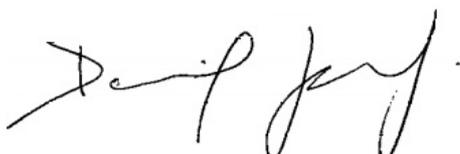


EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL GILMAR FERREIRA MENDES, RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 289/13

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 do Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 29.249.950/0001-36, vem, por seus representantes abaixo assinados, com fundamento no art. 6º, §2º, da Lei Federal nº 9.882/1999, (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 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289/13, 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



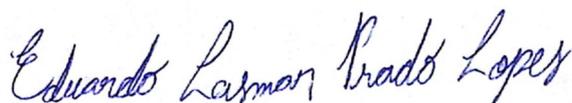
JULIANA CESARIO ALVIM GOMES
OAB/RJ nº 173.555



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

- I -

OBJETO DA AÇÃO E OBJETIVOS DO REQUERENTE

1. A presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo Procurador Geral da República, tem como objetivo o reconhecimento da incompatibilidade com a Constituição Federal de julgamento de civis pela Justiça Militar previsto no art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar (Decreto-lei nº1.001/69). Confira-se, desde logo, a dicção literal do dispositivo em questão:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; (...)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

2. Conforme restará plenamente demonstrado ao longo desta petição, a sujeição de civis à jurisdição militar contraria diversos preceitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988. A peculiar configuração da Justiça Militar é admitida para o julgamento de integrantes das Forças Armadas, submetidos a um regime jurídico-constitucional especial que legitima a restrição de determinadas garantias individuais. Contudo, tal regime excepcional não pode ser estendido para civis em tempo de paz sem que sejam violados os princípios constitucionais da imparcialidade judicial, do devido processo legal, do estado de direito e da razoabilidade. Daí a necessidade de

que este E. Tribunal acolha o pedido do Requerente, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz.

3. A reavaliação da competência da Justiça Militar, estabelecida durante a ditadura militar, à luz da nova ordem constitucional corresponde a um esforço de **justiça de transição**, que 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 passado¹.

4. Deve ser sempre lembrado que o processo que levou à promulgação da Constituição de 1988 foi informado por valores cujo conteúdo humanístico e democrático visavam, sobretudo, a romper completamente com o regime de exceção inaugurado em 1964. No entanto, no pós-88, embora o Brasil tenha apresentado progresso nas dimensões de reparação das vítimas da ditadura e de busca pela verdade e pela memória, ainda não foi capaz de reformar plenamente as suas instituições e fortalecê-las com valores democráticos que garantam a não repetição dos abusos cometidos.

5. Diversas instituições ainda mantêm resquícios da experiência passada autoritária e opressora. Como se verá adiante, esse é precisamente o caso da competência da Justiça Militar para julgar civis, contida no Código Penal Militar editado durante os “anos de chumbo”.

6. Não é por outra razão que o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade - entidade oficial criada com a finalidade de apurar as graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988 – trouxe entre as suas recomendações a extinção da jurisdição militar sobre civis, “verdadeira

¹ A justiça de transição visa à reconstrução democrática das sociedades que passaram por experiências conflituosas e autoritárias. Conselho de Segurança das Nações Unidas. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies – Report Secretary-General, S/2004/616, 23/08/2004*. Disponível em <<http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf>>. Ruti G. Teitel. *Transitional Justice Genealogy*. In: *Harvard HumanRightsJournal*. V. 16; 69, 2003.

anomalia que subsiste da ditadura militar². É essa jurisdição que tem a constitucionalidade questionada na presente ação.

– II –

A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

7. Antes de adentrar a análise dos dispositivos constitucionais violados pela sujeição de civis à jurisdição militar, cabe apresentar, brevemente, a organização da Justiça Militar da União.

8. A Constituição Federal de 1988 manteve praticamente inalterado o arranjo institucional estabelecido para a Justiça Militar da União durante o regime autoritário. 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

9. 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).

10. 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.

² Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. Parte V – Conclusões e recomendações, 2014. p. 972.

11. A competência para o julgamento de civis cabe, assim, ao Conselho Permanente 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.

12. 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).

13. Ademais, **os Conselhos Permanentes, não obstante sua denominação, uma vez constituídos, funcionam apenas durante três meses consecutivos**. Durante esse período, o oficial militar que integre tais órgãos permanece na ativa, sujeito ao comando de seus superiores e a todos os regramentos militares. Findo o prazo de três meses, o oficial volta à caserna, sem que possa ser sorteado novamente para compor o Conselho no trimestre seguinte (art. 24, *caput* e p.u.)³.

14. A temporariedade no exercício da função traz diversos problemas. Na medida em que exercem a função de juízes por um curtíssimo período de tempo, é impossível que os juízes-militares de primeira instância desenvolvam qualquer familiaridade com o Direito ou com a cultura de proteção de direitos fundamentais.

³ De acordo com Jorge César de Assis, “[O]s juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos artigos 19 e 23 da Lei 8.457/92. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes **estando reunido o Conselho**, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Isoladamente, fora das reuniões do Conselho de Justiça, os oficiais que atuam naquela auditoria não serão mais juízes, submetendo-se aos regulamentos e normas militares que a vida na caserna lhes impõem” (*Bases Filosóficas e Doutrinárias Acerca da Justiça Militar*. Palestra ministrada no Encontro de Reflexão sobre a Justiça Militar, em data de 12.03.2008, na cidade de Praia, capital da República de Cabo Verde. Disponível em <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/basesfilosoficas.pdf>>. p. 10.

