

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL MARCO AURÉLIO MELLO, RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.032/13

TORTURA NUNCA MAIS, pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos, com sede na Rua General Polidoro, nº 238, sobreloja, Botafogo, CEP 22.280-004, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 29.249.950/0001-36, vem, por seus representantes abaixo assinados, com fundamento no art. 7º, §2º, da Lei Federal nº 9.868/1999, (i) requerer a juntada da procuração anexa e a retificação de seus representantes legais; e (ii) requerer a juntada da inclusa manifestação nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.032, proposta pelo **PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA – PGR**, pelas razões e para os fins adiante expostos.

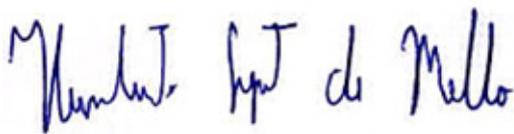
Rio de Janeiro, 5 de maio de 2015



DANIEL SARMENTO
OAB/RJ nº 73.032



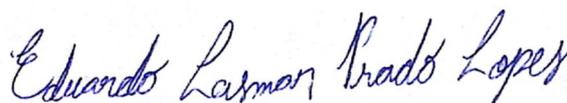
JULIANA CESARIO ALVIM GOMES
OAB/RJ nº 173.555



HUMBERTO LAPORT DE MELLO
OAB/RJ nº 160.391



GABRIEL ACCIOLY GONÇALVES
OAB/RJ nº 180.914



EDUARDO LASMAR PRADO LOPES
OAB/RJ nº 189.700

OBJETO DA AÇÃO E OBJETIVOS DO REQUERENTE

1. A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República, tem como objetivo a invalidação, por incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, do § 7º do art. 15 da Lei Complementar (“LC”) nº 97, de 9 de junho de 1999, tanto na redação que lhe foi conferida pela LC nº117/2004, quanto na redação atual inserida pela LC nº136/2010, que transfere para a Justiça Militar da União a competência para o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de funções subsidiárias conferidas às Forças Armadas.

2. A LC nº97/1999 dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. A LC nº117/2004 introduziu, naquele diploma normativo, alterações detalhando a atuação subsidiária das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, com a finalidade de especificar as hipóteses e condições nas quais as três Forças podem cooperar com os órgãos federais de segurança pública na repressão de delitos com repercussão nacional e internacional. Ela também adicionou o § 7º ao art. 15 da LC nº97/99, com a seguinte redação:

Art. 15. § 7º O emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9º, inciso II, alínea c, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

3. Posteriormente, com o escopo de aprofundar a unificação da operação das três Forças no sentido do disposto na atual *Estratégia Nacional de Defesa*, aprovada pelo Decreto n.º 6.713, de 18 de dezembro de 2008, a LC nº 136/2010 promoveu outras alterações na LC nº 97/99, inclusive no que tange ao § 7º do art. 15, atribuindo-lhe a seguinte redação:

Art. 15. § 7º. A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal.



4. Em sua atual redação, tal dispositivo atribui caráter de “atividade militar” ao emprego das Forças Armadas em “atividades subsidiárias” que abrangem a atuação “contra delitos transfronteiriços e ambientais” (Art. 16-A) e a “repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional” (Arts. 17, inciso V; 17-A, III; 18, inciso VI).

5. O argumento central desta Ação Direta de Inconstitucionalidade é que a sujeição de militares federais à Justiça Militar pela prática de crimes cometidos no exercício de funções subsidiárias, típicas da atividade de órgãos policiais de segurança pública, contraria diversos dispositivos da Constituição de 1988.

6. O cerne da questão é que essa determinação legal permite que o julgamento de tais práticas se dê por uma Justiça especialíssima, composta majoritariamente por membros da mesma corporação de que os acusados fazem parte e cuja estrutura peculiar é incapaz de assegurar, objetivamente, julgamentos independentes e imparciais em hipóteses como essa, abrindo margem para impunidade, insegurança e novas violações de direitos.

7. O tema torna-se ainda mais candente no atual cenário sócio-político brasileiro, em que as Forças Armadas vêm sendo cada vez mais utilizadas no patrulhamento urbano em tempos de paz. Isso se verifica, por exemplo, no Rio de Janeiro, em que há o emprego ostensivo de militares federais em ocupações de favelas, nas missões de “pacificação social”. Nesses locais, têm sido frequentes os relatos de truculência, desrespeito e violência. As revistas frequentes e a imposição de toques de recolher aumentam o atrito entre moradores e militares elevando a tensão social¹.

8. Isso se verifica, por exemplo, no Rio de Janeiro, em que há o emprego ostensivo de militares federais em ocupações de favelas, nas missões de “pacificação

¹ Tatiana Merlino. “Fantasma do inimigo interno assombra a Maré”. *Viomundo*. Disponível em <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/tatiana-merlino-fantasma-do-inimigo-interno-assombra-a-ocupacao-da-mare-a-terra-de-marlboro.html>>. Acesso em: 25 ago. 2014.



social”. Nesses locais, têm sido frequentes os relatos de violação de direitos da população civil².

9. Em 2008, por exemplo, durante ocupação do Exército no Morro da Providência, onze militares participaram da morte de três jovens que foram entregues a traficantes do Morro da Mineira, controlado por criminosos de uma facção rival à existente no morro da Providência, para serem torturados e assassinados³. Em 2010, o Complexo do Alemão foi ocupado por cerca de 1,6 mil homens, tendo havido denúncias de torturas e saques a casas e estabelecimentos comerciais de moradores⁴. Somente no mês de abril de 2014, 2,7 mil homens pertencentes a tropas do Exército e da Marinha substituíram parte do efetivo da polícia militar no conjunto de favelas da Maré, na Zona Norte do Rio de Janeiro, onde moram mais de 130 mil cidadãos⁵, tendo sido registrada uma morte⁶.

10. Ademais, a reavaliação da competência da Justiça Militar à luz da nova ordem constitucional corresponde a um esforço de justiça de transição, a qual não se resume a mecanismos voltados à punição, reparação e busca pela verdade, abrangendo também as reformas institucionais necessárias para enfrentar e superar legados autoritários remanescentes do passado.

² Ibidem.

³ Folha de São Paulo. “Exército nega acusação de violência em favela e diz que vai continuar ocupação. 16.06.08. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u413007.shtml>>.

⁴ A Nova Democracia. “Um ano de ocupação militar no Complexo do Alemão: Miséria e opressão sob um novo comando”. Novembro 2011. <Disponível em <http://www.anovademocracia.com.br/no-83/3717-um-ano-de-ocupacao-militar-no-complexo-do-alemao-miseria-e-opressao-sob-um-novo-comando>>.

⁵ G1. “Forças Armadas assumem ocupação de 15 comunidades da Maré, Rio”. 05.04.2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/04/forcas-armadas-assumem-ocupacao-de-15-comunidades-da-mare-rio.html>>.

