



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO HENRIQUE DE MOURA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA
DE POSTO NO STM

Brasília

2019

BRUNO HENRIQUE DE MOURA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA
DE POSTO NO STM

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação apresentado como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Doutor Carlos
Frederico de Oliveira Pereira

Brasília

2019

TERMO DE APROVAÇÃO
BRUNO HENRIQUE DE MOURA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE
POSTO NO STM

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação do Professor Doutor Carlos Frederico de Oliveira Pereira, como condição parcial para à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em.

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira
Professor Orientador

Prof.
Jorge A. Caetano Farias

Prof.
Pedro Machado de Almeida Castro

AGRADECIMENTOS

Talvez um trabalho de conclusão, do que quer que seja, nunca deva começar, mas terminar pelos agradecimentos. A norma de escrita não me permite tal feito.

Antes de tudo, gratidão imensurável à minha mãe pelo amor, paciência, companheirismo e fortaleza nos momentos difíceis dessa jornada. Fraternal saudosa lembrança e gratidão a Felix Pereira de Moura e Júlia Gonçalves de Moura, meus avós.

Aos mestres, desde o primário, que aturaram e souberam lidar com o gênio forte do autor. Especial agradecimento à Carmen Mazocco, Nádia Maria Araújo, Rodrigo Correia, Alexandre Araujo Costa, Luiz Martins da Silva, Debora Diniz, Fernando Gaiger Silveira, que, em variadas formas e formatos, moldaram quem sou hoje. E, particularmente, imensa gratidão a Carlos Frederico de Oliveira Pereira, pelo convívio em três semestres como professor e tantos outros como monitor.

Às amigades que talham a escultura falha e em constante aperfeiçoamento que sou. Aos companheiros do ensino médio, aos consortes do Jornalismo – sem vocês nossa sociedade há muito teria sucumbido – que sempre tem espaço *sui generis* em meu coração, a todos que compõem e um dia fizeram parte da Aliança pela Liberdade, companheira primordial de lutas, derrotas e gloriosas vitórias. Àqueles com quem tive a honra de trabalhar e a missão de me aceitar, meu singelo obrigado.

Um agradecimento especial aos amigos do Direito da Universidade de Brasília com quem, diariamente, dividi a luz do sol e a poesia da lua nos últimos cinco anos. As amigades sinceras que fiz, as panelinhas que construí, as causas que defendi, as risadas e os sofrimentos dispersos pela luta coletiva de cada um de nós.

Por fim, agradeço a Marcos Bagno por ter me propiciado descobrir que meus ideais, minha retidão, minha coragem e minha moral não sucumbem ao grito forte e as ofensas de quem quer que seja. Obrigado por me mostrar que a força de um homem está dentro de si.

Pago o preço que for pela liberdade, mas sem eterna vigilância, ela não resiste.

“Marco Polo descreve uma ponte, pedra por pedra. ‘Mas qual é a pedra que sustenta a ponte?’, pergunta Kublai Khan. ‘A ponte não é sustentada por esta ou aquela pedra’, responde Marco, ‘mas pela curva do arco que estas formam’. Kublai Khan permanece em silêncio, refletindo. Depois acrescenta: ‘Por que falar das pedras? Só o arco me interessa’. Polo responde: ‘Sem pedras, o arco não existe’”.

Ítalo Calvino, Cidades Invisíveis.

RESUMO

A definição da correta competência jurisdicional para o julgamento de um conflito, em representação orgânica do monopólio coercitivo do Estado, é pressuposto basilar para a manutenção de uma estrutura racional, clara e coesa do Poder Judiciário.

O Constituinte originário, sabiamente, dividiu o Poder Judiciário em órgãos especializados para processar e julgar determinadas matérias e interesses que, pelo bem jurídico que se intenta proteger, necessitam de um conhecimento jurídico próprio e particularizado.

A Justiça Militar da União, competente para processar e julgar militares das Forças Armadas e civis, nos crimes militares da sua competência, visa manter os princípios da hierarquia, da disciplina, o funcionamento das instituições militares, a ordem, a coesão das instituições militares e a missão da segurança do Estado. Apresenta um dado diferencial em relação à Justiça Militar Estadual: a natureza tutelar, ou seja, julga também crimes que atentam contra o interesse da União, sendo mesmo uma especialização da Justiça Federal, razão pela qual pode julgar civis.