15. 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 Constituição⁴.

II.2. A Segunda Instância da Justiça Militar

16. 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 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*⁵.

17. 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.

18. Alguns elementos destacam-se nesse dispositivo, de redação quase idêntica àquela estabelecida no artigo 7º do Ato Institucional nº 2, de 1965⁶. O primeiro

⁴ HC 112848 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto-vista do Min. Gilmar Mendes, j. em 18.02.2014.

⁵ Sua competência encontra-se definida no art. 6º da Lei de Organização.

⁶ 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

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.

19. 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 ministros militares. Saliente-se que, atualmente, segundo as biografias disponíveis no site oficial da instituição, **nenhum dos dez ministros militares do STM possui formação jurídica**⁷.

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

21. Como se verá nos próximos itens, tais características estruturais derivadas do desenho e do *ethos* institucionais da Justiça Militar brasileira fazem com que a submissão de civis à sua jurisdição seja completamente incompatível com o sistema de valores normatizado pela Constituição Federal de 1988.

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.

⁷ Disponível em <<http://www.stm.jus.br/institucional/biografia-ministros>>.

– III –

**PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO, PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS E DIREITOS HUMANOS**

22. 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 militares⁸. Isso não significa, porém, que tenha passado um cheque em branco ao legislador. Muito pelo contrário.

23. As regras e princípios constitucionais sobre direitos fundamentais instituem uma moldura dentro da qual deve se enquadrar a competência deste ramo da Justiça. Os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), da imparcialidade jurisdicional (art. 5º, XXXVII e LIII, e § 2º, 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.

24. 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.

25. 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 constitucionais⁹. Conforme consignou a Segunda Turma deste E. Tribunal,

(...)EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO-SE DE RÉU CIVIL. – Não se tem por configurada a competência penal da Justiça Militar da União, em tempo de paz,

⁸Constituição: Art. 124. *À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.*

⁹ Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, Malheiros. 2º Ed., 2006, p. 588

tratando-se de réus civis, se a ação delituosa a eles atribuída não afetar, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados. – O caráter anômalo da jurisdição penal castrense sobre civis, notadamente em tempo de paz. O caso ‘Ex Parte Milligan’ (1866): um precedente histórico valioso.¹⁰

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

27. 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.

28. 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 outro¹¹. 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 nacional¹².

¹⁰ STF, HC 81.963/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 18/06/2002.

¹¹ Gustavo Zagrebelski. *El Juez Constitucional en el siglo XXI*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 20-21.

¹² Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2013, p. 451.

29. 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 de civis por cortes militares.**

30. Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em diretriz oficial a respeito dos princípios norteadores da competência jurisdicional militar, determina que “[c]ortes militares, em princípio, não devem ter competência jurisdicional para julgar civis. Em todos os casos, o Estado deve garantir que civis acusados de perpetrar ilícitos penais de qualquer natureza sejam julgados por Cortes Civis”¹³.

31. Também as Cortes Internacionais de proteção aos Direitos Humanos rechaçam a possibilidade de civis serem julgados por tribunais castrenses. A Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou entendimento de que o julgamento de civis por órgão militar é incompatível com o art. 6, §1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual prevê o direito ao julgamento por tribunais independentes e imparciais. A violação decorre da ausência de salvaguardas de que julgadores militares, sujeitos a pressões de superiores hierárquicos, tenham a necessária independência para julgar civis¹⁴.

32. Na mesma linha, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, 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 a existência do direito de civis de submeterem-se ao julgamento por tribunais comuns,

¹³ Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, E/CN.4/Sub.2/2005/9, Princípio n. 4: “Military courts should, in principle, have no jurisdiction to try civilians. In all circumstances, the State shall ensure that civilians accused of a criminal offence of any nature are tried by civilian courts” (tradução livre). Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>>.

¹⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Ergin v. Turquia* - Application no. 47533/99, julgado em 2006.

aduzindo expressamente que “[c]ortes militares não devem em nenhuma circunstância exercer jurisdição sobre civis”¹⁵.

33. O mesmo entendimento é adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em diversos precedentes, a CIDH afirmou a incompatibilidade do julgamento de civis por militares com o artigo 8º, alínea 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶, como, por exemplo, nos casos *Cantoral-Benavides v. Peru*¹⁷, de 2000, *Palamara Iribarne v. Chile*¹⁸, de 2005 e *Rosendo Radilla v. United Mexican States*, de 2009¹⁹. Em *Castillo Petruzzi vs. Peru*, de 1999, afirmou-se peremptoriamente que “o julgamento de civis cabe à Justiça ordinária”²⁰.

34. A espelhar a conclusão unânime das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, diversos países latino-americanos estipularam vedações ao julgamento de civis pela jurisdição militar nos contextos de redemocratização. É o caso da Colômbia²¹, do

¹⁵ Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Princípios e Diretrizes sobre o Direito a um Julgamento Justo e a Assistência Legal em África, 2003, item G, alínea c: “*Military courts should not in any circumstances whatsoever have jurisdiction over civilians. Similarly, Special Tribunals should not try offences which fall within the jurisdiction of regular courts*” (tradução livre). Disponível em: “<http://www.achpr.org/instruments/principles-guidelines-right-fair-trial/>”.

¹⁶ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. “*Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”.

¹⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cantoral-Benavides v. Peru*. Sentença de 18 de ago. 2000.

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentença de 22 de nov. 2005.

¹⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentença de 23 nov. 2009.

²⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentença de 30 de mai. 1999.

