

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS,
CULTURAS JURÍDICAS E MOVIMENTOS SOCIAIS**

ADRIANA FASOLO PILATI

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

E271

Efetividade dos direitos humanos, culturas jurídicas e movimentos sociais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Andrés Gascon Mucuenca – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-019-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, CULTURAS JURÍDICAS E MOVIMENTOS SOCIAIS

Apresentação

O X Encontro Internacional do CONPEDI em VALÊNCIA – ESPANHA, dedicado ao tema “Crise do Estado Social”. O encontro, além de outras questões, se propôs analisar as circunstâncias políticas, econômicas e jurídicas relacionadas às adversidades do modelo de Estado Social. A reflexão propôs-se ainda a explicar em que medida a crise econômica, iniciada em por volta de 2008, tem afetado a União Européia e a América Latina.

O Grupo de Trabalho Efetividade dos Direitos Humanos, Culturas Jurídicas e Movimentos Sociais I, contou com a apresentação de 10 trabalhos, os quais propuseram reflexões sobre a efetividade das instituições internacionais no âmbito governança global; a instituição dos direitos humanos e fundamentais na sociedade moderna pós Declaração Universal dos Direitos Humanos; a internacionalização dos direitos humanos e o contributo das empresas frente às políticas estatais de concretização desses direitos por meio do desenvolvimento sustentável; o uso de precedentes estrangeiros como instrumento de acesso à justiça em defesa da dignidade da pessoa humana; a crise da democracia na América Latina e a redemocratização dos sistemas políticos a partir dos movimentos sócias; a crise dos imigrantes na europa; a proteção da criança e adolescente com transtorno de déficit de atenção; a sociedade, seus movimentos e a influência nas culturas jurídicas; os fractais jurídicos das pessoas; e o caso palamara iribarne vs. Chile e sua importância na consolidação da garantia do princípio do juiz natural em face da jurisdição militar

As comunicações efetuadas pelos participantes, de forma geral, demonstraram preocupação com os horizontes democráticos, tanto na dimensão teórica como na sua práxis. Abordam a necessidade de se fortalecer o regime democrático e as simultâneas ameaças que alguns fenômenos atuais produzem aos direitos humanos.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia e a efetividade dos direitos humanos, principalmente diante de culturas representada por minorias. A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno dos direitos humanos, culturas jurídicas e movimentos. Mais uma vez se observou e a necessidade de

criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender a realidade jurídica do Brasil.

Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati - UPF

Prof. Dr. Andrés Gascon Mcuena - UV

**O CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE E SUA IMPORTÂNCIA NA
CONSOLIDAÇÃO DA GARANTIA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL EM FACE
DA JURISDIÇÃO MILITAR**

**THE PALAMARA IRIBARNE CASE V. CHILE AND ITS IMPORTANCE IN THE
CONSOLIDATION OF THE GUARANTEE OF THE PRINCIPLE OF THE
NATURAL JUDGE IN THE FACE OF MILITARY JURISDICTION**

**Paulo Cesar De Lara ¹
Alexandre Almeida Rocha ²**

Resumo

O objetivo do artigo é demonstrar que o agigantamento da Competência da Justiça Militar está em desconformidade com o princípio do Juiz natural, pois, militariza a sociedade, pondo civis sob a jurisdição militar. Mesclam-se os métodos histórico, descritivo, dialético e comparativista na análise do tema. Busca-se como resultado concluir que a sociedade democrática está em risco, apontando-se a violação a entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a inconveniência de algumas inovações legislativas sendo preciso uma adequação interna aos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito e à Convencionalidade

Palavras-chave: Jurisdição militar, Convencionalidade, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the article is to demonstrate that the widening of the Competence of the Military Justice is in disagreement with the principle of the natural Judge, as it militarizes society by placing civilians under military jurisdiction. The historical, dialectical and comparative methods are mixed in the analysis of the theme. As a result, the aim is to conclude that democratic society is at risk, pointing to violations of the Inter-American Court of Human Rights's understandings and the lack of certain legislative innovations, requiring an internal adjustment to the principles of the Democratic Rule of Law and Conventionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Military jurisdiction, Conventionality, Rights humans

¹ Mestre em Direito Constitucional e Professor Assistente no Departamento de Direito das Relações Sociais na UEPG

² Doutor em Ciências Sociais Aplicadas e Professor Adjunto no Departamento de Direito de Estado da UEPG

1 INTRODUÇÃO

O problema que se coloca é a preocupação com a crescente militarização da sociedade brasileira pós 1988, ano que entrou em vigência a Constituição cidadã, a qual veio carregada de um certo antídoto contra um Estado não democrático, estabelecendo uma sociedade democrática avessa ao militarismo cujo regime dominou por quase 30 anos no Brasil, que começou no Governo Temer (2016 a 2018) e agrava-se no Governo do Presidente Bolsonaro (2019), tomando contornos de um evidente retrocesso do Estado na proteção dos Direitos Humanos.

Problematiza-se sobre se é correto se estabelecer jurisdição militar sobre civis em tempo de paz, ou se é correto afastar a jurisdição do Tribunal do Júri em se tratando de crimes dolosos contra a vida praticado por militares e até que ponto estes aspectos estariam militarizando a sociedade e pondo em risco a proteção ao princípio do Juiz natural, já que esta garantia é essencial à proteção aos Direitos Humanos.

A relevância do estudo em tela consiste em se assegurar de um lado que a responsabilidade criminal do militar, acusado de crimes dolosos contra a vida, sejam apreciada por Tribunais Civis e de outro lado impossibilidade da jurisdição militar se estender sobre civis em tempo de paz, tendo-se como pano de fundo, um caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao mesmo tempo em que se precisa dar poder a sociedade civil para que julgue crimes contra os Direitos Humanos assegurando-lhe jurisdição ordinária é preciso conter a jurisdição militar em face a atos praticados por civis em tempo de paz.

Como temas centrais discute-se sobre ser ou não correto estabelecer jurisdição militar sobre civis em tempos de paz, submeter crimes de militares ao Tribunal do Júri, em regra julgados pela Justiça Militar, a questão do Juiz natural, a evolução legislativa do tema, o devido processo legal, bem como a violação à Convencionalidade em se tratando de Direitos Humanos.