⁶ R7. Moradores protestam após Exército matar homem em favela da Maré, no Rio. 12.04.2012. Disponível em <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/moradores-protestam-apos-exercito-matar-homem-em-favela-da-mare-no-rio-12042014>>



11. O TORTURA NUNCA MAIS (“TNM”), associação fundada em 1985 por iniciativa de ex-presos políticos e por familiares de mortos e desaparecidos durante o regime militar, tem a sua atuação pautada pela ideia de que a luta pela proteção dos direitos humanos é indissociável da reforma democrática do Estado e das suas instituições, de modo que rotinas, práticas e condutas que caracterizaram a ação do poder público no período autoritário sejam abolidas e não mais se repitam.

12. Dessa maneira, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, é verdadeiramente imprescindível, para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, a invalidação de leis e atos normativos infraconstitucionais que confirmam foros especiais e privilegiados para membros das Forças Armadas atuando em funções subsidiárias típicas dos órgãos policiais de segurança pública.

– II –

A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

13. Antes de adentrar a análise dos dispositivos constitucionais violados pela sujeição à jurisdição militar de membros das Forças Armadas que cometam crimes no exercício de funções atípicas, cabe apresentar, brevemente, a organização da Justiça Militar da União.

14. A Constituição Federal de 1988 manteve praticamente inalterado o arranjo institucional estabelecido para a Justiça Militar da União durante o regime autoritário instaurado em 1964. Nos termos do art. 122, 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.

II.1. A Primeira Instância da Justiça Militar

15. A Lei nº 8.457/1992 – Lei de Organização da Justiça Militar – instituiu, na primeira instância, três órgãos, a Auditoria de Correição, os Conselhos de Justiça e os Juízes-Auditores (*i.e.*, juízes togados).

16. Os processos são julgados, no primeiro grau de jurisdição, pelos Conselhos de Justiça (art. 16), os quais se subdividem em duas espécies: *(i)* os Conselhos Especiais de Justiça, constituídos por um Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, responsáveis por processar e julgar oficiais (art. 27, I); e *(ii)* os Conselhos Permanentes de Justiça, responsáveis por processar e julgar não oficiais (Art. 27, II), constituídos por um Juiz-Auditor, um oficial superior e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

17. A competência para o julgamento de militares cabe, assim, ao Conselho Especial de Justiça, que, como visto, é composto de 5 membros. Apenas um deles, o Juiz-Auditor, deve ter formação jurídica e ingressar na carreira por concurso público. Os demais membros do Conselho são todos militares da ativa “*sorteados dentre oficiais de carreira*” (art. 18), não havendo nenhuma exigência adicional para o desempenho dessa função, sendo dispensada, inclusive, qualquer formação em Direito.

18. Nos Conselhos, o Juiz-Auditor é responsável por distribuir os processos, relatá-los e elaborar a sentença. No entanto, **a maioria dos votos capazes de determinar o mérito da decisão sempre dependerá dos juízes-militares**, de quem a formação jurídica é dispensada e que são sujeitos, por força da Constituição, aos princípios da hierarquia e da disciplina que regem as Forças Armadas (art. 142, CRFB).

19. Ademais, **os Conselhos Especiais, uma vez constituídos, funcionam apenas “para cada processo [sendo] dissolvido[s] após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior”** (art. 23º §1º). Durante esse período, o oficial militar que integre tais órgãos julgadores permanece na ativa, sujeito ao comando



de seus superiores e a todos os regamentos militares. Findo o processo, o militar retorna à caserna.

20. Trata-se, portanto, de um tribunal instituído exclusivamente para o julgamento de determinado feito e composto em função do posto do acusado, que deverá ser inferior ao de seus julgadores (art. 23, *caput*⁷) – o que é absolutamente inadmissível no Estado Democrático de Direito. Na medida em que exercem a função de juízes apenas durante o processo, é impossível que os juízes-militares de primeira instância desenvolvam qualquer familiaridade com o Direito ou com a cultura de proteção de direitos fundamentais.

21. A subordinação à lógica hierárquica – e não à jurídica – fica ainda mais patente ao observar-se a previsão segundo a qual “*no caso de pluralidade de agentes, servirá de base à constituição do Conselho Especial a patente do acusado de maior posto*” (art. 23, §2º).

22. Além disso, tais julgadores não desfrutam da **garantia de inamovibilidade**. Como já reconhecido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, o fato de tais oficiais não serem protegidos pela inamovibilidade e permanecerem subordinados aos seus superiores hierárquicos **compromete a independência e a imparcialidade da jurisdição**, asseguradas pelo art. 95, I a II, da Constituição⁸.

II.2. A Segunda Instância da Justiça Militar

23. O órgão de segunda instância da Justiça Militar da União é o **Superior Tribunal Militar**, que exerce funções de tribunal de apelação e de tribunal superior. É o

⁷ No caso de mesmo posto, o julgador deverá ter maior antiguidade: Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade.

⁸ HC 112848 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto-vista do Min. Gilmar Mendes, julg. 18.02.2014.



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*⁹.

24. No que tange à sua composição, o art. 123 da Constituição prevê que Superior Tribunal Militar compor-se-á de **quinze Ministros vitalícios**, nomeados pelo Presidente da República, sendo (i) três dentre oficiais-generais da Marinha, (ii) quatro dentre oficiais-generais do Exército, (iii) três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e (iv) cinco dentre civis, dos quais três são escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, e dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

25. Alguns elementos destacam-se nesse dispositivo, de redação quase idêntica àquela estabelecida no artigo 7º do Ato Institucional nº 2, de 1965¹⁰. O primeiro deles é a **desproporção entre o número de juízes militares em relação ao de civis**: são 10 militares e apenas 5 civis, garantindo-se aos militares a possibilidade de determinar o resultado dos julgamentos.

26. Outro fator que chama atenção relaciona-se à **formação dos ministros**. À semelhança do que ocorre na primeira instância, apenas os ministros civis devem ter formação jurídica, inexistindo tal exigência para os militares. Saliente-se que, atualmente,

⁹ Sua competência encontra-se definida no art. 6º da Lei de Organização.

¹⁰ Por meio do Ato Institucional nº 2, de 1965, o número de ministros do STM foi elevado de onze a quinze, sendo dez ministros militares e cinco ministros civis. É verdade que tal desproporção não foi estabelecida durante a ditadura militar. Desde a origem da Justiça Militar, que remonta ao Conselho Supremo Militar e de Justiça, criado em 1808 por alvará do Príncipe Regente Dom João, tais órgãos eram compostos, em sua maioria, por militares. Ocorre que no período imperial, o Conselho Supremo Militar e de Justiça estava inserido na estrutura do Poder Executivo, desempenhando funções preponderantemente administrativas. Com o crescimento de suas atividades jurisdicionais, observou-se uma tendência à redução do número de ministros militares e sua progressiva equiparação com o número de ministros civis, o que finalmente alcançado com a reforma constitucional de 1926. Entretanto, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, operou-se uma virada autoritária que não foi revertida nos períodos de democratização ulteriores, tendo se enrijecido durante a ditadura militar, por meio do Ato Institucional nº 2, de 1965.



segundo as biografias disponíveis no site oficial da instituição, **nenhum dos dez ministros militares do STM possui formação jurídica**¹¹.