²¹ O texto constitucional colombiano dispõe, em seu art. 213, que “[e]n ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la Justicia Penal Militar”. Segundo a Corte Constitucional Colombiana, tal dispositivo deve ser interpretado de modo ampliativo, de modo a vedar-se que civis litiguem nesse âmbito jurisdicional como demandantes (Decisão n. 12/1994).

México²², da Argentina²³ e, ainda, do Chile, após a condenação do país perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁴. Trata-se, assim, de um verdadeiro consenso transnacional.

35. A exclusão da jurisdição militar sobre civis também se deu, de forma generalizada, em contextos nacionais na América do Norte e na Europa. Nos Estados Unidos da América, já em 1866, quando do julgamento do caso *Ex parte Milligan* (71 U.S. 1), a Suprema Corte dos EUA reconheceu a incompetência dos Tribunais castrenses para julgar civis. Portugal²⁵, França²⁶, Alemanha²⁷, Itália²⁸, Holanda, Áustria,

²² No art. 13 da Lei Fundamental mexicana é previsto que “(...) *los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército*”. Da mesma forma, a Constituição da Guatemala, art. 219, prevê que “[n]ingún civil podrá ser juzgado por tribunales militares”.

²³ Na Argentina, desde a promulgação da Lei 23.049 de 1984 – ano seguinte ao fim do período ditatorial - excluiu-se a possibilidade de julgamento de civis por militares em tempos de paz. Mais recentemente, o Código de Justiça Militar, no âmbito do qual era disciplinada a jurisdição castrense, foi derogado pela Lei 26.394.

²⁴ O Chile foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Palamara Iribarne v. Chile* (2005) justamente por admitir a submissão de civis à jurisdição militar. De fato, na fundamentação da decisão, a Corte Interamericana aduziu que o “*Chile, como Estadodemocrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción military excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles*”. Como forma de adequação do Estado chileno à decisão da Corte, foi promulgada, em dezembro de 2010, a Lei 20.477, cujo art. 1º estipula que “[e]n ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares”.

²⁵ Em Portugal, a existência de tribunais militares em tempos de paz foi extinta mediante a promulgação da Lei 100/2003, que aprovou novo Código Militar.

²⁶ Na França, a jurisdição militar em tempos de paz foi extinta em 1982, através da Lei 82-261. Esta foi temporariamente restituída quando da promulgação da Lei 99-929 de 1999, a qual previa o julgamento de civis por tribunais castrenses em certas circunstâncias, possibilidade finalmente extirpada do direito francês com a promulgação da lei 1862/2011.

²⁷ No direito alemão, a redução da existência e funcionamento da jurisdição militar aos tempos de guerra foi implantada já pelo constituinte originário quando da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 96.

²⁸ Na Itália, embora a Constituição Republicana de 1947 admita a jurisdição militar em tempos de paz, proíbe expressamente o julgamento de civis nesse âmbito, conforme expresso em seu art. 103: “[o]s tribunais militares em tempo de guerra terão a jurisdição estabelecida pela lei. Em tempo de paz terão jurisdição unicamente sobre os delitos militares cometidos por pessoas pertencentes às Forças Armadas”.

Luxemburgo, Dinamarca, Suécia, Finlândia e Noruega²⁹ também não permitem que civis sejam julgados pela Justiça Militar.

36. O consenso atingido na órbita internacional reforça o entendimento de que a previsão do julgamento de civis por cortes castrenses pelo Código Penal Militar brasileiro, editado em 1969 – no auge dos “anos de chumbo” –, está fora da moldura delineada pela Constituição de 1988. Como se verá a seguir, a competência prevista no art. 9, I e III do CPM 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.

– IV –

**VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE
JUDICIAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

37. 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*)³⁰. A imparcialidade encontra raiz também no art. 5º, §2º, da Constituição, já que previsto

²⁹ Lorenzo Cotino Hueso. *El modelo constitucional de fuerzas armadas*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 424.

³⁰ 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; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, p. 522.

expressamente no art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica)³¹, de que o Brasil é parte.

38. A imparcialidade repousa na ideia de que o magistrado é um terceiro neutro, consiste na *“na isenção, o 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”*³². De acordo com esse princípio, ao atuar no processo, o juiz não deve possuir, do ponto de vista subjetivo, pré-julgamentos ou qualquer predisposição no sentido de inocentar ou condenar o réu. Além disso, em uma perspectiva objetiva, a imparcialidade exige que os órgãos julgadores apresentem garantias materiais que permitam afastar qualquer dúvida quanto a sua imparcialidade³³.

39. 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 jurídica³⁴.

40. O que se afirma é que aos juízes devem ser conferidas determinadas condições institucionais que permitam o maior distanciamento possível dos interesses em jogo, de modo que a sua decisão adquira um sentido de racionalidade predominantemente informada pelos critérios estabelecidos pela lei e pelos valores constitucionalmente

³¹ 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 (...).

³² Leonardo Greco. *Instituições de Processo Civil*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 278.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Sentença de 5 de ago. 2008.

³⁴ Ver Luís Roberto Barroso. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Mimeo, 2010, p. 23.

protegidos³⁵. Assim, para o respeito à imparcialidade objetiva, 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 jurisdicional³⁶.

41. A jurisdição militar é, porém, estruturalmente incapaz de garantir o respeito à imparcialidade no julgamento de civis. Pela simples forma como essa Justiça é estruturada e pelas finalidades a que se destina, ela não é apta a conferir uma tutela imparcial dos interesses de civis que não ingressaram em nenhuma relação especial de sujeição, não estando subordinados aos rigores da hierarquia e da disciplina. Diversas razões evidenciam a violação à imparcialidade no caso.

