



MEMORIAL DO *AMICUS CURIAE*

TORTURA NUNCA MAIS

ADI n° 5.032

I. Introdução

1. A presente ADI, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, visa à declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar n° 97/1999 – tanto na redação atual, conferida pela LC n° 136/2010, como na prevista na LC n° 117/2004. Tal preceito transferiu para a Justiça Militar da União a competência para o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de funções subsidiárias atribuídas às Forças Armadas, que envolvem a sua atuação na área de segurança pública (garantia da lei e da ordem).

2. A seguir, o Grupo Tortura Nunca Mais, *amicus curiae* devidamente admitido no processo, pretende sustentar a procedência da referida ADI. 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 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° 8.457/1992), não havendo nenhuma exigência adicional para o desempenho dessa função, sendo dispensada, inclusive, qualquer formação em Direito.

5. É certo que, nos Conselhos, o responsável por presidi-los, distribuir os processos, relatá-los e elaborar a sentença é o juiz federal da Justiça Militar, conhecido como Juiz Auditor antes da aprovação da Lei n° 13.774/2018. No entanto, **a maioria dos votos capazes de determinar o resultado da decisão sempre dependerá dos Juízes Militares**, de quem a formação jurídica – repise-se – é dispensada, e que são sujeitos, por força da Constituição, aos princípios da hierarquia e da disciplina que regem as Forças Armadas (art. 142, CF/88).

6. Além disso, conforme se depreende da leitura do art. 18 da Lei n° 8.457/1992, esses juízes **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. Desse modo, podem ser substituídos, a qualquer tempo, tanto nos casos de licenças, faltas e impedimentos, como “*nos afastamentos de sede por movimentação, que decorram de requisito de carreira*” ou “*por outro motivo justificado e reconhecido pelo juízo como de relevante interesse para a administração militar*” (art. 31).

7. Já na segunda instância da Justiça Militar da União tem-se o 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. 6° da Lei n° 8.457/1992.

8. 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 na primeira instância, **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.**

9. Tais características do desenho e do *ethos* institucional da Justiça Militar, muitas das quais definidas em períodos autoritários, conferem a essa Justiça um sentido inequivocamente corporativo, que não garante a imparcialidade e a independência dos magistrados no julgamento de ações contra seus pares, quando estes atuam no exercício de funções subsidiárias que se relacionam aos direitos fundamentais da população civil. Trata-se, portanto, de competência absolutamente incompatível com a Constituição de 1988, como se verá melhor nos próximos itens.

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

10. 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.

11. Nesse sentido, a atuação legislativa, ao definir os crimes que serão julgados pela Justiça Militar, deve considerar os limites impostos pelos direitos fundamentais e a necessidade de conferir-lhes grau máximo de eficácia.



12. 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.¹

13. Não à toa, o Min. Edson Fachin, ao proferir oralmente seu voto na ocasião da sessão de julgamento desta 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]*”.

14. 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.² Também quanto a esse ponto, o Min. Edson Fachin, em seu voto oral, reconheceu existirem relevantes precedentes e pronunciamentos internacionais “*cuja*

¹ Cf. José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588.

² 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 Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 451, ss.



interpretação”, a seu ver, “*abonam a tese suscitada pelo Requerente*” na petição inicial da ADI nº 5.032.

15. Ora, existe verdadeiro consenso no sistema internacional de proteção dos direitos humanos quanto à inadmissibilidade do julgamento, por cortes militares, de violações aos direitos humanos cometidos pelos próprios militares no exercício de funções subsidiárias.³

16. A propósito, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a partir de interpretação do Pacto de Direitos Civis e Políticos – de que o Brasil é signatário – desenvolveu, inclusive, categoria jurídica denominada *princípio da funcionalidade*, segundo a qual a jurisdição da Justiça Militar deve se limitar ao julgamento de crimes estritamente relacionados com o desempenho de deveres militares, ou seja, de crimes propriamente militares cometidos por membros das Forças Armadas.⁴ A Comissão ainda aduziu que essa modalidade de jurisdição deve se restringir a períodos de guerra e a delitos cometidos em campo de batalha. Trata-se, como se vê, de estrutura marcadamente excepcional.

17. Nessa linha, Amerigo Incalcaterra, representante para a América do Sul do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, afirmou que “[a] *justiça militar deve apenas julgar militares acusados de crimes de caráter exclusivamente militar ou infrações de disciplina militar*”. E complementou: “[a] *ampliação da jurisdição dos tribunais militares representa um grave obstáculo para um julgamento justo e imparcial, fere o princípio da igualdade perante a lei e relativiza as*

³ Cf. Juan Carlos Gutiérrez Contreras e Silvano Cantú Martínez. “The Restriction of Military Jurisdiction in International Human Rights Protection Systems”. *Sur International Journal on Human Rights*. Vol. 10, nº 18, Jun. 2013.