27. Além disso, a Constituição de 1988 exige **que todos os militares que integrem o STM estejam na ativa**, o que significa que eles se mantêm sujeitos ao Estatuto Militar, inclusive à observância da hierarquia e disciplina castrenses. Tal configuração compromete gravemente a independência e imparcialidade da jurisdição.

28. Como se verá nos próximos itens, 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, sobretudo quando estes atuam no exercício de funções subsidiárias que se relacionam aos direitos da população civil. Trata-se, portanto, de competência completamente incompatível com o sistema de valores normatizado pela Constituição Federal de 1988.

– III –

PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS HUMANOS

29. A Constituição de 88, no seu artigo 124, não determinou a competência da Justiça Militar, delegando ao legislador ordinário a tarefa de definir os crimes militares¹². Isso não significa, porém, que tenha passado um cheque em branco ao legislador. Muito pelo contrário.

30. 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, LIV, CRFB), da imparcialidade

¹¹ Disponível em <<http://www.stm.jus.br/institucional/biografia-ministros>>.

¹² CRFB: Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.



jurisdicional (art. 5º, XXXVII e LIII, e § 2º, CRFB), da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB), e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB), atuam como balizas, restringindo a liberdade de conformação do legislador na definição da competência dessa justiça especializada.

31. Nessa esteira, a atuação legislativa, ao conformar os crimes que serão julgados pela Justiça Militar, deve considerar o balizamento dos direitos fundamentais e a necessidade de conferir-lhes grau máximo de eficácia. Tal empreitada se faz, inclusive, por meio de um processo penal imparcial e independente que garanta a efetiva apuração de violações de direitos humanos e a punição de seus perpetradores.

32. 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.

33. 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 militar, sob pena de desbordamento de balizas constitucionais¹³.

34. Mas não é só. As normas constitucionais sobre direitos humanos devem ser objeto de uma **interpretação “cosmopolita”**, apta a dialogar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com o Direito Comparado.

35. 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

¹³ Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, Malheiros. 2º Ed., 2006, p. 588



partir da perspectiva do outro¹⁴. 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 nacional¹⁵.

36. A perspectiva cosmopolita fornece importantes subsídios para a interpretação da Constituição no presente caso, na medida em que se formou **um verdadeiro consenso em todos os sistemas internacionais 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.**

37. Neste sentido, vale lembrar que nos organismos internacionais de proteção de direitos humanos, como a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), é crescente a compreensão de que a possibilidade de julgamento pela Justiça Militar de crimes que não são afeitos aos bens tipicamente tutelados pelas Forças Armadas viola direitos fundamentais consagrados em constituições nacionais e em instrumentos internacionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶.

38. No âmbito da mencionada Comissão da ONU, desenvolveu-se uma categoria jurídica denominada *princípio da funcionalidade*, segundo a qual a jurisdição da Justiça Militar deve se limitar ao julgamento de crimes estritamente relacionados com

¹⁴ Gustavo Zagrebelski. *El Juez Constitucional en el siglo XXI*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 20-21.

¹⁵ Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2013. pp. 451.

¹⁶ Ver 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*. v. 10, n. 18, Jun. 2013. Concluding Observations of the Human Rights Committee, Brazil, U.N. Doc. A/51/40, paras. 306-338 (1996). “(...) 315. The Committee is concerned over the practice of trying military police accused of human rights violations before military courts and regrets that jurisdiction to deal with these cases has not yet been transferred to the civilian courts”. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/brazil1996.html>>.



o desempenho de deveres militares, ou seja, de crimes propriamente militares cometidos por membros das Forças Armadas¹⁷. A Comissão, no mesmo documento, aduz 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.

39. Também as Cortes Internacionais de proteção aos Direitos Humanos compõem o rol de órgãos internacionais que rechaçam a possibilidade de militares que cometam delito em funções atípicas, inclusive em hipóteses de violações a direitos humanos, sejam julgados pela justiça castrense. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em importantes precedentes como *Radilla-Pacheco v. México*, *Massacre of La Rochela v. Colombia* e *Escué Zapata v. Colombia*¹⁸, 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*”.¹⁹

40. O mesmo entendimento é adotado pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que, no uso de seu poder de formular princípios destinados à proteção dos direitos humanos, previsto no art. 45(c) da Convenção Africana de Direitos Humanos, reconheceu que “[a] *única finalidade das Cortes Militares será a de julgar ilícitos de natureza puramente militar cometidos por militares*”²⁰.

¹⁷ Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, E/CN.4/Sub.2/2005/9, Princípio n. 7: “The jurisdiction of military courts should be limited to offences of a strictly military nature committed by military personnel. Military courts may try persons treated as military personnel for infractions strictly related to their military status” (tradução livre). Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>>.

¹⁸ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Radilla-Pacheco v. México*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Massacre of La Rochela v. Colombia* e Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Escué Zapata v. Colombia*.

¹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Radilla-Pacheco v. México*, 2009. p. 78-79.

²⁰ Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Princípios e Directrizes sobre o Direito a um Julgamento Justo e a Assistência Legal em África, 2003, item G, alínea a: “a) The



41. Por fim, 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 imparcial²¹. Acrescente-se, ainda, que a Corte igualmente referenda a existência do já mencionado princípio da funcionalidade como norteador da competência jurisdicional militar: *“Military courts should, in principle, have no jurisdiction to try civilians. In all circumstances, the States shall ensure that civilians accused of a criminal offence of any nature are tried by civilian courts.”*²².

42. Espelhando o entendimento unânime das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, diversos países latino-americanos trilharam o caminho de restrição das hipóteses de competência jurisdicional da Justiça Militar, vedando o julgamento de casos de delitos que não sejam estritamente conectados ao exercício da função militar e/ou que envolvam violações a direitos humanos.

43. No âmbito dos Estados nacionais, o Tribunal Constitucional peruano, em hipótese envolvendo a aplicação de dispositivo constitucional de redação equivalente à do art. 124 da Constituição Federal brasileira, que restringiu a jurisdição castrense à hipótese de crimes militares, interpretou-o no sentido de que a noção de delito de função é incompatível com o julgamento de militares no exercício de atividades atípicas²³. Afinal, isso equivaleria a uma regra de competência jurisdicional de natureza pessoal, em que qualquer delito cometido por membro das forças armadas submeter-se-ia à jurisdição castrense, subvertendo o critério de competência material decorrente da atribuição de competência ao julgamento de crimes militares. Após a referida decisão, o legislador federal incorporou tal entendimento ao direito infraconstitucional local por meio da

onlypurposeofMilitaryCourtsshallbetodetermineoffencesofapurelymilitarynaturecommittedbymilitarypersonnel” (tradução livre). Disponível em: [“http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/”](http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/).