Além dos princípios específicos da seara militar, a Justiça Militar da União deve se atentar a outros fundamentos do sistema jurídico, entre eles o duplo grau de jurisdição, o juiz natural, a igualdade no trato jurisdicional, os direitos individuais do afligido pelo processo penal e a *ratio* de proteção aos sujeitos, alicerces de qualquer justiça criminal no Brasil.

Destarte, a previsão ordinária do foro por prerrogativa de posto na Lei de Organização da Justiça Militar para Oficiais-Generais, retirando-lhes o duplo grau de jurisdição colegiado e inflingindo, de plano e imediatamente, o Superior Tribunal Militar, aparece como importante questão no universo castrense. Na essência, um foro por prerrogativa da função.

O presente trabalho propõe-se a analisar, pesquisar e discutir todos esses elementos e conceitos para, por fim, avaliar a compatibilidade entre a criação do foro por prerrogativa de posto no STM com os princípios da Constituição Federal,

notadamente no que diz respeito ao foro por prerrogativa de função, e a institucionalização da Justiça Militar da União.

ABSTRACT

The definition of the correct jurisdictional competence for the judgment of a conflict, in an organic representation of the coercive power of the State, is a basic assumption for the maintenance of a rational, clear and cohesive structure of the Judiciary Power. Constitutional conventioners have wisely divided the Judiciary Power in specialized branches to process and judge certain matters and interests that, for the judiciary good that is intended to protect, need their own particular judiciary knowledge.

The Federal Military Court, whose competence is to process and judge Army and Civil Forces for military crimes under its jurisdiction, aims at maintaining principles of hierarchy, discipline, and the functioning, order and cohesion of military institutions and the mission of State security. It is different from the State Military Court in relation to its protective nature, that is; it also judges crimes against the interests of the Union, serving as a specialization of the Federal Justice, which allows it to judge civilians.

Besides the specific principles of the military field, the Federal Military Court must focus on other principles of the judicial system, among them, the double degree of jurisdiction, the natural judge, the equality on the jurisdictional treat, the individual rights of the parts of the criminal procedure and the *ratio* of protection to the individuals, tenets of any criminal justice in Brazil.

Therefore, the ordinary provision of the jurisdictional prerogative on the Act for the Organization of the Military Justice for General Officers, removing the double degree of the collegiate proceeding and immediately inflicting the Superior Military Court, comes forth as an important matter in the military universe. It is a jurisdictional prerogative in essence.

This work proposes to analyse, research and discuss all those elements and their concepts to, finally, evaluate the compatibility between the creation of a jurisdictional prerogative at the Supreme Military Court with the principles of the Federal Constitution, notably concerning the jurisdictional prerogative and the institutionalization of the Federal Military Court.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1 A problemática da competência	10
1.2 Objetivo do trabalho	12
1.3 Método do trabalho	13
1.4 Estrutura e roteiro	13
2. A JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA	14
2.1 História da Justiça Militar no Brasil	14
2.2 Justiça Militar na Constituição de 1988	20
2.2.1 Previsão	20
2.2.2 Princípios	24
2.3 Organização da Justiça Militar da União	26
2.3.1 Órgãos da JMU	26
2.3.2 Os Conselhos de Justiça e o Superior Tribunal Militar	29
3. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR	37
3.1 O princípio do Juiz Natural	37
3.2 Os conceitos de jurisdição e competência	42
3.2.1 Definição	42
3.2.2 As espécies de distribuição da competência	44
3.3 A específica competência da Justiça Penal Militar	47
3.3.1 Princípios doutrinários	47
3.3.2 As Leis nºs 13.491/2017 e 13.774/2018 e a ampliação da competência da Justiça Militar da União	51
3.4 A competência por órgão da Justiça Militar da União	56
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE POSTO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	59
4.1 Previsão legal e compreensão doutrinária	59
4.2 Foro por prerrogativa de função e de posto do Oficial-General	64
4.3 O problema do foro por prerrogativa de posto do militar da reserva, reformado, do não Oficial-General e do civil	68
4.4 A inconstitucionalidade formal e material do foro especial para Oficial-General no STM	71
5. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

1. INTRODUÇÃO

1.1 A problemática da competência

A história judicante brasileira é marcada pela escolha política de adotar uma jurisdição comum residual e pontuais especializações sistêmicas decorrentes da singularidade e particularidade de certos direitos e ramificações. Por tal fim, a Constituição Federal de 1988 previu que as causas relativas ao direito trabalhista, direito eleitoral, envolvendo entes e intentos federais, além das envoltas ao interesse castrense, tivessem jurisdição própria e especializada.

