiça ordinária.” (tradução livre e grifos acrescentados)

“Em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal militar há de ter alcance restritivo e excepcional e estar destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei atribui às forças militares. Assim, deve ser excluído do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis [...].” (tradução livre e grifos acrescentados).

16. O consenso atingido na órbita internacional reforça o entendimento de que a previsão do julgamento de civis por cortes castrenses pelo Código Penal Militar brasileiro, editado em 1969 – no auge dos “anos de chumbo” –, está fora da moldura delineada pela Constituição de 1988.

IV. Violação ao princípio constitucional da imparcialidade judicial

17. O princípio da imparcialidade, que possui inequívoca estatura constitucional, exige que aos juízes sejam conferidas determinadas condições institucionais capazes de permitir o maior distanciamento possível dos interesses em jogo no processo.¹² Assim, para que se tutele adequadamente tal preceito, é necessária a criação de arranjos institucionais que afastem ou mitiguem a possibilidade de pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, no exercício da função jurisdicional,¹³ o que não se observa no caso do julgamento de civis pela Justiça Militar, por uma série de motivos.

18. Em primeiro lugar, mesmo que atualmente a competência para julgar civis pertença aos juízes federais da Justiça Militar, **verifica-se que tais magistrados**

¹² Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

¹³ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Daktaras v. Lithuania*, n° 42095/98 (Sect. 3) (bil.), § 30.



ainda atuam no contexto da justiça castrense, aplicando suas normas e embebidos de seus valores. Em outras palavras, existe um forte componente sociocultural que influencia a forma de decisão de todos os integrantes da Justiça Militar, já que eles atuam, em regra, pautados por princípios institucionais que conferem toda a importância à preservação do Estado e dos poderes constituídos, e pouca atenção aos direitos dos réus. Tais princípios são, em dúvida, um fator determinante nas decisões desses juízes.¹⁴

19. Por isso, embora os juízes federais da Justiça Militar possuam as garantias inerentes à magistratura, **a sua posição dentro da justiça castrense, bem como o seu contato íntimo com a cosmovisão e com o *ethos* militar, prejudica a sua capacidade de julgar de forma isenta um réu civil, violando, assim, o princípio constitucional da imparcialidade da jurisdição.** Afinal, diante de um juiz com essas características, não é disparatado supor que o acusado, embora sujeito de direitos, seja assimilado à figura do “inimigo da Pátria”, em contraposição à necessidade de se preservar a “nação” ou os “poderes constituídos”.

20. Ademais, cabe repisar que, em segunda instância, os civis continuam sendo julgados pelo Superior Tribunal Militar. Como visto, trata-se de **órgão composto por militares da ativa**, que, apesar de desempenharem a função de juízes, **continuam legalmente vinculados à hierarquia e disciplina castrenses e subordinados, dessa forma, ao Poder Executivo.** Dessa maneira, tem-se que, na prática, o exercício da função jurisdicional pelo militar não lhe exime de responder aos seus superiores e de respeitar a hierarquia castrense.

21. Sob tal perspectiva, o fato de os juízes militares do STM permanecerem integrados em uma cadeia de comando nas Forças Armadas, que integra outro Poder, é prova cabal de que tais tribunais não ostentam a imparcialidade e a independência

¹⁴ Cf. Luís Roberto Barroso. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. 2, nº 21. Rio de Janeiro: 2002. Na mesma linha, cf. Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal: Constituição, Emoção, Estratégia e Espetáculo*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.



necessárias para o julgamento de civis. Ainda, tem-se violação clara ao princípio da separação dos poderes, ao permitir interferências do Poder Executivo no Judiciário Militar.

22. Tal conclusão encontra-se presente na jurisprudência de diversos tribunais internacionais de proteção dos Direitos Humanos, destacando-se, a propósito, o caso *Öcalan v. Turkey*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2003. Naquela oportunidade, a CEDH acolheu o recurso de um civil turco que foi condenado à morte por um Tribunal Militar da Turquia, por entender que a presença de juízes militares no julgamento de civis – tal como ocorre no âmbito do STM – é incompatível com a independência e a imparcialidade do juízo.