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

42. 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).

43. A imparcialidade judicial é protegida por uma série de prerrogativas, dentre as quais se destaca a tríplice garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos³⁷. Tais garantias são instituídas justamente para assegurar

³⁵ Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 201.

³⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Daktaras v. Lithuania*, no. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), § 30.

³⁷ 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.

a aplicação imparcial das leis³⁸, evitando que os juízes se vinculem a interesses outros que não o cumprimento da Constituição e da lei³⁹.

44. 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 Corpus* nº 112848. 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). Como sempre bem destacado pelo Ministro Celso de Mello, considerado o caráter anômalo da submissão de civis à jurisdição dos Tribunais e órgãos integrantes da Justiça Militar da União, entendo que não se justifica que os civis sejam julgados pelos Conselhos de Justiça.”⁴⁰

IV.2. Vinculação dos juízes militares à hierarquia e à disciplina

45. Além disso, 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.

³⁸ 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*. v 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.091. Ver, também Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Op. Cit. p. 202.

³⁹ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 20013, p. 665.

⁴⁰ HC 112848 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto-vista do Min. Gilmar Mendes, j. em 18.02.2014.

46. Na prática, o exercício da função jurisdicional pelo militar não lhe exime de responder aos seus superiores e de respeitar a hierarquia castrense⁴¹. A Lei nº 8.457/1992 fornece um ótimo 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).

47. O fato de os juízes militares permanecerem integrados em uma cadeia de comando nas Forças Armadas, devendo se reportar aos seus superiores, que integram outro Poder, é prova cabal de que tais tribunais não ostentam a necessária imparcialidade e independência para o julgamento de civis. Ainda, violam o princípio da separação dos poderes, ao permitir interferências do Poder Executivo no Judiciário Militar.

48. Tal conclusão, além de contida no voto do Ministro Gilmar Mendes, acima citado⁴², também encontra-se presente na jurisprudência de diversas Cortes Internacionais de proteção aos Direitos Humanos⁴³. A título exemplificativo, cite-se o caso *Öcalan v. Turkey*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em 2003⁴⁴.

49. Nesse julgamento, a CEDH acolheu o recurso de um civil turco que foi condenado à morte por um Tribunal Militar da Turquia, por entender que a presença de juízes militares no julgamento de civis é incompatível com a independência e a imparcialidade do juízo. O caso é emblemático, na medida em que o juiz militar que compunha a corte havia sido substituído por um juiz civil antes do efetivo julgamento, de modo que o seu voto não contribuiu para o resultado final. No entanto, a Corte entendeu que a dúvida sobre a imparcialidade do juízo persistia, pois “*onde um juiz militar tenha*

⁴¹ 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*”.

⁴² HC 112848 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, voto-vista do Min. Gilmar Mendes, julg. 18.02.2014.

⁴³ Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui precedentes no mesmo sentido. Ver a respeito o caso *Palamara-Iribarne v. Chile*.

⁴⁴ Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2003. Caso *Öcalan v. Turquia* (46221/99).

participado de decisões interlocutórias proferidas durante um processo contra um civil, o processo inteiro se vê privado de sua aparência de ter sido conduzido por um tribunal independente e imparcial”⁴⁵.

IV.3. O *ethos* profissional do Juiz militar

50. 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 STM⁴⁶.

51. 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**, e pouca atenção aos direitos dos réus. É fácil perceber que os valores constitutivos do *ethos* profissional típicos de um jurista são completamente diferentes dos de um militar, normalmente concebidos de modo a considerar a defesa da pátria, do Estado e da instituição militar como os mais relevantes de todos os bens sociais.

52. Essa cosmovisão é, sem dúvida nenhuma, um fator determinante nas decisões dos juízes-militares. Como afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em

⁴⁵ Em outra ocasião, no caso *Martin v. The United Kingdom*, de 2006, a mesma Corte estabeleceu, por unanimidade, que o julgamento de civis por tribunais compostos por militares, a não ser em circunstâncias muito excepcionais, sempre violaria o direito a um julgamento justo e imparcial, previsto no artigo 6º §1º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

⁴⁶ 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 Sá Bierrenbach. *Riocentro: quais os responsáveis pela impunidade?*. Julio de Sá Bierrenbach *apud* Jorge Zaverucha; Hugo Cavalcanti Melo Filho. Op. Cit.)

artigo teórico, “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”⁴⁷.

53. Na mesma linha, Patrícia Perrone Campos Mello, em sua tese de doutoramento acerca dos fatores que interferem no comportamento judicial do STF⁴⁸, 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”⁴⁹.

54. É exatamente por isso que, mesmo na hipótese em que os juízes-militares possuíssem todas as garantias inerentes à magistratura, a Justiça Militar não seria estruturalmente capaz de conferir um julgamento imparcial a um réu civil. O *ethos* profissional do Juiz militar leva à sobrevalorização dos interesses militares, em detrimento dos direitos dos réus civis.

55. Nesse sentido, diante de um juiz com essas características, não é um disparate supor que um acusado 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 “pátria” e os “poderes constitucionais”. Além disso, vítimas civis, embora sujeitos de direitos, no imaginário militar podem ser facilmente assimilados à figura de um “inimigo” da “Pátria” ou da “Nação”.

⁴⁷ Luís Roberto Barroso. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Mimeo, 2010. p. 26.