⁴ Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. E/CN.4/Sub.2/2005/9, Princípio nº 7: “*A jurisdição das cortes militares deve ser limitada aos crimes de natureza estritamente militar, cometidos por militares*” (tradução livre). Íntegra do referido documento disponível eletronicamente em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>>.



*garantias do devido processo legal e também as normas internacionais de direitos humanos”.*⁵

18. Tal orientação é também perfilhada pelas cortes internacionais de direitos humanos. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem afirmado repetidamente que *“a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar, processar e punir os autores de violações de direitos humanos, mas que, ao contrário, a competência para julgamento dos responsáveis deve ser atribuída à justiça comum”*. E que, *“quando a jurisdição militar assume competência sobre um assunto que deva ser processado pela jurisdição ordinária, está violando o direito a um tribunal competente e, a fortiori, a um devido processo legal”*.⁶ Não por outra razão, afirmou o referido tribunal no caso *Durand y Ugarte v. Peru*:

*“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 e somente deve julgar militares pela prática de crimes ou delitos que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar.”*⁷

19. Na mesma trilha, a Corte Europeia de Direitos Humanos também considera que relações hierárquicas entre envolvidos no delito e o órgão julgador podem violar o direito a um julgamento por órgão imparcial.⁸ Acrescente-se, ainda, que a Corte igualmente referenda a existência do já mencionado princípio da funcionalidade como

⁵ Cf. <<https://nacoesunidas.org/onu-critica-projeto-de-lei-que-amplia-jurisdicao-de-tribunais-militares-no-brasil/>>.

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Radilla-Pacheco v. Mexico*. Sentença de 23 de novembro de 2009 (tradução livre). Sobre a necessidade de restrição da competência dos tribunais militares, cf. ainda *Massacre de La Rochela v. Colômbia* (Sentença de 11 de maio de 2007), *Escué Zapata v. Colômbia* (Sentença de 04 de julho de 2007), *Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Peru* (Sentença de 01 de setembro de 2015) e *Quispialaya Vilcapoma v. Peru* (Sentença de 23 de novembro de 2015).

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Durand e Ugarte v. Peru*. Sentença de 16 de agosto de 2000 (grifos acrescentados).

⁸ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Al-Skeine e outros v. Reino Unido*, 2001.



norteador da competência jurisdicional militar,⁹ bem como reconhece a orientação do Direito Internacional no sentido de limitação do âmbito de atuação dos tribunais militares.¹⁰

20. Esse verdadeiro consenso presente na órbita internacional reforça o entendimento de que a previsão do julgamento de militares que atuam em funções atípicas por cortes castrenses está fora da moldura delineada pela Constituição de 1988, especialmente em casos que envolvam a violação a direitos fundamentais da população civil.

IV. Violação ao princípio constitucional da imparcialidade judicial

21. 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.¹¹ 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,¹² o que, por uma série de motivos, não se verifica no caso do julgamento, pela Justiça Militar, de membros das Forças Armadas em razão de crimes cometidos no exercício de funções atípicas.

22. Primeiramente, **verifica-se que os juízes militares que atuam na primeira instância não gozam da garantia constitucional da inamovibilidade.** Desse

⁹ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Ergin v. Turquia*, 2006.

¹⁰ Cf. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Mikhno v. Ucrânia*, 2016.

¹¹ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

¹² Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Daktaras v. Lithuania*, n° 42095/98 (Sect. 3) (bil.), § 30.



modo, como tal prerrogativa é uma das garantias básicas da imparcialidade,¹³ compromete-se o princípio constitucional em questão. Esse entendimento, inclusive, já foi expressamente adotado no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista proferido no julgamento do HC nº 112.848.¹⁴

23. Ademais, cabe repisar que os Conselhos de Justiça e o Superior Tribunal Militar **são órgãos compostos por militares da ativa**, que, apesar de desempenharem a função de juízes, **continuam vinculados à hierarquia e disciplina castrenses e subordinados, dessa forma, ao Poder Executivo.**

24. 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. A já mencionada Lei nº 8.457/1992 fornece um claro exemplo dessa vinculação: se um juiz militar faltar às sessões de julgamento dos Conselhos de Justiça, sem motivo justificado, seu superior hierárquico deve ser comunicado, para as providências cabíveis (art. 26, § 1º).