23. O referido caso é emblemático, na medida em que o juiz militar que compunha a corte turca havia sido substituído por um juiz civil antes do efetivo julgamento, de modo que o seu voto não contribuiu para o resultado final. Ainda assim, a CEDH entendeu que a dúvida sobre a imparcialidade do juízo persistia, pois “*onde um juiz militar tenha participado de decisões interlocutórias proferidas durante processo contra civil, o processo inteiro se vê privado de sua aparência de ter sido conduzido por um tribunal independente e parcial*”.¹⁵

24. Sobre o tema, cumpre destacar que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de ausência de imparcialidade por parte do Poder Público. No caso *Favela Nova Brasília v. Brasil* – em que se discutia as falhas e demoras na investigação e punição de agentes policiais pela execução extrajudicial de 26 pessoas e por atos de violência sexual cometidos contra três mulheres, sendo duas delas menores de idade –, o tribunal consignou que há violação ao dever de imparcialidade quando a autoridade incumbida da investigação possui, de alguma forma, ligação institucional ou hierárquica com os indivíduos ou fatos a serem investigados. Tomadas as devidas proporções, é isso que ocorre na hipótese sob exame nesta ADI, tendo em vista o forte vínculo corporativo que existe entre os magistrados da Justiça

¹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Öcalan v. Turkey* n° 46221/99, 2003.



Militar, as Forças Armadas e o objeto dos processos sob sua jurisdição. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem do referido julgado:

“[...] a Corte considera que o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos funcionários envolvidos no incidente. Essa independência implica a ausência de relação institucional ou hierárquica, bem como sua independência na prática.

Nesse sentido, nas hipóteses de supostos crimes graves em que prima facie apareçam como possíveis acusados membros da polícia, a investigação deve ser atribuída a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados.”¹⁶

25. **Quanto à hipótese em análise nesta ação, o comprometimento da imparcialidade também se traduz em números. De acordo com levantamento feito pela imprensa a partir de dados do Superior Tribunal Militar, entre 2010 e 2015, ao menos 68 civis responderam a processos em auditorias militares por situações de desacato ou desobediência no Rio de Janeiro, sendo que apenas um desses processos não resultou em condenação na primeira ou na segunda instância.¹⁷ Apenas para fins comparativos, vale destacar que, de acordo com a Agência Pública, desde 2010, houve pelo menos 34 homicídios dos quais militares foram acusados em operações de garantia da lei e da ordem, mas nenhuma condenação.¹⁸**

26. Recentemente, a mídia noticiou episódio que, dentre tantos outros, exemplifica o comprometimento da imparcialidade judicial no âmbito da Justiça Militar.

¹⁶ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Favela Nova Brasília v. Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

¹⁷ Cf. <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/justica-militar-acumula-processos-de-civis-condenados-por-desacato>>.

¹⁸ Cf. <<https://apublica.org/2018/10/exercito-e-acusado-de-matar-inocentes-em-operacoes-de-seguranca-publica/>>.



O Superior Tribunal Militar decidiu conceder liberdade a militares acusados de fuzilar, **com ao menos oitenta tiros (!)**, o automóvel em que estava a família do músico Evaldo dos Santos Rosa, que morreu na hora.¹⁹ Também faleceu, em decorrência do mesmo ataque, o catador de material reciclável Luciano Macedo, que tentou socorrer os demais ocupantes do veículo.²⁰ Vale dizer que, com exceção do presidente do tribunal castrense – que, em regra, não profere voto (art. 67 do Regimento Interno do STM) –, **todos os ministros militares decidiram pela concessão de liberdade aos réus.**²¹

27. O julgamento de civis pela Justiça Militar traduz, portanto, clara violação ao princípio constitucional da imparcialidade judicial.