A aplicação do disposto na lei aos conflitos é a mais significativa incumbência, atividade matriz e nuclear, do monopólio coercitivo estatal representado pelo Poder Judiciário, ou, simplesmente, a jurisdição.

A jurisdição - como elemento maior - necessita decompor-se entre diversos órgãos e graus para que a finalidade seja alcançada. Trata-se de unicidade de poder fragmentada para o exercício pleno do jurisdicionato.

Todavia, para que haja segurança sobre a definição de a quem cabe, dentro do diversificado escopo do poder judicante, julgar uma matéria e analisar a cadeia recursal, criam-se mecanismos definidores de a qual órgão compete resolver aquele conflito e reverberará a solução cabível.

A competência, no campo penal, baliza-se pelas modalidades *ratione materiae*¹, *ratione personae*² e *ratione loci*³, entrelaçadas e complementares no intento de resguardar a correta aplicação das regras da jurisdição, pois, dentro da visão penalista da competência, “impunidade não é mera ausência de pena, e sim ausência de pena lá onde a pena deve ser imposta”⁴.

A competência absoluta possui tal relevo na proteção de uma solução adequada aos conflitos que a decisão judicial imposta por órgão incompetente *ratione*

¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 243.

² Ibid., p. 211-212.

³ Ibid., p. 270-271.

⁴ GRECO, Luís. Por que inexistem deveres absolutos de punir. In: PACELLI, Eugênio. CORDEIRO, Nefi. REIS JÚNIOR, Sebastião dos (org). **Direito penal e processual penal contemporâneos**. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 10.

personae e ratione materiae é causa de nulidade absoluta sustando, por completo, os atos decisórios praticados sob a égide do juízo incompetente.

A melhor doutrina patrocina a absolutariedade da nulidade por incompetência da autoridade judiciária em causas criminais, por se tratar de mácula à Constituição, adentrando-se como violação às garantias fundamentais, não se aproveitando qualquer ato processual, seja decisório ou não.⁵ A jurisprudência tem admitido aproveitamento de atos mesmo na incompetência absoluta, fustigando atos decisórios, mas mantendo outros, em atenção a inteligência do Código de Processo Penal⁶. A proteção do direito subjetivo do réu/acusado de ser submetido ao órgão, grau e forma adequadas, não aceita reducionismos ou flexibilidades.

Ocorre que, funções típicas do Estado, pelo gabarito intrínseco à atividade, recebem tratamento diferenciado do texto constitucional. Quis o legislador garantir a certos agentes do poder Estatal juízo tecnicamente especializado e politicamente menos sujeito a pressões de quem possui o poderio da caneta nas mãos.

Cria-se o foro por prerrogativa de função na Carta Magna. Em outra medida, não é aceitável que certas parcelas políticas, jurídicas e militares recebam tratamento diferenciado do sistema jurídico sem que haja forte e suficiente razão para que tenham um juízo distinto do resto da população.

A Constituição explicita que todos são iguais perante a lei e desse ponto parte o Estado-legislador e o Estado-juiz. Não há indivíduos melhores ou piores sob o manto da Justiça. Em semelhança, só é cabível o deslocamento da jurisdição residual de primeiro grau se almeja-se proteger de pressões e garantir maior tecnicidade a certos cargos e funções, deslocando o foro para órgãos colegiados e Tribunais de maior gradação.

No campo penal castrense, há dois casos em que se desloca a competência do primeiro grau da Justiça Militar da União.

Determina o artigo 102, “c”, da Carta Magna, que compete ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento, de forma originária, dos Comandantes das

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; Gomes Filho, Antonio Magalhães. **Nulidades do processo penal**. 7ª edi – São Paulo: RT, 2001, p. 46.

⁶ Código de Processo Penal, Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

três Forças Armadas.⁷ A lei ordinária de Organização da Justiça Militar da União prevê o julgamento e processamento de Oficiais-Generais das Forças Armadas - quando processados por crime militar - pelo Superior Tribunal Militar, órgão de cúpula da Justiça Castrense.⁸

O Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2018, entendeu que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”. A interpretação da Corte Suprema é de que uma leitura sistêmica dos ideais da Constituição não permite privilégio, cabendo o foro por prerrogativa apenas em situações eminentemente relativas à função desempenhada.⁹

1.2 Objetivo do trabalho

O presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar se a aplicação do foro por prerrogativa de posto dos Oficiais-Generais da Marinha, Exército e Aeronáutica coaduna-se com os princípios constitucionais da igualdade, do juiz natural, da jurisdição, do duplo grau de jurisdição e da inexistência de tribunais de exceção.