²¹ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Al-Skeine e outros v. Reino Unido*, (Application n. 55721/07, 2001).

²² Corte Europeia de Direitos Humanos, *Ergin v. Turquia* (Application n. 47533/99), 2006.

²³ Corte Constitucional do Peru, EXP. n. 0017-2003-AI/TC, 2004.

promulgação da Lei 29.182/08, a qual dispõe que a competência jurisdicional castrense é restrita às hipóteses de crime de natureza estritamente militar.

44. Ainda na América Latina, a Corte Constitucional colombiana desenvolveu, em julgado de 1997, um teste trifásico atinente à verificação da competência jurisdicional militar, definindo que esta só se caracteriza se: (i) houver uma evidente conexão entre o ilícito perpetrado e a função militar; (ii) não se tratar de ilícitos especialmente graves; e (iii) não pairar qualquer dúvida a respeito de qual o órgão jurisdicional competente (se houver, a competência recairá sobre a justiça comum como mecanismo de assegurar o respeito às garantias de devido processo legal em matéria penal)²⁴.

45. Como é evidente, delitos perpetrados no desempenho de funções subsidiárias recaem invariavelmente no item “i”, isto é, por não estarem intimamente conectados com a função militar, devem ser submetidos à jurisdição comum. Podem, ainda, incidir na hipótese “ii”, quando cuidarem de violações de direitos fundamentais. Tal exegese é referendada por precedente posterior da Corte Colombiana, no qual foi definido que casos envolvendo violações a direitos humanos nunca podem ser compreendidos como de natureza militar, sendo imperioso que o seu julgamento sempre seja realizado por Cortes Civis²⁵.

46. Em linha similar, na Europa, a Corte Constitucional da Espanha manifestou o entendimento de que o art. 117, item 5 da Constituição desse país²⁶ (“*La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”) deve ser interpretado restritivamente, de modo a limitar a jurisdição castrense ao julgamento

²⁴ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-358, 1997.

²⁵ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-580/02, 2002.

²⁶ “*La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución*”



de causas atinentes a delitos de natureza estritamente militar, compreendidos como os que guardem conexão direta com os fins, objetivos e tarefas próprias das Forças Armadas²⁷.

47. Outros países europeus possuem regramentos jurídicos similares quanto ao escopo reduzido da jurisdição castrense. Em Portugal, a Constituição Federal impõe que os tribunais militares somente serão constituídos na vigência de estado de guerra, sendo sua competência limitada ao julgamento de delitos de natureza estritamente militar (art. 213).

48. Na França, os delitos cometidos por militares em território francês são julgados pela justiça comum desde 1982, conforme preceitua o artigo 697-1 do Código de Processo Penal Francês. Isso inclui os agentes públicos responsáveis pela segurança pública (*Gendarmerie Nationale*), já que estes mantiveram o *status* de militares, de acordo com o artigo 3211-3 da lei 2009-71. Por fim, na Grécia, a Lei 3948/2011 transferiu o julgamento de graves violações a direitos humanos ao âmbito de competência da jurisdição ordinária.

49. Esse verdadeiro consenso atingido 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. Como se verá a seguir, a competência prevista no § 7º do art. 15 da LC nº 97, de 9 de junho de 1999, tanto na redação que lhe foi conferida pela LC nº 117/2004, quanto na redação atual inserida pela LC nº 136/2010, encontra-se em franca contrariedade com diversos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição, os quais também devem ser interpretados em harmonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

²⁷ Suprema Corte da Espanha, Sentencia 60/1991.



– IV –

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL
E A AMEAÇA DA IMPUNIDADE****IV.1. A exigência constitucional de imparcialidade do Judiciário**

50. O princípio da imparcialidade possui inequívoca estatura constitucional. Ainda que não tenha previsão expressa na Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência reconhecem-no ora como um princípio constitucional implícito, ora como um princípio cuja sede material é extraída de outros princípios, como o devido processo legal (art. 5º, LIV), o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), a impessoalidade (art. 37, *caput*), a igualdade (art. 5, *caput*), ou, ainda, o Estado de Direito (art. 1º, *caput*)²⁸. A imparcialidade encontra raiz também no art. 5º, §2º, da Constituição, já que prevista expressamente no art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica)²⁹, de que o Brasil é parte.

51. A imparcialidade, que repousa na ideia de que o magistrado é um terceiro neutro, consiste na “*na isenção, ou desinteresse ou equidistância que o juiz deve manter em relação às partes e aos interesses em conflito. É um atributo da pessoa física do juiz*”³⁰. De acordo com esse princípio, ao atuar no processo, o juiz não deve possuir, do ponto de vista subjetivo, qualquer predisposição no sentido de inocentar ou condenar o réu. Além disso, em uma perspectiva objetiva, a imparcialidade exige que os órgãos

²⁸ De acordo com Cássio Scarpinella Bueno, “o ‘princípio da imparcialidade’ não tem previsão expressa na Constituição Federal. A doutrina, contudo, não hesita em entendê-lo como decorrência do ‘princípio do juiz natural’ ou, mais corretamente, como fator que o complementa. O que há na Constituição Federal de mais próximo ao ‘princípio da imparcialidade’ são as garantias que o artigo 95 reconhece ao magistrado, forma garantística de viabilizar a ele o exercício pleno de suas funções processuais, ao lado das vedações arroladas no parágrafo único do dispositivo” (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150*). Ver também, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, Op. Cit. p. 522

²⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Art. 8.1: [T]oda pessoa tem direito a 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 (...).”

³⁰ Leonardo Greco. *Instituições de Processo Civil*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 278



juízes apresentem características institucionais que permitam afastar qualquer dúvida quanto à sua imparcialidade³¹.

52. Há, por óbvio, uma dificuldade inerente na concretização da imparcialidade subjetiva dos magistrados, pela impossibilidade de interferir em seu foro íntimo. As exigências decorrentes desse princípio não podem ser confundidas com a ideia de que o julgador consiga ser completamente neutro em relação ao caso que será objeto da sua apreciação, hipótese que já foi refutada há muito tempo pela hermenêutica jurídica³².

53. O que se afirma é que tanto o desenho institucional dos órgãos julgadores como o seu sistema de competências devem ser concebidos e estruturados de modo a possibilitar aos juízes o maior distanciamento possível dos interesses em jogo, para que a decisão a ser proferida adquira uma racionalidade informada pelos critérios estabelecidos pela ordem jurídica³³. Assim, para o respeito à imparcialidade objetiva, é necessário que os arranjos institucionais blindem ao máximo possível a função jurisdicional de influências externas indevidas, como, por exemplo, interesses de natureza corporativista³⁴.