O objetivo do artigo é demonstrar que o agigantamento da competência da Justiça Militar está em desconformidade com a Jurisprudência do Sistema Interamericano, pois se militariza a sociedade submetendo civis a autoridade militar, o que viola normas de Convencionalidade. Quanto ao trato constitucional da matéria, sob a metodologia internacionalista, o entendimento da Jurisdição interna quanto a temática Constitucional, está é um indiferente jurídico, posto que não se pode submeter a Jurisprudência internacionalista ao crivo interno, seja por se tratar de normas de jus Cogens, seja porque o Brasil se submeteu livremente à Jurisdição da Corte, seja porque a densidade humanística universalizante deve se sobrepor à relativismos internos.

A justificativa do estudo é a preocupação com a violação da estabilidade democrática e o retrocesso em se trazer para o palco das discussões questões que deveriam estar pacificadas considerando o grau de desenvolvimento da sociedade brasileira e da consciência jurídica universal. Quanto ao método de pesquisa, mesclam-se os métodos histórico, descritivo, dialético e comparativista na análise do objeto de estudo.

Busca-se como resultado do estudo evidenciar que é necessário reafirmar os princípios democráticos e que a sociedade democrática está em risco, apontando-se a violação a entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a (in)convencionalidade de algumas inovações legislativas sendo preciso enfoque jurídico processual adequar-se aos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito e à Convencionalidade.

No plano do controle de Convencionalidade surgiu o caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005). Neste caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos condenou a República do Chile a adequar a legislação interna às orientações da Corte, adotando medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que "um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares. O Brasil se expõe a condenações neste sentido caso continue violando normas Convencionais.

2 OS PODERES DO ESTADO

Ao se falar de jurisdição de pronto a memória remete ao Poder do Judiciário em conhecer de certas matérias e isso se dá devido a uma ficção jurídica, como visto que entende que somente há jurisdição do Judiciário sendo que esta forma de pensar é bastante ligada a sistemas Presidencialistas, pois no Parlamentarismo já há uma tendência em se trabalhar mais a questão do compartilhamento do Poder. Se jurisdição é poder dizer o direito há de ser observado qual é o direito sobre o qual se diz algo.

Na França há grande preocupação com a intromissão do Judiciário na instância do Executivo, pois, a Corte Constitucional e o Conselho Constitucional convivem em estreita colaboração fazendo com que o Judiciário e o Executivo acoplem o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. O Controle do Constitucionalidade feito no âmbito do Executivo é rigoroso para que se evite a todo custo que o Judiciário reexamine as questões.

Tem-se jurisdição, canônica, administrativa e Judicial, por exemplo, e todas demandam de uma única fonte, razão pela qual é preciso iniciar as reflexões em torno de tal tema a partir da fonte de emanção de todas as manifestações de poder. O Poder político é uno, contudo, sua natureza parece fragmentar-se ao especializar-se, quando avistado em suas

especificidades e inserido na complexa interação institucional nas democracias modernas, no pleno exercício de suas tarefas constitucionais cotidianas, como propor e administrar Políticas Públicas, criar leis e julgar os conflitos. Contudo esta noção fragmentada não procede.

O Poder único, indissolúvel, monolítico e concentrado nas mãos do Estado, sofre influxos das mais variadas facções de grupos sociais, grupos de poder, corporações, economias ou interesses ideológicos multifacetados, quando do exercício deste mesmo Poder que repousa toda a sua legitimidade ou deveria repousá-la na vontade popular. Portanto, a noção de um Poder único evoca também uma finalidade única para tal poder, a qual não pode deixar de ser colaborativo e dialogal com as várias instâncias especializadas no exercício deste mesmo Poder, que alguns denominaram de princípio da separação de poderes.

É em torno da temática do Poder, da jurisdição, do exercício de poder sobre o cidadão, da tendência à militarização e o risco de se abalar a Democracia com a crescente perda de protagonismo dos civis na administração da vida civil e convencionalidade, observando a interação de toda esta engenharia de poder tendo como pano de fundo um caso julgado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos que discute no plano do convencionalismo, trata-se do caso *Palamara Iribarne Vs. Chile* e sua importância histórica já que esta versa justamente sobre a impossibilidade de se estender a jurisdição militar para civis em tempo de guerra.

Junto à Corte Interamericana. Nelson e Rocha (2019) chamam a atenção para a mitigação no princípio da separação de poderes apoiados nos ensinamentos de José Afonso da Silva e Paulo Bonavides. José Afonso da Silva (2005, p.26) assenta que o princípio da separação de poderes é mais ameno atualmente, pois, “o Estado contemporâneo enseja novas formas de relacionamento entre os poderes”, preferindo-se se falar em “colaboração” do que de “separação”, mas, uma colaboração da qual resulte sempre a conservação ou exaltação do fortalecimento da cidadania.

A ideia de separação de Poderes ou colaboração de poderes está diretamente ligada a noção de estabelecer jurisdição ou reivindicá-la e como o tema trata de analisar os danos democráticos de uma sociedade cada vez mais militarizada incursionar neste tema torna-se essencial à plena compreensão do objeto em análise.

Uma certa tendência ideológica de direita vem crescendo no mundo e ensejando a discussão sobre questões como o Estado Policial, o Estado de Exceção, o Estado Penal Máximo, a crescente militarização que avança sobre a sociedade e a concepção de Estado, de jurisdição e poderes do Estado, em especial, na América Latina e América do Norte.

Para se compreender de outro lado a necessidade de se firmar as conquistas históricas conseguidas pela sociedade e pelos indivíduos o tema da jurisdição militar invasiva remete a reflexão num primeiro momento para a temática do próprio Estado, sua natureza, sua engenharia de poder, sua lógica funcional e os influxos ideológicos sobre sua constituição.

Nelson e Rocha (2019) fazem a distinção entre os termos “colaboração” e “separação” de Poderes, sendo a colaboração de índole parlamentarista e a separação tem mais o sentido de independência orgânica e harmonia dos poderes. Paulo Bonavides (2007, p. 157-158) assinala que o princípio da separação de poderes como que “perdeu a autoridade” e que “embora conste na Doutrina e nas Constituições é incompatível com as formas mais avançadas nas Democracias contemporâneas”. Afirma ainda que o princípio da separação de poderes “quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.”