Nota-se que a competência é quesito essencial da efetivação do papel do Estado-juiz como provedor da pacificação dos conflitos, sendo certo que um julgamento por órgão ou instância inapropriados desnivelam o sistema e causam injusto provimento judicante, seja para o acusado, ou para os que a ele deveriam ser iguais, mas foram preteridos por legislação ou interpretação legal, que desatende a correta competência jurisdicional, por violar o princípio do juiz natural.

⁷ BRASIL. Constituição (1988), Art. 102, alínea “c”. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.457 de 04 de setembro 1992, Art. 6º. **Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

⁹ STF. Questão Ordem na Ação Penal nº 937, 0002673-52.2015.1.00.0000. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJe 11/12/2018. ST, 2018. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339218738&ext=.pdf>, Acesso em 10 out. 2019.

Pretende-se evidenciar os argumentos quanto ao sistema de competência por prerrogativa de função - posto - dentro do escopo militar, sustentando um posicionamento a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade desses institutos para a seara castrense.

1.3 Método do trabalho

A pesquisa se dividirá entre análise das disposições da Lei de Organização da Justiça Militar da União e a doutrina processual penal e processual penal militar referente à jurisdição e à competência. Também se trabalhará os preceitos constitucionais da Justiça Militar da União, dos foros especiais pela pessoa e pela matéria e do juiz natural.

A análise dogmática será o principal elemento do trabalho, que não deixará de perpassar pela natureza do instituto da competência, do histórico da justiça militar especializada e pelas peculiaridades e preceitos basilares da jurisdição castrense federal, chegando a uma conclusão quanto se há constitucionalidade na prerrogativa de posto relativa aos Oficiais-Generais.

1.4 Estrutura e roteiro

O trabalho subdivide-se em quatro capítulos. Parte da formação da Justiça Militar no Brasil, adentrando nas regras de jurisdição e competência, perscrutando a organização interna, com o fito de subsidiar o debate principal: a constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto.

2. A JUSTIÇA MILITAR BRASILEIRA

2.1 História da Justiça Militar no Brasil

A Justiça Militar no Brasil surge com a chegada da família real portuguesa ao solo pátrio, vinda em fuga do poderio militar de Napoleão Bonaparte e resguardada pela frota marítima inglesa.¹⁰

Entre as primeiras medidas adotadas pelo Príncipe-Regente de Portugal, depois coroado Imperador, D. João VI, criou-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça, “que entenderá em todas as matérias que pertenciam ao Conselho de Guerra, ao do Almirantado, e ao do Ultramar na parte militar somente (...)”, conforme prescrito no Alvará de 1º de Abril de 1808.¹¹

O mesmo documento, com força de lei pelo poder concentrado na mão do então Príncipe-Regente, descrevia como competência do Conselho Supremo Militar não apenas questões atinentes ao dia a dia da caserna, mas, também, os negócios realizados pela coroa.

O então órgão de cúpula da Justiça Brasileira, vinculado ao poder régio, possuía funções administrativas, judiciais e a competência de julgar, em instância final, os procedimentos criminais militares.

II. Serão da competencia do Conselho Supremo Militar todos os negocios em que, em Lisboa, entendiam os Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar na parte militar sómente è todos os mais que eu houver por bem encarregar-lhe; e poderá o mesmo consultar-me tudo quanto julgar conveniente para melhor economia e disciplina do meu Exercito e Marinha. Pelo expediente e Secretaria do mesmo Conselho se expedirão todas as patentes assim das tropas de Linha, Armada Real e Brigada, como dos Corpos Milicianos e Ordenanças, pela mesma fôrma e maneira por que se expediam até agora pelas Secretarias de Guerra, do Almirantado e do Conselho Ultramarino.¹² (texto original)

¹⁰ SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 151-171.

¹¹ BRASIL. Alvará de 1º de Abril de 1808. **Cria o Conselho Supremo Militar e de Justiça**. In Cartas de LEI Alvarás Decretos e Cartas Rédias. p.7, disponível em: <https://dspace.stm.jus.br/xmlui/handle/123456789/57899>, acesso em 15. Out. 2019.

¹² Ibid, p. 7-8.

O Alvará enumerava normas administrativas do Conselho, tal qual a data de sessões (ponto V) - segundas-feiras e sábados de tarde semanalmente - os conselheiros componentes do tribunal (ponto VII) e a remuneração do secretário (ponto IV).