25. Sob tal perspectiva, o fato de os juízes militares permanecerem integrados em uma cadeia de comando nas Forças Armadas, devendo reportar-se aos seus superiores, que integram outro Poder, é prova cabal de que tais tribunais não ostentam a imparcialidade e a independência necessárias para o julgamento dos seus próprios pares quando atuam em funções atípicas. Ainda, tem-se violação clara ao princípio da separação dos poderes, ao permitir interferências do Poder Executivo no Judiciário Militar.

26. E, por fim, também é importante frisar que, além dos aspectos diretamente vinculados ao desenho institucional da Justiça Militar, existe um forte componente sociocultural que influencia a forma de decisão da Justiça Militar. **O**

¹³ Cf. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202; e J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 665.

¹⁴ “[O] militar-juiz, integrante do Conselho Permanente de Justiça, não é protegido pela inamovibilidade e permanece sujeito ao comando constante de seus superiores hierárquicos. A jurisdição independente e imparcial resta comprometida (art. 95, incisos I a III, da CF).”



convívio e a socialização no meio militar moldam uma certa percepção de mundo que tende a favorecer os valores da instituição, provocando o seu entranhamento de maneira profunda. Desse modo, torna-se muito difícil que os princípios da caserna sejam deixados de lado no exercício da função jurisdicional pelo militar. Afinal, como já asseverou o Min. Luís Roberto Barroso em trabalho acadêmico, “*a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos*”.¹⁵

27. Disso decorre que os juízes-militares atuam, em regra, pautados por uma cosmovisão que confere maior importância à preservação do Estado e da imagem das próprias Forças Armadas. Não se questiona a legitimidade dessa visão, no campo próprio, da vida castrense. Porém, trata-se de *ethos* profissional muito diferente daquele que deve orientar a atuação jurisdicional.

28. 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 Militar, as Forças Armadas e os militares sob sua jurisdição. Veja-se, a propósito, a seguinte passagem do referido julgado:

¹⁵ 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.



“[...] 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 pertencem o possível acusado ou acusados.”¹⁶

29. **O comprometimento da imparcialidade, no caso em análise nesta ação, também se traduz em números. 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.¹⁷ Apenas para fins comparativos, ressalte-se que, segundo 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.¹⁸**

30. Como afirmou a Agência Pública ao se debruçar sobre os dados referentes a julgamentos de militares pela justiça castrense, **“[e]mbora as operações de GLO sejam cada vez mais comuns, são poucos os militares processados criminalmente por atos contra civis nessas operações, ainda que pesem sobre as Forças Armadas**

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

¹⁷ Cf. <<https://apublica.org/2019/06/justica-militar-investiga-civis-por-desacato-mas-poupa-soldados-que-matam/#Link2>>.

¹⁸ Cf. <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/justica-militar-acumula-processos-de-civis-condenados-por-desacato>>.



acusações de invasões de casas, ameaças, uma chacina e até tortura praticada dentro de um quartel, como choques elétricos, prática que remonta à época da ditadura.¹⁹

31. Recentemente, a mídia noticiou episódio que, dentre tantos outros, exemplifica o comprometimento da imparcialidade judicial no âmbito da Justiça Militar. 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.²⁰ Também faleceu, em decorrência do mesmo ataque, o catador de material reciclável Luciano Macedo, que tentou socorrer os demais ocupantes do veículo.²¹ 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**.²²

32. Diante do exposto, nota-se que a Justiça Militar não seria estruturalmente capaz de conferir um julgamento imparcial a um réu militar acusado de cometer crimes contra direitos humanos de civis.

V. Violação ao princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente

33. O art. 15, § 7º, da LC nº 97/1999 também viola o princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da vedação à proteção deficiente de direitos.

34. Como se sabe, o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo que se volta à contenção de excessos por parte do Poder Público, obriga o Estado a proteger de

¹⁹ Cf. <<https://apublica.org/2019/06/justica-militar-investiga-civis-por-desacato-mas-poupa-soldados-que-matam/#Link2>>.

²⁰ Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/24/politica/1558649132_143547.html>.

²¹ Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/18/politica/1555596890_834845.html>.

²² 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>>.



modo suficiente bens jurídicos constitucionalmente importantes.²³ Essa vertente do princípio da proporcionalidade vem sendo aplicada sistematicamente pelo Supremo Tribunal Federal para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela insatisfatória de direitos fundamentais.²⁴ E é precisamente isso que ocorre na atribuição de competência da Justiça Militar para o julgamento de militares no exercício de funções atípicas, que envolvam violação a direitos fundamentais da população civil.