Apesar destes e outros autores fazerem alusão nos últimos tempos a esta mitigação da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu há registros de um entendimento bem mais elucidativo sobre o tema e ao que parece, portador pioneiro deste entendimento na doutrina administrativista brasileira. O ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles (1987, p. 35) assinala em nota de rodapé em sua celebrada obra sobre Direito Administrativo brasileiro, o seguinte:

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões separação de poderes ou divisão de poderes, referindo-se unicamente a necessidade do equilíbrio entre os poderes, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema *checks and balances*, que o nosso método de freios e contrapesos, em que o poder limita o outro, como sugerir o próprio autor no original: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Seus apressados seguidores é que deturpam o pensamento e passaram a falar em divisão e separação de poderes como se fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações quando na verdade isso não ocorre porque o governo é a resultante da interação dos três poderes de estado legislativo, executivo e judiciário, como a Administração o é de todos os órgãos desses Poderes.

O Poder desdobra-se no exercício de funções constitucionalmente delimitadas, daí falar-se em especialização em sua forma de agir, mas, não em “divisão” ou “separação”, terminologia oriunda das confusões que alguns fizeram quando da leitura da obra de Montesquieu (1979). O Poder do Estado é por sua natureza, indivisível e inseparável, monolítico. Daí falar-se do equívoco que se comete com bastante incidência na seara do Direito Político, em se fragmentar o Poder em Executivo, Legislativo e Judiciário, todos, faces diferenciadas em sua atuação específica, todos, faces de uma mesma realidade, qual seja o poder do Estado contrastando com a necessidade dos homens que vivem neste mesmo Estado e se verem de alguma forma protegidos pela sombra onipresente do Estado, mas, principalmente, protegidos deste mesmo Estado.

Por isso mesmo se reclamam limitações a este Poder, seja na forma do seu exercício, seja quanto ao conteúdo das decisões políticas, pois, há certa gama de direitos que somente o legislador constituinte pode vir a desconstituir quando do exercício do Poder constituinte originário, tal é o caso das cláusulas intangíveis da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019) (Art. 60, § 4º), são as ditas “cláusulas pétreas” que dá a Constituição brasileira um status de super flexível, conquanto a doutrina constitucional menos sofisticada não contemple esta modalidade em suas classificações clássicas da Constituição brasileira. Se assim se passa no plano interno, no plano da Convencionalidade o controle se dá ao contrastar com a legislação internacional, seus usos e costumes e toda a sua tessitura internacionalista.

Doravante, a temática afunila-se para o Judiciário e suas Jurisdições, seu poder de dizer o direito e sobre quem pode dizer tal direito, sendo esta delimitação do objeto essencial ao construto da presente reflexão. São diversos os órgãos (adotando-se a teoria do órgão) Meirelles (1987, p. 41) que compõe o “Poder Judiciário”, contudo, quis o constituinte instituir certas “*justiças especializadas*” no cerne do Poder Judiciário, tal é a razão de ser da chamada *Justiça Trabalhista, Eleitoral e Militar*.

É sobre a Justiça “Militar” que se concentram as reflexões a seguir expendidas, contudo, não se pode deixar de assinalar mesmo que perfunctoriamente alguns aspectos de inconsistência nesta construção jurídica de coabitação de “justiças especiais”. Quanto à Justiça Militar, esta sem dúvida, tem sido a maior fonte de especulações quanto a (a) sua utilidade em tempo de paz, (b) a composição *sui generis* do seu corpo de julgadores militares inclusive sendo convocados via sorteio após a ocorrência dos delitos (*post factum*) o que leva a correlacionar tal situação com o princípio do juiz natural, (c) a inserção de civis, como sujeito à jurisdição militar ante o princípio de que ninguém é obrigado a submeter-se a julgamento da autoridade incompetente, (d) a situação de militares que são juízes militares a julgar cidadãos sem, contudo, estarem revestidos da plenitude das garantias constitucionais para assegurar julgamentos justos, equânimes, isentos da ideologia e das idiosincrasias do mundo castrense.

As garantias constitucionais da magistratura (inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos, autonomia para julgar) como se sabe não são benesses do Estado, pelo contrário são direitos inalienáveis e resultam do próprio regime republicano e democrático, não sendo factível se possa imaginar deva o cidadão militar ou civil, submeterem-se às decisões de autoridades estatais que exercem a função de Juiz de forma anômala, pois, não contam com a plenitude das garantias asseguradas a Magistratura pelo texto constitucional da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 2019).

3 NOTA SUMÁRIA SOBRE O HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

Ante a delimitação do tema apresentado indaga-se se há como conciliar um modelo de sociedade democrática, republicana com seus direitos civis assegurados diante do agigantamento da competência da Justiça militar? Como não haviam Estados independentes que vieram a compor a União Federal como na História constitucional norte americana e sim o Império que se sucedido pelo regime Republicano e a forma federada de Estado, como que inverteu a ordem natural das coisas, surgindo a federação antes de haver unidades políticas a serem fundidas, a matriz da justiça militar e seu formato acabou sendo a própria justiça militar, mas somente houve uma “militarização” das Polícias mesmo com o Regime Militar da década de 60 no Brasil.

A Justiça Militar da União foi instituída em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João, denominando-se Conselho Supremo Militar e de Justiça, perpassando por vários momentos históricos, inclusive o Republicano em 1891. Foi mantida e integrada ao Poder Judiciário pela Carta Política de 1934, e instituiu-se o Supremo Tribunal Militar, com as mesmas competências do extinto Conselho Supremo Militar que com a Constituição de 1946, adquiriu a terminologia Superior Tribunal Militar. Manteve-se em 1964 e 1967, até chegar em 1988 na forma que atualmente se encontra.

A Justiça Militar tem suas ramificações e jurisdição definida nas Justiças dos Estados que eram competentes para julgar os crimes dos militares, depois os crimes dolosos contra a vida passaram a ser de competência do Tribunal do Júri por chamativos de cidadania e como que uma “desmilitarização” da sociedade civil, após incessantes clamores dos setores comprometidos com as demandas dos Direitos Humanos, sendo encampada tal reivindicação pelo MNDH, o Movimento Nacional dos Direitos Humanos e demais entidades afins.