Dezesseis anos depois, a primeira Carta Magna Constitucional do Brasil foi outorgada por D. Pedro I. O texto previa a organização do Poder Judiciário Brasileiro, com o Supremo Tribunal de Justiça assinalando a posição de tribunal de vértice (Artigos 163 e 164). Nesta Constituição não se inseriu o Conselho Supremo Militar na carta outorgada, nem se criou outro tribunal com as mesmas funções.

A única referência à competência para julgamento de integrantes das Forças Armadas encontra-se no art. 149 da Carta: “os oficiais do Exército e da Armada não podem ser privados das suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente”.¹³

Três anos após a outorga da Constituição, a lei de 13 de outubro de 1827 instituiu Juntas de Justiça para funcionar nas capitais de províncias como órgãos colegiados de segunda instância de análise às sentenças dos Conselhos de Guerra. Já naquele período, a composição das juntas era um mister de três oficiais militares – excluído o comandante militar – três desembargadores e o presidente da província.¹⁴

O primeiro texto constitucional sob a égide da República não previu, especificamente, uma Justiça Militar especializada, mas insculpiu em seu art. 77º o foro especial aos militares nos delitos específicos da vida na caserna, previu o Supremo Tribunal Militar e atribuiu à lei a organização e atribuição da corte máxima em âmbito castrense.¹⁵

¹³ BRASIL. Constituição de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm, acesso em 30. Out. 2019.

¹⁴ BRASIL. Lei de 13 de outubro de 1827. **Sobre as sentenças dos conselhos de guerra nas províncias.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38387-13-outubro-1827-566670-publicacaooriginal-90210-pl.html, acesso em 30. Out. 2019.

¹⁵ BRASIL. Constituição de 1891. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm, acesso em 30. Out. 2019.

Importa destacar que o Decreto Legislativo nº 149, que instituiu o Supremo Tribunal Militar, passa a denominar os membros do tribunal de Ministros, prevê em 15 o número de integrantes - oito do Exército, quatro da Armada e três togados –, além de instituir o cargo de presidente da Corte ao general mais graduado, não mais ao chefe político da nação, conferindo certa autonomia à Corte.¹⁶

Essa situação muda em 43 anos. A Carta Magna Getuliana de 1934 insere a Justiça Militar dentro do Poder Judiciário. Pela primeira vez o caráter administrativo da Justiça Militar dava lugar a função primordial de ente judiciário.

Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário:

- a) a Corte Suprema;
- b) os Juízes e Tribunais federais;
- c) os Juízes e Tribunais militares;**
- d) os Juízes e Tribunais eleitorais.¹⁷

Não apenas, a Constituição de 1934 indicou como órgãos da Justiça Militar o já instaurado Supremo Tribunal Militar e Tribunais e juízes inferiores, além de atribuir à lei regular jurisdição e aplicação das penas militares. Ademais, o texto maior passou a admitir que civis fossem atingidos pela jurisdição militar em determinados casos legais relativos à segurança da soberania do país e à defesa das instituições militares.

SEÇÃO V

Da Justiça Militar

¹⁶ Antes, D. João VI, D. Pedro I, D. Pedro II, Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto haviam presidido o Tribunal. BRASIL. O primeiro presidente eminentemente da corte foi o Almirante Delfim Carlos de Carvalho, que deixou para trás o título de barão da Passagem. Decreto Legislativo nº 149 de 18 de julho de 1893. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-149-18-julho-1893-540930-publicacaooriginal-42460-pl.html>, acesso em 31. out. 2019 e Supremo Tribunal Militar verbete em CPDOC FGV, disponível em [https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20MILITAR%20\(STM\).pdf](https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/SUPREMO%20TRIBUNAL%20MILITAR%20(STM).pdf), acesso em 31. out. 2019.

¹⁷ BRASIL. Constituição de 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 16 de julho de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm, acesso em 30. out. 2019. *Grifos nossos.*

Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

Art 85 - A lei regulará também a jurisdição, dos Juízes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina.

Art 86 - São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores, criados por lei.

Art 87 - A inamovibilidade assegurada aos Juízes militares não exclui a obrigação de acompanharem as forças junto às quais tenha de servir.

Parágrafo único - Cabe ao Supremo Tribunal Militar, determinar a remoção de Juízes militares, de conformidade com o art. 64, letra b.