54. A jurisdição militar é, porém, estruturalmente inapta para garantir o respeito à imparcialidade na hipótese de julgamento de membros das Forças Armadas por crimes cometidos no exercício de funções atípicas, o que pode, por razões corporativistas, levar à impunidade dos mesmos. Pela simples forma como essa Justiça é estruturada e pelas finalidades a que se destina, ela é incapaz de transmitir para o conjunto da sociedade a convicção de que, em casos de crimes cometidos contra civis, sobretudo aqueles

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *ApitzBarbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sentença de 5 de ago. 2008

³² Ver Luís Roberto Barroso. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Mimeo, 2010. P. 23.

³³ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I, p. 201.

³⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), § 30.



envolvendo graves violações aos direitos humanos, será conferida uma tutela imparcial aos interesses em jogo. Diversas razões evidenciam a violação à imparcialidade no caso.

IV.2. Ausência de garantia de inamovibilidade dos juízes militares na 1ª instância

55. Em primeiro lugar, verifica-se que os juízes militares que atuam na primeira instância não gozam da inamovibilidade. Nos termos da Lei nº 8.457/1992, apenas a garantia da vitaliciedade lhes é assegurada (art. 18). Além disso, os juízes militares 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 Superior Tribunal Militar como de relevante interesse para a administração militar*” (art. 31).

56. A imparcialidade judicial é protegida por uma série de prerrogativas, dentre as quais se destaca a tríplice garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos³⁵. Tais garantias são instituídas justamente para assegurar a aplicação imparcial das leis³⁶, evitando que os juízes se vinculem a interesses outros que não o cumprimento da Constituição e da lei³⁷.

57. Desse modo, **ao não conferir ao juiz militar a garantia constitucional da inamovibilidade, compromete-se a imparcialidade e a independência da jurisdição**. Inclusive, esse entendimento já foi expressamente adotado no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista proferido no *Habeas*

³⁵ CRFB/88. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

³⁶ Renato José Nalini. *O Poder Judiciário na Constituição de 1988*. In: Ives Gandra Martins; Gilmar Ferreira Mendes; Carlos Valder do Nascimento. *Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.091. Ver, também Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.

³⁷ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 665.



Corpus nº 112848. O julgamento se referia ao caso de militares integrantes do Conselho Permanente de Justiça, responsáveis pelo julgamento de civis, mas se aplica igualmente aos Conselhos Especiais, aos quais compete o julgamento de militares. Nas palavras do ilustre Ministro:

“[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).”³⁸

IV.3. Vinculação dos juízes militares à hierarquia e à disciplina

58. Como visto anteriormente, os Conselhos Permanentes de Justiça, na 1ª instância, e o STM, na 2ª instância, são compostos por militares da ativa, que, apesar de desempenharem a função de juízes, continuam vinculados à hierarquia e disciplina castrenses e subordinados a membros do Poder Executivo. Tal é a fundamentalidade de tais princípios no meio militar que o Estatuto dos Militares estabelece que *“a disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”*.

59. Na prática, o exercício da função jurisdicional pelo militar não lhe exime de responder aos seus superiores e de respeitar a hierarquia castrense³⁹. A Lei nº 8.457/1992 fornece um claro exemplo dessa vinculação: se um juiz-auditor 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).

60. 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 em que operam diversos mecanismos de

³⁸ HC 112848 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto-vista do Min. Gilmar Mendes, j. em 18.02.2014.

³⁹ A disciplina e o respeito à hierarquia são tão fundamentais no meio militar que o próprio Estatuto dos Militares estabelece que *“devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”*.

vinculação corporativa, não ostentam a imparcialidade e independência necessárias para o julgamento dos seus próprios pares quando atuam em funções atípicas.

IV.4. O *ethos* profissional do Juiz militar

61. Por fim, além dos aspectos de desenho institucional, forte componente sociocultural influencia a forma de decisão da Justiça Militar. **O 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 – mesmo impossível – que os princípios da caserna sejam deixados de lado quando do exercício da função jurisdicional pelo militar, fato que já foi reconhecido por alguns dos eminentes ministros do STM em casos que envolviam ameaça a direitos de civis⁴⁰.

62. Disso decorre que os juízes-militares **atuam, em regra, pautados por uma cosmovisão que confere toda a importância à preservação do Estado e dos poderes constituídos**. É fácil perceber que a formação do *ethos* profissional típico de um magistrado é completamente diferente da de um militar, normalmente construído de modo a considerar o Estado e a instituição militar como os mais relevantes de todos os bens sociais, e não a dignidade de cada pessoa.

63. Essa cosmovisão é, sem dúvida nenhuma, um fator determinante nas decisões dos juízes-militares. Como afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em artigo teórico, “*a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam*

⁴⁰ Por ocasião da aprovação do Inquérito Policial Militar relativo ao caso do Riocentro foi emitida nota à imprensa em que o então o ministro general-de-exército Carlos Alberto Cabral Ribeiro deixou claro o caráter castrense do STM: “Resta-me, ainda, e finalmente, tornar bem claro que, nesta Egrégia Corte Castrense, continuo como General-de-Exército da Ativa e, nesta condição, com este protesto, tomo o meu efetivo lugar junto à Instituição ofendida injustamente [...]” (Julio de SáBierrenbach. *Riocentro: quais os responsáveis pela impunidade?*. Julio de Sá Bierrenbachapud, Jorge ZaveruchaeHugo Cavalcanti Melo Filho. Op. Cit.)



*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*⁴¹.

64. Na mesma linha, Patrícia Perrone Campos Mello, em sua tese de doutoramento acerca dos fatores que interferem no comportamento judicial do STF⁴², concluiu que “*a atividade judicial constitui um processo psicológico e, ao menos em parte, emocional, influenciado pelos múltiplos elementos que integram o background dos magistrados*”, de modo que “*a análise do background dos magistrados pode ser uma fonte valiosa de informação sobre o modo como decidirão as ações que lhes são submetidas*”⁴³.

65. Essa visão de mundo específica, embora legítima no seu *locus* apropriado, não se coaduna com as exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, vértice axiológico da Constituição Federal de 1988. Como se sabe, todos os direitos materialmente fundamentais extraem seu conteúdo desse princípio, o qual, por sua vez, possui em seu núcleo essencial a regra básica de que todo ser humano possui valor intrínseco, constituindo um fim em si mesmo, sem poder ser instrumentalizado para qualquer outra finalidade⁴⁴. Disso decorre que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário⁴⁵. A real amplitude dessas exigências é, portanto, de difícil assimilação por um magistrado militar sociabilizado segundo valores significativamente distintos.

⁴¹ Luís Roberto Barroso. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Mimeo, 2010. p. 26.

⁴² Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal: Constituição, Emoção, Estratégia e Espetáculo*. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro

⁴³ *Ibid.* p. 118

⁴⁴ Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pp. 76-81.