Depois, no fim do ano de 2017, no Governo Temer, volta a ser competência da Justiça Militar os crimes praticados por militares, algo inacreditável e imprevisível tamanho o esforço da sociedade para desmilitarizar crimes contra Direitos Humanos, o que será analisado de forma apropriada ao longo do texto.

4 A JUSTIÇA MILITAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Nos termos do art. 92 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019), são órgãos do Poder Judiciário: *VI - os Tribunais e Juízes Militares*. A justiça Militar apresenta-se como justiça “*especializada*” e jurisdiciona sobre certa categoria de agentes, impulsionando a aplicação da lei militar às Forças Armadas, Marinha, Exército e Aeronáutica, julgando os

crimes militares definidos em lei. O art. 124 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019), dispõe no seu Art. 124 que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, dispondo ainda o seu Parágrafo único que “a Lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019), menciona as duas espécies de Justiças Militares: a federal e a estadual (Art. 122, 124 e 125 §§ 3º, 4º, 5º da CF/88). Determina o Art. 122 a forma como se constitui os órgãos da Justiça Militar: (I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei). No tocante à esfera federal, são órgãos da Justiça Militar da União: (Art. 122) O Superior Tribunal Militar, os Tribunais Militares, os Juízes Militares. Observe-se que ao CF/88 determina no art. 122 que são órgãos da Justiça Militar (I) - Superior Tribunal Militar; (II) - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

5 AS LEIS INFRA CONSTITUCIONAIS APLICADAS À JUSTIÇA MILITAR.

As legislações infraconstitucionais que regulam a competência e o funcionamento da Justiça Militar da União são o Código de Processo Penal Militar (CPPM) (BRASIL, 1969) e a Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJMU), Lei nº 8.457/92 (BRASIL, 1992) A previsão constitucional desta justiça especial ou “*sui generis*” como denominada por alguns, é regulamentada em Lei, no caso, pela Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares. Determina Lei nº 8.457/92 (BRASIL, 1992) no tocante a Composição dos Conselhos:

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça: **Conselho Especial de Justiça**, constituído pelo **Juiz-Auditor e quatro Juízes militares**, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade.

Com a Lei 13.774/2018, a figura do Juiz-Auditor foi substituída pelo Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar. (BRASIL, 2018) e no Art. 18 foi assegurada a vitaliciedade do cargo aos juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente.

Anteriormente, até 1992, a vitaliciedade assegurada (art. 18) se restringia ao Magistrado concursado e não aos juízes militares sorteados periodicamente, não tendo assim a mesma extensão e natureza das garantias constitucionais asseguradas à atividade judicante por determinação explícita do texto constitucional de 1988. Com a Lei 13.774/2018, determinou o Artigo 18 que eram vitalícios os Juízes tanto do Conselho Especial quanto do Conselho Permanente.

Com isso, em 2018 foi mitigada híbrida da Justiça Militar quanto as garantias jurisdicionais. Mesmo assim, tal estrutura se dava pelas peculiaridades da vida militar, portanto em nenhum momento identificável com os civis e impensável a submissão dos civis a tal estrutura de Justiça. Aliás, como sabido, a Constituição de 1988 não deixou de ser como que uma Constituição antídoto aos momentos históricos em que se violavam garantias impunemente no Brasil desde o advento de 31 de março de 1964.

Poderia até se cogitar do caráter até certo ponto exagerado na proteção dos Direitos Humanos iria se retrair e evidenciar-se cada vez menos necessário ante o processo de estabilização democrática. Isso até o Governo Temer, em especial nos anos de 2017/2018, período logo após o impedimento da Presidente Dilma e que iria se escancarar logo nos primeiros meses do Governo Bolsonaro iniciado em 1º de Janeiro de 2019, quando o Pacto Político da Constituição Federal de 1988 começa a ser violado de forma constante, progressiva e sem a necessária reação da sociedade civil, temerosa em deslegitimar o novo governo violador e desrespeitoso para com o pacto político fundamental de 1988.

Se por um lado, foi suprida a instabilidade da situação *sui generis* de “juizes sem garantias”, que eram os demais não concursados, a lei determina que os julgadores militares sejam “*sorteados*” *post factum*, o que agride ao princípio do juiz natural. Mas, se interpretada esta estrutura de forma restrita e nas raias estritas do mundo militar há um certo sentido. Contudo, mesmo assim há decisões tímidas que sob o argumento de se agredir ao princípio do juiz natural, identificam inconstitucionalidades no referido dispositivo legal ora em comento.

Mesmo se suprida também este aspecto, é de se observar que entendeu o STF o caráter anômalo da jurisdição penal militar sobre civis em tempo de paz ofendendo-se ao postulado do Juiz Natural e é aí que está a questão, não se pode imaginar a estrutura de poder da Justiça Militar para os civis e para tempos de paz.

A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, "*ratione personae*". É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (Código Penal Militar e Código Penal Militar).

O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, "*tout court*". E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica

de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. Por óbvio recai inconstitucionalidade sobre este dispositivo legal infraconstitucional no plano interno, e no plano internacionalista protetivo dos Direitos Humanos, violam-se garantias.

5 OS ARGUMENTOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA.

A especialização da *justiça militar* leva a argumentos de que os militares detêm o monopólio do armamento pesado, a segurança e a soberania da nação dependem da noção de hierarquia e a disciplina, que caso desrespeitados põem em risco a soberania do Estado e a estabilidade do regime político.

Tais aspectos demonstram estar se lidando com valores singulares, muito especiais ministrados não sobre o homem comum, mas sobre homens e mulheres cujo ápice do dever legal é arriscar a própria vida ou até mesmo matar para cumprir sua obrigação, por isso mesmo tais valores são tutelados pelo Constituinte e pelo legislador de forma especialíssima, decorrendo daí a importância da Justiça Militar da União como justiça especializada, pois há aqui um componente psicológico e humanístico muito diferenciado, que é um sentir de dever para com a Pátria que não se pode impor em mesmo grau e intensidade ao civil que não foi preparado para isso e nunca ansiou por tal condição, que até pode ocorrer, mas de forma totalmente anômala.