O texto Varguista de 1937 manteve a Justiça Militar na Constituição e preservou as bases da justiça especializada. A jurisdição militar foi ampliada aos crimes militares, permitindo a incidência aos delitos cometidos em zonas de operação durante grave comoção nacional¹⁸, além da estruturação de um Tribunal de Segurança Nacional.¹⁹

Em 1938, o novo Código da Justiça Militar estabeleceu, em cada região militar, uma Auditoria com competência cumulativa para os processos oriundos do Exército e da Armada. As exceções ficaram para as 2ª e 3ª Regiões com, respectivamente, duas e três Auditorias, cabendo a primeira os processos relativos à Armada e às demais os outros feitos, e à 1ª região, onde cinco Auditorias – três privativas aos feitos do Exército e duas para os da Armada – compunham a jurisdição da capital.²⁰

¹⁸ Não era uma regra encadeada na Constituição. Possibilitava-se à lei determinar a jurisdição e lei militar quando cometido crime contra a segurança do Estado a estrutura das instituições, sendo que estes delitos estariam sujeitos a justiça e processo especiais, conforme art. 172 e §§. BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm, acesso em 30. Out. 2019.

¹⁹ Tribunal de exceção instituído em setembro de 1936, subordinado à Justiça Militar. Era composto por juízes civis e militares escolhidos diretamente pelo presidente da República e deveria ser ativado sempre que o país estivesse sob o estado de guerra. A criação buscava reprimir os militantes da Aliança Nacional Libertadora, mas também foi instrumento de atuação política contra integralistas e liberais que enfrentavam a ditadura Varguista. O TSN não sobreviveu à queda do Estado Novo, sendo fechado em outubro de 1945.

²⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 925, de 02 de dezembro de 1938. **Estabelece o Código de Justiça Militar**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-925-2-dezembro-1938-350271-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 31. out. 2019.

Em 1944, em meio a Segunda Guerra Mundial, o Decreto-Lei nº 6.369 organizava a Justiça Militar junto à Força Expedicionária Brasileira enviada para combater em território italiano. Previa o diploma o Conselho Supremo da Justiça Militar, o Conselho de Justiça e de Auditorias, responsáveis em distintos graus de jurisdição, para apreciar crimes cometidos por militares brasileiros no teatro de operações ou em território estrangeiro ocupado, militarmente, por forças nacionais.²¹

A normativa especial para o período de combate foi revogada no final do ano seguinte, encaminhando suas atribuições em primeiro grau jurisdicional para as Auditorias da 1ª Região Militar e em segunda instância ao Supremo Tribunal Militar.²²

A primeira Constituição pós-Varguista alterou o nome do tribunal de vértice da jurisdição militar. Deixa-se a nomenclatura de Supremo e adota-se o Superior Tribunal Militar, marca atual. Materialmente, o ineditismo está na previsão da Justiça Militar Estadual no capítulo das justiças estaduais, demonstrando-se que, desde o início, compreendia-se como uma Justiça diferente da destinada ao julgamento dos crimes militares no âmbito federal.²³

Na transição do regime eletivo vigente para o regime de governos militares, coube à Justiça Militar da União a primeira medida garantidora de direitos basilares durante o novo período militar. No HC nº 27.200, o então Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola concedeu, em 31/8/1964, a primeira medida liminar em *habeas corpus* da história do Brasil, em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes. A legislação pátria previa esse instrumento, naquele momento, apenas aos mandados de segurança.

²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 6.396, de 1 de abril de 1944. **Organiza a Justiça Militar junto às Forças Expedicionárias e regulariza seu funcionamento.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6396-1-abril-1944-452608-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 31. out. 2019.

²² BRASIL. Decreto-lei nº 8.443, de 26 de dezembro de 1945. **Extingue os órgãos da Justiça Militar organizada pelo Decreto-lei nº 6.396, de 1º de abril de 1944 e dá outras providências.** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8443-26-dezembro-1945-458482-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 31. out. 2019.

²³Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

XII - a Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal (art. 5º, nº XV, letra f), terá como órgãos de primeira instância os Conselhos de Justiça e como órgão de segunda instância um Tribunal especial ou o Tribunal de Justiça. – BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso em: 30. out. 2019.

Intrigante que a primeira vez que se usou esse instrumento de urgência discutia-se, exatamente, a competência da Justiça Militar da União para um caso concreto. Os Ministros do Superior Tribunal Militar, no mérito, por unanimidade, deram provimento para declarar a incompetência da jurisdição militar no caso e remeter o processo à Justiça comum.²⁴

A partir da decisão do STM, uma série de liminares passaram a ser proferidas pelos mais distintos tribunais. A decisão da Corte Superior Militar inspirou o Supremo Tribunal Federal a conceder em liminar, pelo punho do Ministro Gonçalves de Oliveira, salvaguarda ao então governador goiano Mauro Borges, decisão posteriormente confirmada pelo pleno, em um dos episódios políticos-jurídicos mais importantes da historiografia das Cortes Superiores.²⁵

A Constituição de 1967, durante o governo militar, asseverou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso ordinário, as decisões proferidas pela Justiça Castrense em processos contra governadores de Estado e secretários quando se tratava de repressão a crimes contra a segurança nacional ou às instituições militares.²⁶ Mas essa previsão não durou muito tempo.