V. Interpretação restritiva das exceções ao princípio da separação de poderes

28. Exceções a princípios constitucionais fundamentais, como a separação de poderes (art. 2º, CF/88), devem ser interpretadas restritivamente. Um dos desdobramentos mais importantes do princípio da separação de poderes é a exigência da inacumulabilidade de funções, segundo a qual, na síntese precisa de Luís Roberto Barroso, “*uma pessoa não pode ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo*”.²²

29. Não há dúvidas de que a Justiça Militar consagra uma delicada exceção à separação de poderes, uma vez que os magistrados militares permanecem na ativa (art. 123, CRFB), integrando, portanto, as Forças Armadas, que se inserem na estrutura do Poder Executivo. Em outras palavras, os magistrados militares são, simultaneamente, integrantes do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

¹⁹ Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/24/politica/1558649132_143547.html>.

²⁰ Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/18/politica/1555596890_834845.html>.

²¹ Cf. <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/05/23/stm-decide-libertar-militares-que-fuzilaram-carro-de-musico-no-rio.ghtml>>.

²² Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174.



30. E não se trata de questão meramente formal ou desimportante. Como militares em atividade, os juízes castrenses continuam adstritos ao respeito dos princípios da hierarquia e disciplina. E as Forças Armadas, como se sabe, estão hierarquicamente subordinadas à “*autoridade suprema do Presidente da República*” (art. 142, CRFB).

31. Não se pretende com este argumento sustentar a tese da inconstitucionalidade do preceito da própria Constituição – art. 123 – que gera esta situação absolutamente anômala dos juízes militares sob o ângulo do princípio da separação de poderes. O argumento é apenas no sentido de que exceção tão grave a um princípio constitucional fundamental, como o da separação de poderes, deve sujeitar-se a uma interpretação fortemente restritiva. Em outras palavras, a constatação de que a Justiça Militar, tal como desenhada pela própria Constituição, não se ajusta bem à lógica da separação de poderes, é razão adicional para que se adote uma interpretação minimalista das suas competências, de modo que o legislador não inclua na definição dos crimes militares aqueles praticados por civis.

VI. Violação à razoabilidade como congruência

32. O art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar também viola o princípio constitucional da razoabilidade como congruência.

33. Como se sabe, o postulado da razoabilidade – que tem fundamento nas cláusulas do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV, CF/88) – exige a presença de relação lógica e coerente entre a norma e suas condições externas de aplicação. Em outros termos, em sua atividade normativa, o legislador possui dever de vinculação à realidade atual das coisas, não podendo tomar por base situação fática inexistente ou incoerente, sob pena de a legislação por ele produzida ser tida como descabida ou arbitrária. Dessa maneira, ao exigir que qualquer medida estatal possua suporte empírico, o princípio da razoabilidade também possui a relevante função de combater anacronismos legislativos, isto é, “*casos em que a*



*norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto socioeconômico, não mais possui razão para ser aplicada”.*²³

34. Ora, a competência da Justiça Militar para o julgamento de civis constitui claro exemplo de anacronismo normativo, uma vez que foi concebida em um contexto político autoritário bastante determinado, que a CF/88 visa a superar. Trata-se, pois, de norma que não se coaduna com a atual realidade fática em que se insere, nem com a própria finalidade constitucional da justiça castrense, que é a de preservação da instituição e dos valores militares. Afinal, enquanto os militares ingressaram livremente nas Forças Armadas e mantêm com elas, desde então, regime especial que exige comportamento orientado pelos ditames da hierarquia e da disciplina, é absolutamente irrazoável que o civil, que não possui nenhuma relação especial de sujeição com o Estado, seja julgado por juízes familiarizados essencialmente com as praxes da caserna.