⁴⁵ De acordo com Ana Paula de Barcellos, “os direitos fundamentais têm um *status* diferenciado no âmbito do sistema constitucional e, *a fortiori*, do sistema jurídico como um todo. Fala-se da *centralidade* dos direitos fundamentais como consequência da centralidade do homem e da sua dignidade. Isso significa, de forma simples, que, em última análise, tanto o Estado como o direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas tendo em conta essa diretriz”. (Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O



66. Nesse sentido, diante de um juiz com essas características, não é um disparate supor que um acusado de um crime ocorrido em exercício de atividade subsidiária típica de órgãos policiais de segurança pública possa ter sua atuação compreendida – a partir de uma perspectiva tipicamente militar - como necessária, inevitável ou mesmo legítima, diante da necessidade de melhor defender a “ordem” e o “poder constituído”.

67. É exatamente por isso que, mesmo se os juízes-militares possuísem todas as garantias inerentes à magistratura, a Justiça Militar não seria estruturalmente capaz de conferir um julgamento imparcial a um réu militar acusado de cometer crimes contra civis no exercício de funções atípicas. O *ethos* profissional do juiz militar leva à sobrevalorização dos interesses castrenses, em detrimento dos direitos das vítimas civis, podendo gerar impunidade dos agentes que cometam ações violadoras de tais direitos. Além disso, o arranjo institucional da justiça militar coloca em risco os direitos humanos, ao provocar uma maior proximidade dos julgadores com os militares eventualmente sujeitos a julgamentos. Com isso, frustra-se o imperativo de equidistância ínsito ao princípio da imparcialidade.

68. De todo o exposto resulta que a competência da Justiça Militar para o julgamento de militares no exercício de funções atípicas é incompatível com os princípios da imparcialidade e a independência da jurisdição. O fato de a maioria de seus integrantes (i) serem militares em serviço ativo, (ii) subordinados hierarquicamente a seus superiores, (iii) sem garantia de inamovibilidade, (iv) sem qualquer exigência de formação jurídica para desempenhar o cargo; e, (v) sobretudo, atuantes em um contexto militar que reitera uma cosmovisão centrada na defesa da ordem e do Estado, torna a jurisdição militar estruturalmente despida de imparcialidade para esse julgamento.

Controle Político-Social e o Controle Jurídico do Espaço Democrático. In: *Revista do Direito do Estado*. Ano 1 No. 3, julho e setembro de 2006. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 21).



- V -

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

69. Em uma democracia constitucional como a brasileira, o Estado tem o dever não só de se abster de violar os direitos fundamentais, mas também de defendê-los e protegê-los ativamente. Em muitas ocasiões, a arbitrariedade estatal se revela não por meio de ações, mas de omissões dos poderes constituídos. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o poder público deixa de elaborar e concretizar medidas capazes de proteger os direitos fundamentais, ou o faz de maneira insuficiente, sem conferir a esses direitos o grau de proteção exigido pelo seu status constitucional⁴⁶.

70. Compreende-se, assim, que o princípio da proporcionalidade, além de instrumento de contenção de excessos e arbítrios do poder estatal, possui uma dimensão positiva, que consiste na vedação à proteção deficiente de bens jurídicos de índole constitucional⁴⁷. O objeto do princípio da vedação à proteção deficiente é, portanto, impedir o Estado de deixar os direitos fundamentais desprotegidos, compelindo-o a promover a sua adequada tutela.

71. Tal 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 preceitos constitucionais⁴⁸ - é isso que ocorre na

⁴⁶ Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 480-481.

⁴⁷ *Ibid.* p. 481.

⁴⁸ A título exemplificativo, cf: RE 418.376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. DJ, 23 mar. 2007; ADI 3.112, Rel. Min. Enrique Lewandowski. DJe, 26 out. 2007; HC 16.212, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 13 jun. 2011; ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe 28 mai. 2010. No seu voto no RE nº 418.376, o eminente Ministro Gilmar Mendes assentou que: “[q]uanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”.



atribuição de competência da Justiça Militar para o julgamento de militares no exercício de funções atípicas.

72. Isso porque, nas ocasiões em que militares federais, duramente treinados para defenderem a pátria na guerra em um confronto de vida ou morte com o inimigo, são deslocados para atuarem 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, se tornem especialmente passíveis de violação. Até mesmo porque os membros das Forças Armadas não possuem a *expertise* necessária para lidar com civis e as suas demandas em um contexto como esse, extremamente tenso e delicado.

73. 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 deixam de assegurar essas garantias de uma maneira minimamente.

74. No caso de delitos contra os direitos fundamentais de civis cometidos por militares no exercício de funções atípicas, a atribuição de competência à Justiça Militar – ao invés da Justiça comum – corresponde a uma proteção deficiente desses direitos, pois em um contexto como esse, como visto anteriormente, a Justiça Militar é estruturalmente incapaz de satisfazer as exigências decorrentes do princípio da imparcialidade, e tenderá a assegurar a impunidade.

75. Por outro lado, não há qualquer comprovação de que a adoção dessa sistemática ofereça benefícios ao bem que pretende tutelar, qual seja, o reforço da defesa nacional. A Justiça comum, além de devidamente aparelhada para o julgamento de militares nesses casos, possui *expertise* para tanto, na medida em que é competente para



julgar os demais órgãos policiais de segurança pública que atuam nas mesmas missões de garantia da lei e da ordem.

76. Por tais motivos, conclui-se que as normas impugnadas não resistem ao teste da proporcionalidade, na sua dimensão de proibição à proteção deficiente. A Justiça Militar, por questões estruturais, não é imparcial ao julgar potenciais violações de direitos fundamentais perpetradas por militares contra civis, de modo que não protege suficientemente esses direitos. Ao mesmo tempo, a atribuição dessa competência à Justiça Militar não contribui de modo nenhum para as finalidades da própria política na qual está inserida, qual seja, o reforço da segurança pública no contexto da Estratégia Nacional de Defesa.

– VI –

**SEPARAÇÃO DE PODERES E
INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS SUAS EXCEÇÕES**

77. O princípio da separação de poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, é um dos pilares fundamentais da ordem constitucional brasileira, tendo sido erigido à condição de cláusula pétrea pela Lei Maior (art. 60, Parágrafo 4º, II). Tal princípio, que se volta simultaneamente à contenção do poder estatal, à sua democratização e à especialização do exercício das atividades públicas visando à sua eficiência, deve guiar a interpretação e aplicação de outros preceitos constitucionais mais específicos, bem como da legislação infraconstitucional.

78. Um dos desdobramentos mais importantes do princípio da separação de poderes é a exigência da inacumulabilidade de funções. Na síntese precisa de Luís Roberto Barroso, tal exigência implica em que *“uma pessoa não pode ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo”*⁴⁹.

⁴⁹ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174



79. 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.

80. 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).