Em 1º de fevereiro de 1969 o Ato Institucional nº 06/1969 retirou a possibilidade de se recorrer das decisões contra civis aplicadas pelo Superior Tribunal Militar, restringindo aos governadores e secretários de Estado a interposição de recurso ordinário. Não bastasse, todos os atos praticados em conformidade ao AI 06 e as normas complementares dele decorrentes não se sujeitavam a apreciação judicante.²⁷

Ainda em 1969, a Emenda Constitucional nº 01 autorizou, excepcionalmente, nomear como ministros do Superior Tribunal Militar Oficiais-Generais da reserva de

²⁴ **Legado ao Judiciário:** primeira liminar em *habeas corpus* no Brasil foi dada pelo Superior Tribunal Militar. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5596-legado-ao-judiciario-primeira-liminar-em-habeas-corpus-no-brasil-foi-dada-no-superior-tribunal-militar>, acesso em 30. Out. 2019 e RECONDO, Felipe. **Tanques e togas:** o STF e a ditadura militar. – São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 65-68.

²⁵ *Ibidem*, p. 60-75.

²⁶ Art. 114, II, c, combinado com Art. 122, §§ 1º e 2º da Constituição de 1967. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm, acesso em: 30. Out. 2019.

²⁷ BRASIL. Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969. **Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm, acesso em 01. nov. 2019.

primeira classe e reautorizava o manejo de recurso ordinário contra decisão do Superior Tribunal Militar em ações de crimes contra a segurança nacional ou contra as instituições militares aos civis.²⁸

Por fim, ainda em 1969, o governo militar editou quatro decretos-lei. O novo Código Penal Militar (CPM) -Decreto-Lei nº 1.001-, o novo Código de Processo Penal Militar (CPPM) -Decreto-Lei nº 1.002-, a nova Lei de Organização Judiciária Militar (Decreto-Lei nº 1.003) e um Código Penal (Decreto-Lei nº 1.004), que sequer entrou em vigor²⁹.

A respeito da Lei de Organização Judiciária Militar, destaca a Min.^a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha que a nova lei – substituinte do Código da Justiça Militar – foi modificada pela Lei nº 7.040/1982, extinguindo-se o cargo de juiz-auditor corregedor – até então da carreira da magistratura da Justiça Militar – e criando a Corregedoria-Geral da Justiça Militar, liderada pelo ministro vice-presidente do Superior Tribunal Militar.

Porém, em 1984, o Supremo Tribunal Federal acatou pedido do antigo juiz-auditor corregedor e declarou a inconstitucionalidade da norma no Mandado de Segurança nº 20.382/DF, voltando a antiga sistemática.³⁰

2.2 Justiça Militar na Constituição de 1988

2.2.1 Previsão

A atual Carta Magna prevê a competência da Justiça Militar em moldes semelhantes ao da Carta de 1946.³¹ Excetua-se, dos últimos textos constitucionais, a

²⁸ BRASIL. Emenda Constitucional nº 01/1969, de 17 de outubro de 1969, Art. 128, §3º. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm, acesso em 01. nov. 2019.

²⁹ O Dec.-lei 1.004, de 21/10/1969, alterado pela Lei n. 6.016, de 31/12/1973, foi revogado pela Lei 6.578, de 11/10/1978. O CP de 1969 nunca entrou em vigor e caracterizou a *vacatio legis* mais duradoura da história legislativo-penal.

³⁰ ROCHA, Maria E. G. T; JÚNIOR, Antônio I. da C. A Justiça Militar da União na história. *Revista de Estudos & Informações*. Belo Horizonte, n. 40, jan-2017, p. 29-30.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01. nov. 2019.

competência da jurisdição militar para julgar os crimes contra a segurança nacional, agora de responsabilidade da Justiça Federal. A norma de competência prevista na Lei nº 7.170/1983³² foi revogada tacitamente pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Compõem a jurisdição castrense federal³³ o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares definidos em lei. A Constituição prevê que o órgão de cúpula da Justiça Militar Federal ou da União compor-se-á de 15 ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, reservando-se três vagas para Oficiais-Generais da Marinha, quatro do Exército e três da Aeronáutica, além de cinco civis, dois entre magistratura e Ministério Público Militar e três de notório saber jurídico, conduta ilibada e mais de dez anos de prática forense, tal qual a Constituição de 1969.