Tamanha radicalidade é de uma responsabilidade imensa, de tal forma que o argumento de que se deve ser julgado por Tribunal Militar devido à grandeza da missão constitucional acometida aos militares deve ser visto justamente pelo contrário, no sentido de que diante de tal missão constitucional, em caso de possíveis erros ou falhas, somente se estará a obedecer aos comandos oriundos do Estado Democrático de Direito se os acusados forem julgados por juízes revestidos da plenitude das garantias constitucionais reservadas aos Magistrados nos termos precisos da Constituição Federal.

6 OS PROBLEMAS DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Ferrajoli (2006, p. 545) assinala que “O princípio do juiz natural impõe, ao contrário, que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas”. Há aqui uma questão aparentemente simples, pois, se a Constituição determina as garantias para os juízes, não o faz sem razão, é a própria democracia que está sendo garantida com as

prerrogativas dos magistrados que não são de ordem pessoal, senão institucional, política e profundamente histórica. Não é sem razão a advertência de HABERMAS diante da fragilidade das democracias.

Como bem assinala Catherine Audard (2005, p. 83) para um Estado, “não basta ter as instituições do Estado de Direito, do *Rechtsstaat* ou da *rule of Law*”. É preciso mais, ao seu ver, é “necessário completá-los com uma cultura política democrática e uma sociedade civil vivas, emancipadas do poder político, tudo que faltou à República de Weimar.” Explica a referida autora que “A legalidade formal se liga para HABERMAS ao conteúdo político e moral que não existia na Alemanha de Hitler, mas que iria constar expressamente na Lei Fundamental de 1945.” O fato é que a nação brasileira outorgou a si a Constituição Federal de 1988 e assentou como uma das garantias das liberdades públicas que todo e qualquer cidadão somente deve se submeter a um processo diante de magistrados revestidos da plenitude das garantias democráticas expressamente previstas.

De fato, prevê o Art. 95 da CF/88, (BRASIL, 1988) sem fazer exceção alguma que os juízes gozam das garantias de I - vitaliciedade, com a expressa menção de que somente a perde se perder o cargo e após sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio, e ainda o Art. 5 “, LIII da CF/88 (BRASIL, 1988) determina que “ninguém será processado” nem “sentenciado” senão pela “autoridade competente;” consagrando assim a figura do juiz natural. O Art. 95 da CF/88 (BRASIL, 1988) determina que 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.

Não há exceção a estas regras. É bem verdade também que o texto Constitucional institui a Justiça Militar como órgão do Judiciário e que por isso mesmo devia o legislador revestir a figura do Juiz militar de todas as garantias constitucionais, mas não o faz. Ocorre que decisões de órgãos incompetentes não podem obrigar o cidadão no Estado Democrático de Direito.

Não importa aqui assinalar que o Código Processual Militar ou ainda a Lei Orgânica da Magistratura castrense determinam jurisdição e poderes a quem jurisdição não tem e que poder também não tem, pois o “direito positivo não é exterior aos princípios fundamentais da Constituição” com assinalado por Catherine Audard (2005, p. 98-99), ao explicar o pensamento de Habermas, pois, “Os cidadãos só são politicamente autônomos na medida em que podem

compreender-se coletivamente como os autores das leis às quais estão submetidos enquanto destinatários.”

A novidade da tese de Habermas, em *Direito e Democracia*, é tratar o direito positivo que tem todos os cidadãos de participarem no processo político de formação da vontade geral como um direito humano. Não pode ser o cidadão afetado por decisões das quais sequer teve oportunidade de participar direta ou indiretamente pela via dos caminhos democráticos. Como ressaltado por Ackerman (1991) os direitos fundamentais provém do próprio debate público constitucional, da democracia em ação, de onde a expressão tradicional: “*We the People*”. Silva (2008 p. 72) afirma que “alguns aspectos da legislação penal e processual militar ainda se ressentem dos defeitos de sua origem, o regime militar, que não se compadecem com um regime democrático”.

O ilustre Constitucionalista assinala que “a Constituição atual teve certa prevenção contra esse passado obscuro, por isso tentou limitar a jurisdição militar”. Afonso da Silva (2008 p.82) afirma que “muitas das previsões do Código Penal Militar e do Código Processual Militar e mesmo da lei de Organização Judiciária Militar, não se harmonizam com o texto da Constituição”. Finaliza sua explicação afirmando que “os Tribunais, contudo, ainda não foram chamados a apreciar devidamente a conformidade constitucional desses textos infraconstitucionais”.

7 DA LEI 13.491/2017 QUE REINSERIU A JURISDIÇÃO MILITAR SOBRE CRIMES PRATICADOS POR MILITARES CONTRA DIREITOS HUMANOS.

Até então a questão estava em não se poder sujeitar o civil á Corte Marcial, o que seria um elástico jurisdicional restritivo as garantias constitucionais. Contudo, as coisas ficaram piores ainda no Brasil em 2017, pois, os crimes contra os Direitos Humanos cometidos por militares, que passaram a ser de competência do Tribunal do Júri por alteração constitucional, em virtude de um trabalho árduo da sociedade civil para desmilitarizar a competência de crimes contra a vida, deixando de valer e se voltou a estender sobre o militar o manto para da Justiça castrense em crimes dolosos contra a vida antes de competência do Tribunal do Júri e tudo isso numa tirada assaz célere do legislador.

Agora não só se tem a Jurisdição Militar estendida sobre o civil, como também se retira a jurisdição de um Tribunal civil para deslocar tal competência para a Justiça Militar, um dos principais problemas ao longo da década de 60, 70 e oitenta até a redemocratização, pois foi neste vão da História que se cometeram muitos e muitos abusos de direitos e a História recente

demonstrou que só se teve a lamentar com esta anomalia na jurisdição Militar, pelos vários motivos expostos a seguir.

Estes dois temas, o da militarização da competência da Justiça militar sobre civis e nova militarização da jurisdição dos crimes contra os direitos humanos evidenciam algo assustador do ponto de vista da História democrática recente no Brasil e em diversos Países da América Latina cujos regimes democráticos foram se esfacelando um a um, a concentração do poder da Justiça militar sobre a população civil e a retirada de poder jurisdicional da sociedade civil sobre os crimes militares contra os Direitos Humanos.