⁴⁸ Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos bastidores do Supremo Tribunal: Constituição, Emoção, Estratégia e Espetáculo*. Tese de doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro

⁴⁹ *Ibid.* p. 118

56. De todo o exposto resulta que a competência da Justiça Militar para o julgamento de civis é incompatível com os princípios da imparcialidade e a independência da jurisdição. O fato de seus integrantes (i) serem militares em serviço ativo, (ii) subordinados hierarquicamente a seus superiores, (iii) sem garantia de inamovibilidade, e (iv) sem qualquer exigência de formação jurídica para desempenhar o cargo, torna a jurisdição militar estruturalmente inapta para julgar civis de forma imparcial.

57. Como se verá, tais características estruturais derivadas do desenho e do *ethos* institucionais da Justiça Militar brasileira, além de violarem a imparcialidade, evidenciam a irrazoabilidade da submissão de civis a essa jurisdição.

– V –

SEPARAÇÃO DE PODERES E INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS SUAS EXCEÇÕES

58. 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.

59. 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 que “*uma pessoa não pode ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo*”⁵⁰.

⁵⁰ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174

60. 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.

61. 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).

62. 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.

63. 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, não inclua na definição dos crimes militares aqueles praticados por civis.

64. Na verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal já possui, de longa data, uma extensa 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)

65. Na linha do que se afirmou nos aludidos julgados e da necessária interpretação restritiva das competências dessa justiça especial, crimes cuja autoria seja reputada a civis não atraem a competência da Justiça Militar, mas sim da Justiça comum.

– VI –

VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE COMO CONGRUÊNCIA

66. O princípio da razoabilidade extrai fundamento das cláusulas do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CRFB) e do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, CRFB), tendo por norte a vedação à arbitrariedade e à irracionalidade.

67. Mais especificamente, o postulado da razoabilidade como congruência exige a presença de uma relação lógica e coerente entre a norma e suas condições externas de aplicação. Ou seja, na sua atividade legiferante, o legislador possui um dever de vinculação à realidade atual das coisas, não podendo tomar por base uma situação fática

inexistente ou incoerente, sob pena de a legislação por ele produzida ser tida como descabida ou arbitrária⁵¹. Sobre o tema, Humberto Ávila esclarece que:

“A interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a ela. Daí se falar em um dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (Natur der Sache). (...) Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. Essa exigência também assume relevo nas hipóteses de anacronismo legislativo, isto é, naqueles casos em que a norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto sócio-econômico, não mais possui razão para ser aplicada”⁵².

68. Ao exigir que qualquer medida estatal possua suporte empírico, o princípio da razoabilidade possui a relevante função de combater anacronismos, como o que se verifica na norma que possibilita o julgamento de civis pela Justiça Militar.

69. De fato, a previsão de tal competência constitui um claro exemplo de anacronismo legislativo, pois foi concebida em um contexto político autoritário bastante determinado e, em larga medida, superado. Trata-se de norma que não se coaduna com a realidade fática em que se insere. Embora faça sentido que membros das Forças Armadas sejam submetidos à jurisdição da Justiça Militar, não há razões que justifiquem que o mesmo se dê no caso dos civis.

70. Como afirmado anteriormente, a legitimidade da Justiça castrense repousa em sua finalidade constitucional: a manutenção da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. Na realidade, a própria existência de uma Justiça Militar especializada, integrada por juízes togados e juízes militares sem formação jurídica, é justificada pela necessidade de familiaridade com as praxes da caserna e com os valores que regem as forças armadas, sobretudo a hierarquia e a disciplina. Trata-se do chamado escabinato, que, ao coadunar “*a prática dos que conhecem com profundidade a vida na caserna, sua*

⁵¹ Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013. p. 178.

⁵² *Ibid.* pp. 177-178.

legislação específica e o saber jurídico”, possibilitaria “o surgimento de sentenças penais mais justas”.

71. Nesse contexto, entende-se que é aceitável e justificável que os indivíduos que livremente ingressaram nas Forças Armadas se sujeitem à jurisdição da Justiça Militar. De fato, a literatura do Direito Constitucional é pacífica ao reconhecer que indivíduos inseridos em determinadas espécies de relações jurídicas com o Estado – as chamadas **relações especiais de sujeição**⁵³ – passem a ser submetidos a um estatuto diferenciado, que lhes confere certas prerrogativas e lhes impõe determinadas restrições⁵⁴.

72. Sendo assim, como os militares estão vinculados a um regime especial, que exige um comportamento orientado pelos ditames da hierarquia e da disciplina, é razoável que, nas hipóteses de alegadamente praticarem atos atentatórios às instituições a que devem obediência, eles sejam julgados por uma jurisdição orientada por valores diferentes daquela à qual os demais cidadãos estão subordinados.

73. No entanto, não há qualquer razão para que o civil, que não ingressou em nenhuma relação especial de sujeição com o Estado, seja julgado por uma Justiça cuja finalidade principal se volta à preservação da instituição militar e dos valores que lhe são inerentes, como a hierarquia e a disciplina.

74. De mais a mais, a própria legislação militar mostra-se incompatível com a submissão de civis à jurisdição castrense. O Código Penal Militar e o Código de Processo

⁵³ Sobre as relações especiais de sujeição, Jane Reis Gonçalves Pereira leciona que “[h]á situações em que as restrições aos direitos fundamentais são justificadas pelo fato de os respectivos titulares encontrarem-se no âmbito de relações especiais de sujeição com o Poder Público. É que, em certos casos, a necessidade de viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais torna imperativo que sejam limitados direitos fundamentais dos indivíduos que as integram.” (As Restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações Especiais de Sujeição. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 606). Sobre o tema, veja-se, ainda, Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 216-218.