81. 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. Como já decidiu o STF reiteradas vezes, não há inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, não cabendo à Corte invalidar as escolhas feitas pelo próprio poder constituinte originário.

82. Nada obstante, é certo 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 bastante restritiva das suas competências, de modo que o legislador, na definição dos crimes militares, não possa considerar como tais aqueles que não atinjam os bens jurídicos de que sejam titulares as Forças Armadas.

83. Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal já possui, de longa data, uma longa e pacífica linha jurisprudencial no sentido de uma interpretação restritiva das competências da Justiça Militar. Dessa linha, que vem sendo reafirmada em precedentes muito recentes, é possível destacar os seguintes julgados:



COMPETÊNCIA - CRIME - MILITARES NO EXERCÍCIO DE POLICIAMENTO NAVAL - JUSTIÇA MILITAR X JUSTIÇA FEDERAL "STRITO SENSU". A atividade, desenvolvida por militar, de policiamento naval, exsurge como subsidiária, administrativa, não atraindo a incidência do disposto na alínea "d" do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar. A competência da Justiça Militar, em face da configuração de crime de idêntica natureza, pressupõe prática contra militar em função que lhe seja própria. Competência da Justiça Federal - "strito sensu". (...) (CC 7030, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/1996, DJe 31/05/1996)

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DE DESACATO E DESOBEDIÊNCIA PRATICADOS CONTRA SOLDADO DO EXÉRCITO EM SERVIÇO EXTERNO DE POLICIAMENTO DE TRÂNSITO, NAS PROXIMIDADES DO PALÁCIO DUQUE DE CAXIAS, NO RIO DE JANEIRO. Atividade que não pode ser considerada função de natureza militar, para efeito de caracterização de crime militar, como previsto no art. 9º, III, d, do Código Penal Militar. Competência da Justiça Comum, para onde deverá ser encaminhado o processo criminal. Habeas corpus deferido. (HC 75154, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13/05/1997, DJe 05/09/1997)

(...) Na espécie, o paciente Denilson Teixeira, na condição de civil, foi condenado pela prática de desacato a militar (art. 299 do CPM – “Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela”). No entendimento do Superior Tribunal Militar, a conduta do paciente, apesar de praticada em período de paz, configura-se crime militar, pois praticada contra militar em situação de atividade, no exercício de função militar (art. 9º, III, b, do CPM). **Este Supremo Tribunal Federal já assentou que “o cometimento de delito militar por agente civil em tempos de paz se dá em caráter excepcional”, para os casos em que a ofensa ao bem jurídico tutelado recaia sobre a função de natureza militar como a “defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem” (HC 86.216/MG, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, unânime, DJe 24.10.2008). (...) Não vislumbro, nesta análise de cognição sumária, a atividade de policiamento desempenhada pelos militares, que resultou na prisão do paciente civil, como função de natureza militar.** (HC 116339, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 19/12/2012, DJ 31/01/2013; grifou-se)

A presente impetração insurge-se contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal Militar, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado: “HABEAS CORPUS’. DESACATO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. OCORRÊNCIA DOS FATOS EM VILA MILITAR. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar os delitos praticados por civis contra militares em serviço de vigilância nas denominadas Vilas Militares. Denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão por unanimidade.” (...) **Impende registrar, por necessário, que esta Suprema Corte, defrontando-se com situação idêntica à exposta nesta sede processual, por não considerar a atividade de policiamento ostensivo função de natureza militar, reconheceu a**



incompetência absoluta da Justiça Castrense para processar e julgar civis que, em tempo de paz, tivessem alegadamente cometido fatos que, embora em tese delituosos, não se subsumem à descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica dos tipos penais militares (...) Desse modo, e por considerar plausível a pretensão que sustenta a absoluta incompetência da Justiça Militar da União, para processar e julgar a ora paciente, que é civil, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente ação de “habeas corpus”, o curso do Processo nº 0000090-63.2011.7.12.0012 (...) (HC 115389 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/11/2012, DJe 19/11/2012; grifou-se)

(...) Esse é exatamente o caso dos autos, pois, conforme destacado na inicial, o crime de desacato (CPM, art. 299) teria sido praticado pelos pacientes ao desobedecer ordem de parada do veículo para se submeterem a procedimento de revista, que seria realizado pelos militares do Exército, que atuavam em ação de segurança, participando da chamada Força de Pacificação no Complexo do Alemão no Rio de Janeiro. Nesse contexto, tenho aquela Corte Castrense ao rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o caso concreto, acabou por afrontar o entendimento preconizado no julgado do HC nº 112.936/RJ. (HC 127194 – MC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 16/04/2015)

84. Na linha do que se afirmou nos aludidos julgados e da necessária interpretação restritiva das competências dessa justiça especial, as atividades subsidiárias exercidas pelas Forças Armadas, em função de sua excepcionalidade, não atraem a competência da Justiça Militar, mas sim da Justiça comum.

– VII –

VIOLAÇÃO A TRATADOS INTERNACIONAIS E JUIZ NATURAL

85. Os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro possuem *status* supralegal, conforme o entendimento da Corte Suprema.⁵⁰ Tal fato sujeita os atos normativos de hierarquia legal a um duplo exame de compatibilidade vertical, *i.e.*, em face da Constituição e em face dos tratados dessa natureza. A aplicabilidade dos dispositivos impugnados pela ADI 5.032, que determinam a

⁵⁰ RE 466.343. Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno. DJe 05 jun. 2009.



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 com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil.

86. 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 (CIDH), 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.

87. Tal entendimento já foi perfilhado em uma série de importantes julgamentos, como por exemplo, *Cantoral-Benavides v. Peru*⁵¹, de 2000, *Palamara Iribarne v. Chile*⁵², de 2005 e *Rosendo Radilla v. United Mexican States*, de 2009⁵³. É o que expõe o seguinte excerto deste último caso:

“[E]m um Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal militar deve ter um alcance restrito e excepcional e direcionar-se à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei designa às forças militares. **Assim**, devem ser excluídos do âmbito da competência 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**”.

88. Nessa decisão, estabeleceu-se, ainda, que tal entendimento não é afetado pelo cabimento de recurso da decisão proferida por tribunal militar para instâncias de jurisdição ordinária⁵⁴. A violação ao direito ao julgamento por órgão jurisdicional

⁵¹ *Cantoral-Benavides v. Peru*, julgado em 18 de agosto de 2000 (series C no. 69, § 75).

⁵² Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22/11/2005.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2009. Sentencia del caso *Rosendo Radilla Pacheco* contra Estados Unidos Mexicanos (23 nov. 2009. Serie C No. 209).

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Radilla-Pacheco v. México*, 2009.

competente permanece, independentemente da existência de recurso, na medida em que tal direito deve incidir desde o primeiro grau de jurisdição.

89. Deve ser consignado, ainda, que a composição dos órgãos jurisdicionais castrenses repercute na avaliação de sua independência e imparcialidade, garantias processuais também alçadas ao patamar de direitos humanos pelo mencionado art. 8.1 da Convenção.