35. O referido anacronismo legislativo também se manifesta no fato de que o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, elaborados antes da CF/88, contêm dispositivos incompatíveis com os direitos e garantias consagrados na Carta Maior, além de normas muito mais severas em comparação às que são aplicadas pela Justiça Comum. Veja-se, *e.g.*, o art. 305 do CPPM, segundo o qual o silêncio do acusado em seu interrogatório poderá ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa, em evidente descompasso com o art. 5º, inciso LXIII, CF/88, bem como com o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, tem-se que a legislação penal militar revela insensibilidade a inovações legislativas importantes, como o sistema de processo e julgamento de delitos de menor potencial ofensivo introduzido pela Lei nº 9.099/1995, que, no entendimento do STM e na forma da Lei nº 9.829/1999, é inaplicável ao âmbito da Justiça Militar da União.

36. Por essas razões, ao ser confrontada com a atual realidade institucional brasileira, a norma que permite o julgamento de civis pela Justiça Militar viola o princípio da razoabilidade como congruência.

²³ Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 178.



VII. Interpretação sistemática e evolutiva da Constituição

37. A tese de que a competência da Justiça Militar para julgar civis, prevista no Código Penal Militar, afronta normas constitucionais também é reforçada pela interpretação sistemática e evolutiva da Constituição, como comprovam os aprimoramentos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio de reformas constitucionais.

38. Nesse sentido, destaca-se a aprovação da EC n° 24/1999, que, ao rejeitar a representação classista na Justiça do Trabalho, indicou forte descrença democrática em relação às representações corporativas no Poder Judiciário. Como restou consignado na própria proposta de emenda, *“atualmente, não concebemos um Judiciário moderno, onde a isenção e a imparcialidade dos juízes são fundamentais, cujos membros devem dividir suas responsabilidades e emitir juízos com a participação de representantes das partes envolvidas. No mínimo, trata-se de uma situação anacrônica e anômala”*.²⁴

39. Do mesmo modo, tem-se a EC n° 45/2004, que excluiu a competência das Justiças Militares estaduais para o julgamento de civis, demonstrando, de forma ainda mais cabal, a incongruência por trás do julgamento de civis pela Justiça Militar da União. Ademais, na própria Justiça Militar de âmbito estadual, o julgamento em segundo grau dos crimes militares é feito, em regra, pelos Tribunais de Justiça estaduais, que não contam, como é sabido, com juízes militares em sua composição, o que comprova, *de lege lata*, que a aplicação da legislação militar e o julgamento de crimes militares dispensam o conhecimento militar empírico.

40. Dessa maneira, a partir de uma interpretação evolutiva da Constituição e também sob a ótica da necessidade de preservação da coerência sistêmica do ordenamento jurídico, impõe-se o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. Com isso, garante-se a harmonia interna do ordenamento jurídico.

²⁴ Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n° 63, 1995, 21/10/1999).



VIII. Violação ao Pacto de San José da Costa Rica

41. Como se sabe, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro possuem *status* supralegal, conforme o entendimento da Corte Suprema.²⁵ Tal fato sujeita os atos normativos de hierarquia legal a um duplo exame de compatibilidade vertical, isto é, em face da Constituição e em face dos tratados dessa natureza. A aplicabilidade das disposições do Código Penal Militar que regulam o julgamento de civis e que são objeto desta ADPF depende, portanto, de sua compatibilidade não só com a Constituição de 88, como também com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil.

42. Acontece que o Pacto de San José da Costa Rica, prevê, em seu art. 8.1, o direito de toda pessoa a ser julgada por um órgão jurisdicional competente, independente e imparcial. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o julgamento de civis por tribunais militares vulnera tais princípios, positivados no tratado em questão, como decidido no caso *Castillo Petruzzi v. Peru*.²⁶ Naquela oportunidade, estabeleceu-se que são atributos da Justiça Militar incompatíveis com a convenção: (i) que seus integrantes sejam militares em serviço ativo; (ii) que estejam estes hierarquicamente sujeitos a superiores em uma cadeia de comando; (iii) que sua nomeação independa de formação jurídica para o exercício do cargo; e (iv) que não gozem da garantia de inamovibilidade.