⁵⁴ Renaldo Quintas Magioli. “Uma Justiça Especializada, Muito Especial”. In: Maria Elizabeth G.T. Rocha e Zilah Maria C. F. Petersen (coords.) *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008. p. 93.

Penal Militar, outorgados durante a ditadura e que continuam regulando o funcionamento da Justiça Militar, contêm dispositivos anacrônicos e atentatórios aos direitos e garantias consagrados na Carta de 1988, além de normas muito mais severas em comparação às que são aplicadas pela Justiça Comum.

75. Um exemplo dessa discrepância diz respeito ao art. 290 do CPM⁵⁵, que trata de delitos de entorpecentes e aplica-se tanto ao tráfico quanto ao uso. Na hipótese, o STM vem negando sistematicamente a aplicação do princípio da insignificância⁵⁶, muito embora o STF tenha fixado, sucessivas vezes, entendimento em sentido contrário, aplicando referido princípio⁵⁷. Também o art. 305, do CPPM demonstra esse descompasso, ao prever que o silêncio do acusado em seu interrogatório poderá ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa, em evidente contraste ao parágrafo único do art. 186 do Código de Processo Penal⁵⁸, bem como ao art. 5, LXIII, da CF/88.

76. Na mesma linha, a legislação penal militar revela insensibilidade a inovações legislativas, como o sistema de processo e julgamento dos delitos de menor potencial ofensivo introduzido pela Lei 9.099/95. A esse respeito, o STM firmou jurisprudência no sentido da inaplicabilidade da lei à Justiça Militar da União⁵⁹. Diante

⁵⁵ Art. 290. *Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.*

⁵⁶ Entre outros: Apelação nº 62-66.2009.7.02.0102, julgada em 09/05/2013. Apelação nº 2007.01.050832-5, julgada em 10/09/2008; Apelação (FO) nº 2008.01.050989-5, julgada em 04/12/2008.

⁵⁷ Entre outros: HC 93.822. Rel.: Min. Celso de Mello, julgado em 08/04/2008; HC 94.809. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 12/08/2008; HC 97131/RS, Rel.: Min. Celso de Mello, julgado em 10/08/2010; HC 104.803/DF, Rel.: Min. Celso de Mello, julgado em 21/09/2010.

⁵⁸ Art. 186. *Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*

⁵⁹ A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.

de entendimento diverso por parte do STF⁶⁰, foi editada a Lei nº 9.829/99 introduzindo o art. 90-A à Lei 9.099/95 e afastando a aplicação desse diploma e de seus institutos despenalizadores, como o *sursis* processual e a transação penal no âmbito da Justiça Militar⁶¹. De acordo com o STM, esse dispositivo aplica-se mesmo que o crime tenha sido cometido por civil⁶².

77. Para além de sua clara incompatibilidade substancial com a Constituição de 1988, não há qualquer justificativa para que os civis sejam submetidos a tal legislação. Não custa lembrar que se trata de processo de natureza criminal, cenário em que as garantias do acusado devem ser as mais elevadas.

78. Por essas razões, **ao ser confrontada com a atual realidade institucional brasileira, a norma que permite o julgamento de civis pela Justiça Militar se revela arbitrária**, e, assim sendo, viola o postulado da razoabilidade como congruência.

– VII –

**INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA
E EVOLUTIVA DA CONSTITUIÇÃO**

79. A tese de que a competência da Justiça Militar para julgar civis, prevista no Código Penal Militar de 1969, ultrapassa a moldura estabelecida pelas normas constitucionais é reforçada por uma interpretação sistemática e evolutiva da Constituição

⁶⁰ RHC 74789/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/06/1997; HC 77.037/AM, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 16/06/1998; HC 77017/RS Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 30/06/1998.

⁶¹ O STF firmou jurisprudência no sentido de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (suspensão condicional do processo e da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas) no período entre a promulgação das duas leis, prevalecendo a norma penal mais benéfica, em vigor na época em que foi praticado o delito. (vide HC 79.951-5/ MG, Rel.: Min. Celso de Mello, julgado em 29/02/2000).

⁶² Vide STM, HC 4-30.2012.7.00.0000, julgado em 15/02/2012. Vale destacar que, embora o art. 90-A da Lei nº 9.099/95 tenha sido declarado constitucional pelo STF, destaca-se a ressalva feita pelo Min. Luiz Fux quanto a civil processado por crime militar, incluída na ementa do acórdão sob a forma de obter dictum em função de o caso em questão não cuidar de réu civil, mas militar (STF, HC 99743 RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator: Min. Luiz Fux, julgado em 06/10/2011).

que leve em conta, inclusive, aprimoramentos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pelo próprio legislador democrático por meio de reformas constitucionais.

80. A aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 24 em 1999 indicou um forte sinal de descrença democrática em relação ao valor das representações corporativas no Poder Judiciário, ao rejeitar a representação classista na Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que:

“[A]tualmente, não concebemos um Judiciário moderno, onde a isenção e a imparcialidade dos juízes são fundamentais, cujos membros devem dividir suas responsabilidades e emitir juízos com a participação de representantes das partes envolvidas. No mínimo trata-se de uma situação anacrônica e anômala.”⁶³

81. É importante notar que a justificativa para a existência do escabinato, apresentada acima, é semelhante àquela utilizada para defender a representação classista na Justiça do Trabalho. Trata-se, assim, de resqúcio corporativo que sobrevive na Constituição.