8 O RETORNO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS À JURISDIÇÃO MILITAR E O AUMENTO DE POSSIBILIDADES DE VIOLAÇÕES.

A Lei nº 13.491/2017, (BRASIL, 2017) transfere para a competência da Justiça Militar da União o julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis, amplia a competência da Justiça castrense para processar e julgar outros delitos (tais como, tortura e abuso de autoridade) imputados a militares contra civis, contraria a jurisprudência já consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por outro lado, o *princípio* do juiz natural deve ser analisado largamente, pois não tem sentido nenhum cidadão se submeter a um Tribunal Militar em tempos de paz porque é ofensivo à soberania, porque ofende aos cânones processuais, pois, não há legitimidade prevista procedimentalmente que supere a distinção clara de jurisdições traçadas pela Constituição.

Estes dois temas, o da militarização da competência da Justiça militar sobre civis e nova militarização da jurisdição dos crimes contra os direitos humanos evidenciam algo assustador do ponto de vista da História democrática recente no Brasil e em diversos Países da América Latina cujos regimes democráticos foram se esfacelando um a um, a concentração do poder da Justiça militar sobre a população civil e a retirada de poder jurisdicional da sociedade civil sobre os crimes militares contra os Direitos Humanos. Determina a Constituição Federal de 1988: (BRASIL, 1988)

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...)

§ 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)

A Lei Federal nº 13.491/2017, em seu Art. 1º altera o art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que é o Código Penal Militar determinando em seu inciso § 1º que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri” e em seu § 2º determina que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União.

Determina que o contexto para assim se aplicar a nova legislação se dá quando do “I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa”. No inciso II também determina que se aplica a lei quando se trata de “segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante” e o inciso III determina também se aplica a lei no contexto de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal.

Ora, até aqui se cria duas jurisdições, a do Tribunal do Júri na Justiça Comum para militares não pertencentes às Forças Armadas e a da Justiça Especializada Militar para os integrantes destas mesmas Forças. Por sua vez a CF/88 determina em seu Art. 142 em seu § 1º que somente “Lei complementar” pode dispor sobre o emprego das Forças Armadas.

O problema é que a Lei que altera um Decreto Federal não pode ser tomado por Lei Complementar, logo há um vício de forma no tocante à Lei 13.491/2017 a qual não obedeceu os cânones constitucionais para vir ao mundo jurídico, logo inconstitucional por ferir claramente o artigo 142, § 1º da Constituição Federal.

Mas, na contramão de tudo isso, vem a Lei 13.491/2017, que inicia por retirar do tribunal do júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares das Forças Armadas em situações de verdadeiro “policiamento urbano” (situações previstas no parágrafo 2º, incisos I, II e III do artigo 9º do CPM). Mas a nova lei vai muito além: há uma outra modificação muito preocupante e que não está sendo repercutida, que é a nova redação do inciso II do artigo 9º do CPM.

Além disso, amplia-se a Jurisdição castrense sobre outros crimes previstos na Lei penal comum, que poderiam ser praticados por militares em conexão e desta forma tais crimes não mais serão julgados na Justiça comum, serão todos crimes militares, tais como abuso de autoridade, tortura, associação para o tráfico, organização criminosa e outros evidentemente nenhum tipificado na Lei militar.

Por isso eram julgados na Justiça Comum e em havendo conexão eram cindidos. Agora não, tudo é crime militar. Ou seja, aumenta o poder da competência da jurisdição militar ainda mais. A Súmula 172 do STJ (BRASIL, STJ, 1996) dispunha que "competete à justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço" não mais será aplicada. Não é só Tribunal do Júri, a Jurisdição Militar reivindica diversas tipificações de crimes para si, é a militarização crescente da Segurança Pública.

Não se trata de atribuir maior ou menor efetividade na aplicação das Leis, que também pode ser discutido, mas é o fato de que os Tribunais Militares com sua estrutura hierarquizada de Poder e mando e com uma jurisprudência muitas vezes avessa ao STF no âmbito das liberdades públicas concentra poder e quem concentra poder tem cada vez mais poder Institucional, Político ao passo que o Poder dos Tribunais Cíveis se esvazia e a História demonstra que isso não é bom, é a Democracia quem está em risco, pois o Estado militarizado avança sobre temáticas de segurança pública que são e precisam ser do âmbito da sociedade civil propriamente dita.

9. O CASO PALAMARA IRIBARNE Vs. CHILE.

No caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (CIDH, 2005) em que a Corte Interamericana determinou a República do Chile que adequasse a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adotando medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que "um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)". Deu-se a condenação do Sr. Palamara pelo delito de desobediência e desacato em decorrência da publicação de um livro no qual criticava o serviço de inteligência chileno e a posterior proibição de publicação e venda dos exemplares pelo Estado do Chile, a Corte garantiu o direito de expressar suas ideias e distribuir seu livro livremente, ressaltando a impossibilidade de um civil ser julgado por Corte Militar.

Discorrendo sobre a temática da restrição à jurisdição militar nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Gutiérrez e Cantú (2010, p. 75) assinalam que consta do Relatório da Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU que "a competência dos órgãos judiciais militares deveria estar limitada às infrações cometidas dentro do âmbito estritamente castrense pelo pessoal militar."

Afirmam que a Corte IDH comunga do mesmo entendimento e o expõe no parágrafo 272 da Sentença do caso *Rosendo Radilla contra Estados Unidos Mexicanos* (CIDH, 2009a) afirmando que "em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal militar deve ter um

alcance restrito e excepcional e se destinar à proteção de interesses jurídicos especiais, ligados às funções próprias das forças militares". A concepção da Jurisdição Militar portanto deve ser encarada sempre de forma restritiva e excepcional da competência funcional militar com uso num regime democrático. Internacionalmente o estudo de casos junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos permite sistematizar as situações de infração e abusos para se trate do tema de forma sistemática.

10. A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, 2010) ao julgar o *Habeas-corpus* nº 106.171 oriundo do Estado do Amazonas, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu que não se tinha por Configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se o possível delito “não afetasse de modo real ou potencial”, a “integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares” que “constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados.”