90. Neste sentido, conforme estabelecido pela Corte Interamericana no caso *Castillo Petruzzi v. Peru*, são atributos da Justiça Militar incompatíveis com os mencionados princípios, que: (i) seus integrantes sejam militares em serviço ativo; (ii) estejam estes hierarquicamente sujeitos a superiores em uma cadeia de comando; (iii) sua nomeação independa de formação jurídica para o exercício do cargo; e (iv) não gozem da garantia de inamovibilidade⁵⁵.

91. 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 forma, o julgamento de militares no exercício de funções atípicas, mormente em hipóteses de violações a direitos humanos, viola duplamente tais princípios convencionais de natureza processual, o que impõe a vedação do exercício de jurisdição militar nessas hipóteses.

92. A CIDH já se pronunciou sobre o tema objeto da ADI 5.032 inclusive no âmbito brasileiro. Com efeito, no precedente *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a CIDH decidiu que a atribuição de competência militar para o julgamento de graves violações a direitos humanos viola o direito à proteção judicial efetiva⁵⁶. Nessa ocasião, para impedir a impunidade de militares envolvidos nas violações de direitos no contexto da Guerrilha

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *CastilloPetruzzi v. Peru*, 1999.

⁵⁶ Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, 2010, § 257

do Araguaia, a Corte determinou que as ações penais de responsabilização deveriam ser processadas e julgadas pela justiça comum.

93. O desprestígio ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca de matérias afetas ao Pacto viola o compromisso internacional expressamente assumido pelo Estado brasileiro em 12 de outubro de 1998 de submeter-se à competência jurisdicional daquela:

“[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como **obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração” (grifou-se)⁵⁷.

94. Conforme o trecho acima destacado explicitamente demonstra, o compromisso internacional firmado pelo Brasil inclui o dever de deferência à interpretação feita pela Corte Interamericana aos dispositivos da Convenção, a não ser em hipóteses em que a aplicação de tal tratado implique ofensa à própria Constituição Federal. É inerente ao ideal de integração latino-americana em prol da proteção dos direitos humanos reconhecidos sob a égide de um Pacto jurídico comum, que estes sejam assegurados com a mesma intensidade em todos os países signatários.

95. Tal entendimento é reforçado, ainda, pelo necessário diálogo entre a interpretação das disposições do Pacto de *San José*, realizada pela CIDH, e a exegese conferida aos direitos fundamentais constitucionais pelo STF. Tal intercâmbio na compreensão das garantias fundamentais é decorrência da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, da Carta de 88, de acordo com o qual os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos integram o rol de direitos e garantias protegidos pela Constituição.

⁵⁷ Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>.



96. Dessa forma, é imposição inafastável do mencionado dispositivo – o qual constitui autêntico postulado da interpretação constitucional – a irradiação das garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos para o direito interno, através do processo de concretização interpretativa das disposições de direito fundamental. Trata-se de mecanismo de máxima afirmação dos direitos humanos, cuja promoção é fundamento da república e missão institucional do Supremo Tribunal Federal.

97. A invocação de tratados internacionais de direitos humanos para o reconhecimento da invalidade da legislação infraconstitucional brasileira – o exercício do controle interno de convencionalidade – não 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 constitucional⁵⁸.

98. Além dos fundamentos acima, há outra razão pela qual se deve conferir à jurisprudência da Corte Interamericana destaque reforçado na formulação da solução justa ao caso em análise. Como é do conhecimento geral, a uniformização e interpretação final do direito federal em âmbito judicial compete ao Superior Tribunal de Justiça. Contudo, por singularidade processual, as decisões do Superior Tribunal Militar somente são passíveis de revisão pelo Supremo Tribunal Federal.

99. Neste sentido, a desconsideração das garantias previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos sob a alegação de se tratar de normas de caráter supralegal, impassíveis de consideração no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, implicaria torná-la virtualmente despida de qualquer instrumento judicial de proteção efetiva no que tange aos efeitos do Pacto sobre a interpretação de leis

⁵⁸ Nesta linha o HC nº 94.013/SP (Rel. Min Carlos Britto, julgado em 10.2.2009): “O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida”.



federais ordinárias pelo Superior Tribunal Militar. Isso significaria uma degeneração da Convenção, que passaria de norma supralegal a um mero protocolo de intenções despido de normatividade.

100. Nesse caso, restaria apenas a interpretação conferida pela jurisdição militar a respeito de suas competências à luz da Convenção, num cenário em que o controlador das próprias competências jurisdicionais se confundiria com o controlado, produzindo uma exótica superconcentração de poderes em uma jurisdição, que, por natureza, deve ser excepcional em um estado democrático em tempos de paz.

101. A centralidade dos direitos humanos na ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988 veda essa solução, na medida em que, conforme demonstrado, o funcionamento e a estruturação da justiça castrense são incompatíveis com uma série de direitos fundamentais processuais, dentre os quais se destaca as garantias do juiz natural, bem como da independência e imparcialidade. Eventual vácuo de vias processuais destinadas a garantir a correção da interpretação do direito federal à luz da Convenção Americana feita no âmbito da justiça militar constituiria vulneração ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, produzindo o risco de perpetuação de decisões incompatíveis com os direitos humanos.

102. Assim, o princípio do juiz natural, compreendido sob os benfazejos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, também afasta a competência da Justiça Militar na hipótese, o que se verifica tanto por meio do controle de constitucionalidade das normas impugnadas, como com fundamento no controle de convencionalidade das mesmas.

- VIII -

PEDIDOS

103. Por todo o exposto, o Tortura Nunca Mais espera que, na linha do pedido formulado pelo Procurador Geral da República, seja reconhecida a invalidade, por incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, do § 7º do art. 15 da Lei



Complementar (“LC”) nº 97, de 9 de junho de 1999, tanto na redação que lhe foi conferida pela LC nº 117/2004, quanto na redação atual inserida pela LC nº 136/2010, que implica na competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes cometidos por militares no exercício de funções subsidiárias acometidas às Forças Armadas.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 2015

DANIEL SARMENTO
OAB/RJ nº 73.032

JULIANA CESARIO ALVIM GOMES
OAB/RJ nº 173.555

HUMBERTO LAPORT DE MELLO
OAB/RJ nº 160.391

GABRIEL ACCIOLY GONÇALVES
OAB/RJ no 180.914

EDUARDO LASMAR PRADO LOPES
OAB/RJ nº 189.700

ACADÊMICOS DE DIREITO

CAMILA ALMEIDA PORFIRO

DIEGO GEBARA FALLAH

JULIANA CARREIRO AVILA

HELENA FERREIRA



Lucas Souza Lima

LUCAS A. A. DE SOUZA LIMA

Marina A. Siqueira

MARINA A. SIQUEIRA

RENAN MEDEIROS