82. Mais tarde, a Emenda Constitucional 45/2004 excluiu da competência das Justiças Militares dos estados o julgamento de civis⁶⁴. **É impossível negar que o fato de os civis atualmente não poderem ser julgados pela Justiça Militar dos estados, enquanto permanecem submetidos à Justiça Militar da União, representa, no mínimo, uma incongruência.**

⁶³Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 63, de 1995, 21. out. 1999.

⁶⁴CF/88. Art. 125. § 4º *Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

83. Ademais, na própria Justiça Militar de âmbito estadual, o julgamento em segundo grau dos crimes militares é feito, em regra, pelos Tribunais de Justiça estaduais⁶⁵, que não contam, como é sabido, com juízes militares em sua composição, o que comprova, de *lege lata*, que o conhecimento militar empírico para a aplicação da legislação militar e o julgamento de crimes militares dispensa o conhecimento militar empírico.

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

– VIII –

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. 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 das disposições do Código de Processo Penal Militar que regulam o julgamento de civis objeto desta ADPF 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. O julgamento de civis por Tribunais militares vulnera tais princípios positivados no mencionado tratado. É o que expõe o excerto a seguir do caso *Castillo Petruzzi vs. Peru* (1999):

⁶⁵A exceção fica por conta dos estados em que o efetivo é superior a 20 mil integrantes, hipótese em que a lei estadual poderá criar um Tribunal de Justiça Militar (Art. 125§3º CF).



“143. La Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. **El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria.** 144. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, por haber sido juzgado por tribunales que no tenían competencia para hacerlo” (g. n.).

87. Nessa decisão, estabeleceu-se, ainda, que são incompatíveis com a independência e a imparcialidade os seguintes atributos da justiça militar: (i) seus membros sejam militares em serviço ativo, (ii) estejam subordinados hierarquicamente a seus superiores em uma cadeia de comando, (iii) não gozem da garantia de inamovibilidade, e (iv) sua nomeação independa de qualquer exigência de formação jurídica para o exercício do cargo.

88. O sistema brasileiro de jurisdição militar também contém as características enumeradas, ao admitir que oficiais da ativa sem formação jurídica assumam postos de juízes militares e de ministros do Superior Tribunal Militar. Isso impõe que a mesma solução jurídica dada pela CIDH no caso acima seja conferida ao caso brasileiro, qual seja, a declaração de incompatibilidade entre o art. 9 do CPPM e o Pacto de San José, por violar o direito de julgamento por órgão jurisdicional independente e imparcial.

89. Ademais, o julgamento de civis por tribunais militares é reputado pela Corte Interamericana incompatível com o estado democrático de direito de forma ampla. Nessa linha, confira-se trecho da decisão *Durand y Ugarte vs. Perú* (2000):

“117. En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

90. 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” (g. n.)⁶⁶.

91. 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. É inerente ao ideal de integração sul-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.

92. Tal finalidade só pode ser atingida se à Corte Interamericana couber a tarefa de uniformização do entendimento acerca da extensão dos direitos contidos no Pacto, a tal competência devendo se somar uma postura de deferência por parte dos Tribunais nacionais. Trata-se de corolário da concepção de Estado Constitucional Cooperativo, assim compreendidos os que, por meio da integração internacional, buscam atingir finalidades comuns, dentre as quais a proteção a direitos humanos é das de maior relevo⁶⁷.

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

67 Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68.

93. Este 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.

94. 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.

95. Não obstante os 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.

96. 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-las virtualmente despidas de proteção efetiva no que tange aos efeitos do Pacto sobre a interpretação de leis 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.

97. 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.

98. A centralidade dos direitos humanos na ordem constitucional 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 destacam as garantias do juiz natural, bem como da independência e imparcialidade judicial. Eventual ausência 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.

99. A Corte Interamericana já se pronunciou sobre o tema da presente Arguição 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 efetiva⁶⁸. Nessa 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. É imperioso, então, que o Estado brasileiro adote medidas para adequar seu sistema processual aos direitos fundamentais, sendo a interpretação destes de forma perfilhada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos via adequada para tanto e decorrência do art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

100. Ademais, tal solução, além de correta do ponto de vista constitucional, constitui o caminho natural a ser percorrido pelo Estado brasileiro no movimento de progressiva congregação internacional em torno do consenso a respeito da impossibilidade do julgamento de civis por Tribunais militares.

⁶⁸ Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, 2010, § 257.

– IX –

**CÓDIGO PENAL MILITAR E “ANOS DE CHUMBO”:
A NÃO RECEPÇÃO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS**

101. Como já se disse, o processo que levou à promulgação da Constituição de 1988 foi informado por valores cujo conteúdo humanístico e democrático visavam, sobretudo, a romper completamente com o regime de exceção instaurado em 1964, o qual, por sua vez, constitui o contexto em que foram editados os dispositivos ora impugnados.

102. A transição de regimes autoritários para democracias constitucionais quase nunca ocorre na velocidade que seria ideal. Ela não se concretiza plenamente e produz todas as suas consequências apenas com a promulgação de uma Constituição, que rompe normativamente com o passado, consagrando valores democráticos. Todo o processo de transição, devido à sua própria natureza, fundamentalmente política, é inevitavelmente lento, incerto, e repleto de percalços, pois geralmente exige delicados rearranjos institucionais, capazes de assegurar a submissão da autoridade militar ao comando civil e a garantia de direitos fundamentais em países com pouca tradição democrática⁶⁹.