35. Isso porque, nas ocasiões em que militares federais, treinados para defender a pátria em conflitos bélicos, são deslocados para atuar em funções de segurança pública interna, é natural que os direitos fundamentais da população civil, notadamente daquela que reside nas localidades em que essas atividades são exercidas – geralmente favelas e comunidades carentes –, se tornem especialmente expostos à violação.

36. Por essa razão, ao estabelecer, na Lei Complementar 136/10, as bases normativas que conferem respaldo jurídico para essa forma atípica de emprego dos efetivos militares, o legislador deveria também, concomitantemente, ter assegurado garantias que resguardassem os direitos da população civil, diminuindo a sua vulnerabilidade. Nesse sentido, os dispositivos impugnados pela ADI 5.032 violam o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente justamente porque deixaram de assegurar essas garantias.

37. Com efeito, a Justiça Militar não é apta para assegurar um julgamento imparcial nessas hipóteses, tendendo a se inclinar em favor da proteção corporativa dos réus militares, e em desfavor da tutela adequada dos direitos fundamentais das vítimas dos delitos.

²³ Cf. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 480-481.

²⁴ A título exemplificativo, cf. STF, RE n° 418.376, Tribunal Pleno, Rel. p/ ac. Min. Joaquim Barbosa, julg. em 09/02/2007; ADI n° 3.112, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 02/05/2007; e ADI n° 3.510, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 29/05/2008.



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

38. 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*”.²⁵

39. Ora, 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.

40. 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).

41. 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, na definição dos crimes militares, não

²⁵ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174.



possa considerar como tais aqueles que não atinjam os bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas.

VII. Violação ao Pacto de San José da Costa Rica

42. Como se sabe, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro possuem *status* supralegal, conforme o entendimento da Corte Suprema.²⁶ 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 dos dispositivos impugnados pela ADI n° 5.032, que determinam a transferência para a Justiça Militar da União da competência para o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de funções subsidiárias acometidas às Forças Armadas, depende, portanto, de sua compatibilidade não só com a Constituição de 88, como também com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil.

43. 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 alargamento das competências da Justiça Militar para abarcar crimes que não estão relacionados com a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados a funções próprias das Forças Armadas, é incompatível com esse dispositivo normativo. Tal entendimento já foi perfilhado em uma série de importantes julgamentos, como, por exemplo, *Cantoral Benavides v. Peru*,²⁷ *Palamara Iribarne v. Chile*²⁸ e *Rosendo Radilla v. México*.²⁹

²⁶ Cf. STF. RE n° 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 03/12/2008.

²⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 18 de agosto de 2000.

²⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 22 de novembro de 2005.

²⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 23 de novembro de 2009.



44. Nesse sentido, conforme estabelecido pela Corte Interamericana no caso *Castillo Petruzzi v. Peru*,³⁰ são atributos da Justiça Militar incompatíveis com os mencionados princípios, (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.

45. 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. Dessa maneira, o julgamento de militares no exercício de funções atípicas, sobretudo em hipóteses de violações a direitos humanos, afronta tais princípios convencionais de natureza processual, o que impõe a vedação do exercício de jurisdição militar nessas hipóteses, sob pena, inclusive, de se violar o compromisso internacional expressamente assumido pelo Estado brasileiro de se submeter à competência jurisdicional daquela Corte.

46. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou sobre o tema objeto da ADI n° 5.032 inclusive no âmbito brasileiro. Com efeito, no precedente *Gomes Lund e outros v. Brasil*,³¹ restou decidido que a atribuição de competência militar para o julgamento de violações a direitos humanos viola 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.

47. 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

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

³¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 24 de novembro de 2010.



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.³² Portanto, não há qualquer heterodoxia no controle da validade do § 7º do art. 15 da LC nº 97/1999 com base no Pacto de San José da Costa Rica.

VIII. Pedido

48. Em face do exposto, espera o Grupo Tortura Nunca Mais que seja julgada procedente a ADI nº 5.032, reconhecendo-se, assim, a inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da LC nº 97/1999, tanto na redação atual, definida pela LC nº 136/2010, como na anterior, prevista na Lei Complementar nº 136/2010. , que atribui à Justiça Militar a competência para o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de funções subsidiárias acometidas às Forças Armadas.

P. deferimento.

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

DANIEL SARMENTO

OAB/RJ nº 73.032

JOÃO GABRIEL PONTES

OAB/RJ nº 211.354

³² Cf. STF. HC nº 94.013, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 10/02/2009.