Ou seja, mesmo que neste caso o STF tenha provido o Habeas Corpus, a Suprema Corte brasileira entendeu que é possível se estabelecer a Jurisdição da Justiça Militar sobre Civis. É verdade que elenca algumas situações mais restritas, mas em essência, ao assentar que se pode incidir na Competência castrense inclusive em situações “potencialmente lesivas a integridade, dignidade ou funcionamento e respeitabilidade das instituições militares”, deixa uma enorme discricionariedade, pois são conceitos penais em aberto.

O voto é muito bem feito, característico do Ministro Celso de Mello, cujas fundamentações em regra são tão convincentes que sempre há uma dúvida sobre o que se escreve na parte da fundamentação de fato corresponde a parte dispositiva. Contudo, a essência da decisão é que o STF acata a tese do reconhecimento da Jurisdição Militar sobre Civis em tempo de Paz e isso viola o Direito Internacional. A própria decisão do STF menciona a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas não a acata.

Ocorre que se o delito for real ou potencial atingindo a “integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares”, estaria justificada a Competência da Justiça Militar e apesar de haver sido citado o caso *Palamara Vs Chile*, observando em detalhes aquele julgado junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos do mesmo se extrai o seguinte: “63.79. (...) Asimismo señaló que la competencia del juzgado para conocer del **delito de desacato** (g.n.) provenía del artículo 26 de la Ley No. 12.927129.”

Ou seja, tratava-se de desacato, o mais leve dos delitos e que tem uma margem de interpretação bastante extensa. Na prática Policial qualquer gesto, palavra, omissão pode ser considerado desacato. Isso se conhece bem no Brasil também. Como o STF entende pela legitimidade da Competência da Corte Militar ante delitos que atentem contra a dignidade da vida Militar, o desacato é um destes atos em tese.

Logo apesar de citar a jurisprudência do caso Palamara Vs Chile, o STF não decidiu com base na Jurisprudencia internacional, mas sim conforme os próprios fundamentos internos e apesar de tecnicamente haver concedido a liberdade para o paciente no Habeas Corpus julgado em essência se negou a reconhecer o valor e a legitimidade das decisões da Corte Interamericana. Mais ainda, a CIDH determinou em sua Sentença que o Chile alterasse o Código Militar para suprimir das causas que legitimam a Competência da Corte o termo “desacato”, vide:

Respecto de la Ley No. 20.048 en relación con el delito de desacato 63.102. El 31 de agosto de 2005 se publicó la Ley No. 20.048 “que modifica el Código Penal y el Código de Justicia Militar en materia de desacato”. Mediante dicha ley: se sustituyó el epígrafe del párrafo 1 del Título VI **del Libro II del Código Penal** “Atentados y **desacatos contra la autoridad**”, por el de “Atentados contra la autoridad”; se derogó el artículo 263 que contemplaba el delito de injuria contra autoridades; se reemplazó el texto del artículo 264 que estipulaba el delito de desacato a la autoridad; se eliminó el artículo 265 que establecía el delito de desacato o injuria grave en contra de la autoridad; **se suprimió del artículo 266 las palabras “o desacato” las dos veces que aparecían en el texto anterior**; se suprimió el artículo 268 que tipificaba el delito de tumulto o exaltación al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir o interrumpir sus actos.

Assenta o julgado que o Direito comparado apresenta uma tendência no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar e elenca tal entendimento em diversos Países. Neste sentido o Relator, Ministro Celso de Melo, elenca as Cortes de Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), v.g. Constituição de 1967. Também o Brasil consagrou o postulado fundamental do juiz natural expresso no art. 5º, LIII, da Constituição (BRASIL, 1988) e que determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Esta decisão do STF reconheceu violação ao princípio do juiz natural, inclusive fazendo alusão a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 2005 a qual determinou a República do Chile que adequasse a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adotando medidas

com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que "um civil seja submetido à jurisdição dos Tribunais penais militares, mas o STF não acata este entendimento, pois a Corte determinou que não se aceita a Jurisdição Militar em tempo de paz sejam “quais forem as circunstâncias”, ou seja, fecharam-se as portas totalmente para se preservar totalmente a essência do princípio do Juiz natural. Consignou a Sentença da Corte Interamericana (CIDH, 2005):

En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, **a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares** (g. n.) (...) (párr. 256).

Determinou também a Corte Consignou a Sentença da Corte Interamericana (CIDH, 2005), quanto ao princípio do Juiz natural:

El artículo 8.1 de la Convención señala que: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley**, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. a) Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente.

Determina a Convenção Americana sobre Direitos Humanos: (CIDH, 2005):

Artigo 8. Garantias judiciais. 8.1. Toda 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, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A Competência da Justiça Militar viola duas partes do **dispositivo 8.1** da Convenção, pois, implica na submissão de um cidadão a um Tribunal ou Juiz Incompetente e o sistema de sorteio *post factum* viola a anterioridade quanto à pessoa do Julgador. A decisão do STF (BRASIL, STF, 2011) elencou também o caso "ex-parte Milligan" (1866): importante "*landmark ruling*" da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que a decisão do enforcamento do Réu foi anulada por não se tratar de militar em tempo de Guerra.

Observe-se que esta decisão se referia a um caso ocorrido ao término da Guerra Civil nos Estados Unidos, 1866, a Guerra, terminou em 1865 e o País era governado por Abraham Lincoln, assassinado antes do término da Guerra e já se tinha a clareza de não se submeter um civil a um Tribunal Militar. No Brasil, em 2011, o STF até cita o caso, mas, ainda se recusa

aceitar todas as consequências de adotar como premissa da absoluta incompetência da Justiça Militar sobre civis em tempo de paz.