103. Sendo assim, é necessário, para a consolidação da democracia no Brasil, que o Poder Judiciário, principalmente por meio da jurisdição constitucional, contribua para o avanço desse processo, declarando que as leis e atos normativos infraconstitucionais que estruturavam rotinas, práticas e instituições essenciais para o funcionamento da máquina repressiva não podem continuar subsistindo sob a nova ordem constitucional instaurada em 1988.

104. Este próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, já destacou a importância de extirpar

⁶⁹ Sobre o tema da justiça de transição e reforma institucional na América Latina ver Brett J. Kyle e Andrew G. Reiter. “Dictating Justice: Human Rights and Military Courts in Latin America”. In: *Armed Forces & Society*. January 2012, vol. 38, no. 1, pp. 27-48. Disponível em <<http://afs.sagepub.com/content/38/1/27.full.pdf+html>>

do ordenamento jurídico brasileiro resquícios autoritários completamente incompatíveis com as liberdades fundamentais típicas de um Estado democrático de direito⁷⁰.

105. Nesse contexto, cumpre ressaltar que as normas questionadas pela presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289/13 constituem exemplos claros de uma institucionalidade autoritária que, embora tenha sido edificada no Brasil pelo governo de exceção durante o auge dos “anos de chumbo”, continua em vigor até hoje. De fato, o CPM e o CPPM, outorgados em outubro de 1969, permanecem regulando o funcionamento da Justiça Militar no Brasil, exercendo influência no processo e no conteúdo de seus julgamentos. Constituem, pois, parte do aludido “legado autoritário” que atualmente se busca extirpar.

106. A **total ausência de credenciais democráticas** do art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar afasta a sua presunção de constitucionalidade, justificando uma intervenção mais enérgica deste Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional⁷¹. A atuação da Corte nesse caso não envolveria a chamada “dificuldade contramajoritária”, tendo em vista que a norma que prevê a submissão de civis à Justiça

⁷⁰ A importância da consideração do contexto autoritário no qual foi editada a Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, a chamada “Lei de Imprensa” foi ressaltada em diversos momentos do julgamento da ADPF 130. O Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto, ressaltou no seu voto que “A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como “anos de chumbo” ou “regime de exceção” (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa: I - quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica mãe de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II - quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às calendas gregas a devolução do governo ao poder civil”. Ver STF, DJU 05 nov. 2009, ADPF no 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, pp. 70 e 71. Ver STF, DJU 05 nov. 2009, ADPF no 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, p. 101.

⁷¹ De acordo com Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a época de edição do ato normativo deve funcionar como um dos parâmetros para “*calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos e, também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional*” (*Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2ª ed. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2014. p. 462)

Militar não foi editada por representantes do povo, mas outorgada por uma Junta Militar no contexto de uma ditadura.

107. Nesse cenário, não levar em conta o caráter autoritário do dispositivo impugnado equivaleria a desconsiderar o ideário democrático tão valorizado pela Constituição de 1988.

– X –

DA INSUFICIÊNCIA DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO POR JUÍZ AUDITOR EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

108. Tem sido aventada, como suposta solução para o problema constitucional do julgamento de civis pela Justiça Militar, a não participação nos respectivos julgamentos, em primeira instância, dos juízes militares.⁷² Tal solução está longe de ser suficiente para sanar os vícios acima apontados.

109. Em primeiro lugar, o juiz-auditor continua atuando no contexto da justiça castrense, aplicando suas normas e embebido de seus valores. Esse fator, por si só, compromete a imparcialidade objetiva de sua atuação, tendo em vista a ausência de garantias materiais que permitam afastar qualquer dúvida quanto a sua parcialidade (v. item IV).

110. Em segundo lugar, o julgamento em segunda instância permaneceria sendo realizado pelo STM, integrado majoritariamente por ministros militares. Ademais, tanto em primeira quanto em segunda instância, a legislação aplicável orbitaria em torno do Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, outorgados durante os anos de chumbo e impermeáveis às inovações ocorridas do Direito Penal e Processual Penal em geral (v. item V).

⁷² Veja-se o Projeto de Lei nº 7683/2014 apresentado ao presidente da Câmara dos Deputados pelo presidente do Superior Tribunal Militar.



111. Por fim, a manutenção da competência da Justiça Militar para julgar civis contrariaria todos os esforços de justiça de transição, perpetuando fática e simbolicamente entulho anacrônico e autoritário francamente incompatível com a sistemática e os valores baseados na centralidade dos direitos humanos e da democracia, consagrados na ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988.

– XI –

PEDIDOS

112. Por todo o exposto, o Tortura Nunca Mais espera, na linha do pedido formulado pelo Procurador Geral da República, seja conferida ao art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição, a fim de seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis, o que contribuiria sobremaneira para o aprimoramento institucional do Estado de Direito instituído entre nós pela Constituição de 1988, reforçando a sua aptidão para melhor defender e promover os direitos fundamentais.

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

EDUARDO LASMAR PRADO LOPES

OAB/RJ nº 189.700

ACADÊMICOS DE DIREITO

Camila Almeida Porfiro

CAMILA ALMEIDA PORFIRO

Diego Gebara Fallah

DIEGO GEBARA FALLAH

Juliana Carreiro Avila

JULIANA CARREIRO AVILA

Helena Ferreira

HELENA FERREIRA

Lucas Souza Lima

LUCAS A. A. DE SOUZA LIMA

Marina A. Siqueira

MARINA A. SIQUEIRA

Renan Medeiros

RENAN MEDEIROS