43. Como se viu em itens anteriores, o sistema brasileiro de jurisdição militar contém todas as características enumeradas, ao admitir que oficiais da ativa sem formação jurídica assumam postos de juízes militares e de ministros do Supremo Tribunal Militar, de forma incompatível com tais princípios. Isso impõe que a mesma solução jurídica dada pela Corte Interamericana no caso acima seja conferida a esta ADPF, qual seja, a declaração de incompatibilidade entre o art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar e

²⁵ Cf. STF. RE nº 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 03/12/2008.

²⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 30 de maio de 1999.



o Pacto de San José, sob pena, inclusive, de se violar o compromisso internacional expressamente assumido pelo Estado brasileiro de se submeter à competência jurisdicional daquele tribunal.

44. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou sobre o tema objeto da ADPF n° 289 inclusive no âmbito brasileiro. Com efeito, no precedente *Gomes Lund e outros v. Brasil*,²⁷ restou decidido que a atribuição de competência militar para o julgamento de violações a direitos humanos afronta o direito à proteção judicial efetiva. Naquela ocasião, para impedir a impunidade de militares envolvidos nas violações de direitos no contexto da Guerrilha do Araguaia, a Corte determinou que as ações penais de responsabilização deveriam ser processadas e julgadas pela justiça comum.

45. A invocação de tratados internacionais de direitos humanos para o reconhecimento da invalidade da legislação infraconstitucional brasileira – o exercício do controle interno de convencionalidade – tampouco é novidade para o STF. A Corte, como se sabe, valeu-se do Pacto de San Jose da Costa Rica para afirmar a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, prevista na legislação infraconstitucional brasileira, e que não fora proibida pelo texto constitucional.²⁸ Portanto, não há qualquer heterodoxia no controle da validade de dispositivos do Código Penal Militar com base no Pacto de San José da Costa Rica.

IX. Código Penal Militar e “anos de chumbo”: a não recepção dos dispositivos impugnados

46. Como já dito, a competência da Justiça Militar para julgar civis constitui herança ingrata de período autoritário que a CF/88, com todo o seu conteúdo humanístico e democrático, visa a superar. Nesse sentido, é necessário que o Supremo Tribunal

²⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 24 de novembro de 2010.

²⁸ Cf. STF. HC n° 94.013, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 10/02/2009.



Federal, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, contribua para o avanço do processo de ruptura com tal período da nossa história recente, tendo em vista, sobretudo, que processos dessa natureza costumam ser lentos, incertos e repletos de percalços e, por isso, exigem delicados rearranjos institucionais, capazes de assegurar a submissão da autoridade militar ao comando civil e a garantia de direitos fundamentais em países com pouca tradição democrática.

47. Vale ressaltar que esta Corte, ao julgar inconstitucional a Lei de Imprensa – igualmente editada durante os anos de chumbo –,²⁹ já destacou a importância de se extirpar do ordenamento brasileiro resquícios autoritários completamente incompatíveis com as liberdades fundamentais típicas de um Estado democrático. Nessa mesma direção, a total ausência de credenciais democráticas do art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar também deve justificar intervenção mais energia deste eg. STF no exercício da jurisdição constitucional. Aliás, a atuação da Corte neste caso sequer envolveria a chamada “dificuldade contramajoritária”, já que as normas impugnadas não foram editadas por representantes do povo, mas outorgadas por uma Junta Militar em contexto ditatorial.

48. Sendo assim, torna-se fundamental levar em conta o caráter autoritário dos dispositivos em questão e reputá-los não recepcionados pela CF/88.

X. Pedido

49. Em face do exposto, espera o Grupo Tortura Nunca Mais que seja julgada procedente a ADPF n° 289, conferindo-se, assim, interpretação conforme à Constituição do art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis.

²⁹ Cf. STF. ADPF n° 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 05/11/2009.



P. deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, 30 de setembro de 2019.

DANIEL SARMENTO

OAB/RJ n° 73.032

JOÃO GABRIEL PONTES

OAB/RJ n° 211.354