Preservou a vigente Carta Política o escabinato ou escabinado, instituto este que consiste no fato de magistrados militares e cíveis togados integrarem o mesmo Tribunal ou Juízo. Busca-se com este instituto preservar a tradição de se permitir aliar a experiência dos comandantes com o conhecimento jurídico dos ministros civis. Esta “intimidade” com a vida da caserna é ressaltada por diversos autores, como uma virtude do sistema (CARVALHO JUNIOR, 2006 p.18):

O bom magistrado militar não é aquele que necessariamente conhece bem o ordenamento jurídico pátrio, mas aquele que além de conhecer bem o direito militar, conhece o funcionamento e o cotidiano dos quartéis, pois o juiz, mesmo imparcial, não se pode quedar distante dos anseios e valores sociais, sob pena de julgar mal e não traduzir o sublime ideal de justiça.

Nem conhecer o direito pátrio, nem a imparcialidade e muito menos o Direito interacional, afinal, o que restou para ser “conhecido”? É inconcebível que as liberdades públicas dependam de tal visão de mundo que subestima a necessidade do julgador conhecer e conhecer bem o sistema legal, bastando-lhe conhecer o direito penal militar e a “vida na caserna”, como garantia da realização da “sublime justiça”, esquecendo-se de que não é só da qualidade dos juízes, inclusive moral e intelectual, que advêm em grande parte as verdadeiras garantias de se fazer valer as garantias, mas das garantias do próprio devido processo legal constitucional.

No tocante à competência, cabe às auditorias e ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, a teor do art. 124 da Constituição Federal. A Lei a que se refere o texto constitucional acabou sendo o Código Penal Militar promulgado em 1969, cujos artigos 9º e 10º versam sobre os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra.

Trata-se, portanto, de uma Justiça destinada a julgar, exclusivamente, os crimes militares, cometidos tanto por militares e assemelhados, quanto por civis. O Superior Tribunal Militar é a Corte de Apelação, compete-lhe apreciar os recursos interpostos contra as decisões do Juízo *a quo*. Seus acórdãos são definitivos, só cabendo a interposição, para o Supremo Tribunal Federal, de recurso extraordinário, quando versar sobre questão constitucional – art. 102, III, “a”, “b”, “c” da CF/88 (BRASIL, 1988) – e de recurso ordinário em *habeas corpus* ou mandado de segurança, quando denegatória a decisão – art. 102, II, “a”.

Originariamente, cabe-lhe processar e julgar os oficiais-generais das Forças Armadas acusados em ações penais – art. 6º, I, da Lei nº 8.457/92 -, mandados de segurança contra seus próprios atos, os do Presidente do Tribunal e os de outras autoridades da Justiça Militar, decidir

sobre as representações para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade com o oficialato – art. 142, § 3º, VI, da CF e os feitos dos Conselhos de Justificação – art. 142, § 3º, VII da CF. Assim, em cada Auditoria, encontram-se investidos dois juízes-auditores, titular e substituto, ingressos da magistratura, mediante concurso público de provas e títulos, e que exercem funções judicantes idênticas.

11 CONCLUSÃO.

De todo o exposto se conclui que o texto constitucional não excepciona as garantias dos Juízes ao prever a Justiça especializada militar. A legislação infraconstitucional deveria prever claramente as garantias dos juízes, mesmo porque, não se pode esvaziar garantias constitucionais via legislação ordinária. A Nação ao outorgar a si uma Constituição oriunda de um período de forte repressão democrática sem respeito às garantias, não avalizou um texto onde juízes militares pudessem julgar militares e até civis em tribunais militares sem estarem respaldados em fundadas garantias constitucionais.

A submissão do civil à jurisdição dos Tribunais Militares sem lastro democrático não é expressão legítima de um Estado Democrático de Direito, senão a violação da Constituição em seu ponto mais denso e garantista que é precisamente o exercício do poder de julgar dispondo de liberdades públicas por um agente do Estado.

O Direito Militar e seus institutos jurídicos carecem de serem constitucionalizados posto que são anteriores a Constituição cidadã de 1988. Os resquícios militares na jurisdição da Justiça Militar devem ser eliminados, confirmar a autoridade e a legitimidade da Justiça Militar dentro do seu molde predeterminado pelo texto constitucional é o que se impõe ante as exigências da construção e vivência de um Estado Democrático de Direito em conformidade com os princípios do Devido Processo Legal constitucional.

No que tange a crescente militarização da Segurança Pública O problema é que a Lei que altera um Decreto Federal não pode ser tomado por Lei Complementar, logo há um vício de forma no tocante à Lei 13.491/2017, logo inconstitucional por ferir claramente o artigo 142, § 1º da Constituição Federal que determina o Devido Processo Constitucional Legislativo para legitimar a espécie legal produzida.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos são ainda muito pouco levadas em consideração na Jurisprudência interna e quando citados os casos, como no presente estudo, não servem como pavimentação para o reconhecimento prático de tais decisões. O Direito brasileiro ainda caminha indiferente ao

universo da Convencionalidade porque na prática não adere. O momento democrático é grave no Brasil e a o agigantamento da Jurisdição Militar vem crescendo e inclusive retrocedendo cada vez mais, mesmo ante a vedação ao retrocesso.

Contudo se faz necessário cada vez mais estudar, divulgar e fundamentar decisões com a Jurisprudência da Corte porque o humanismo do qual se abeira a Jurisprudência da Corte Interamericana é cada vez mais intenso e legítimo e mais do que nunca é tempo de se construir uma nova imagem do homem que busca justiça além das fronteiras dos Países porque os homens são cidadãos do mundo.

12 REFERÊNCIAS

- AUDARD, Catherine. ROCHLITZ, Rainer (Coordenador) *et allis*. **HABERMAS: O uso Público da Razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós o Povo Soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO JUNIOR, Astor Nina. **A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar**. In: Revista de Direito Militar. 2006.
- CORTE IDH. **Caso Palamara Iribarne VS. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005**. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. Barra Funda: RT.2006.
- GUITIERREZ, Carlos. CANTÚ, Silvano. **A restrição à jurisdição militar nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. 2010. Disponível em:<<https://core.ac.uk/download/pdf/16028873.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019, 20:40.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1987.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. ROCHA, Joyce Michelle de Melo. **Do princípio da tripartição dos poderes: um estudo dogmático em relação as agências reguladoras**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 09 jun. 2019, 22:29.
- SILVA, José Afonso da. **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Coletânea de Estudos Jurídicos**. Coordenadores: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. Brasília: Tribunal Superior Militar, 2008.
- _____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.