Os textos constitucionais se diferem em três pontos. O texto de 1988 restringe a nomeação como Ministro do STM àqueles da ativa e do posto mais elevado da carreira, requisito não contido anteriormente. Com isto, apenas Almirantes de Esquadra (Marinha), Generais do Exército (Exército) e Tenentes-Brigadeiros do Ar (Aeronáutica) ocupam o Superior Tribunal Militar.³⁴

Em outra medida, a atual Carta cita expressamente que entre os civis, três devam ser advogados com notório saber jurídico, conduta ilibada e dez anos de efetiva atividade profissional. Os textos anteriores não citavam a necessidade de ser advogado, o que pressupõe a inscrição nos quadros regulares da Ordem dos Advogados do Brasil do pretendente ao cargo máximo da Justiça Militar da União.

Por fim, a previsão de 1988 é da competência da Justiça Militar de julgar os crimes militares definidos em lei. Retira-se a citação nominal a militares,

³² A lei que institui os crimes contra a segurança nacional, sancionada pelo presidente militar João Figueiredo, define como competente para analisar os crimes previstos na lei a Justiça Militar, observando-se, inclusive, o Código de Processo Penal Militar. Artigos 30 e 31 da lei. BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. **Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em 01. nov. 2019.

³³ Tal qual as Constituições anteriores, onde trata dos órgãos do Poder Judiciário, o constituinte de 1988 inclui os Tribunais e Juízes Militares. Art. 92, VI. BRASIL, Constituição de 1988. *Op. Cit.*

³⁴ Os generais de quatro estrelas são o posto máximo em período de paz das Forças Armadas brasileiras. Desde 1967, apenas durante período de guerra provêm-se os postos de cinco estrelas.

assemelhados e civis quando tratar-se da repressão a crimes contra a segurança nacional e instituições militares.

SEÇÃO VII DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A respeito da fixação da competência da Justiça Militar da União de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, afirma Ana Paula Zavarize Carvalho e José Levi Mello do Amaral Júnior que a Carta Magna definiu uma Justiça

eminentemente criminal, adotando-se o princípio *ratione legis* ao incumbir o legislador ordinário organizar o funcionamento da Justiça Militar.³⁵

Ao lado da Justiça Militar da União, autoriza a Carta Magna a criação da Justiça Militar Estadual para processar e julgar os militares dos Estados nos crimes e ações judiciais contra atos disciplinares militares dos componentes das forças militares estaduais, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militar, auxiliares das Forças Armadas, desde que o efetivo local seja superior a vinte mil.³⁶

Se o texto constitucional permite à jurisdição militar federal processar e julgar civis, não autoriza tal possibilidade às Justiças Militares estaduais. A Justiça Militar Federal tem natureza tutelar, podendo julgar civis. Em outra medida a Justiça Militar Estadual, estritamente repressiva e impossibilitada de perscrutar não-militares.³⁷

Assim, a regra *ratione legis* da Justiça Militar da União dá lugar a *ratione personae* no âmbito estadual. Nesse sentido, exemplificativa a lição doutrinária.

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal vem dispendo sobre a matéria, quando teve oportunidade de asseverar que: (a) a Justiça Penal Militar estadual não dispõe de competência penal para processar e julgar civil que tenha sido denunciado pela prática de crime contra a Polícia Militar do Estado, sob pena de quebra do princípio do juiz natural, afigurando-se como nulos os atos praticados em tal situação; (b) a Constituição Federal, ao definir a competência penal da Justiça Militar dos Estados-membros, delimitou o âmbito de incidência do seu exercício, impondo, para efeito de sua configuração, o concurso necessário de dois requisitos: um, de ordem objetiva (a prática de crime militar definido em lei), e outro, de índole subjetiva (a qualificação do agente como policial militar ou como bombeiro militar); (c) a prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório, situação a qual não demanda,

³⁵ AMARAL J, José L. Mello; CARVALHAL, Ana P. Z. Art. 124; À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Org: CANOTILHO, José. J. G. [et al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, (Série IDP), p. 1619.

³⁶ Constituição Federal de 1988, Art. 125, §§ 3º, 4º e 5º. BRASIL

³⁷ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos. Palestra proferida no “**Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar**”, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf> acesso em 08.11.2019

previamente, julgamento pela Justiça Militar estadual, haja vista que a este compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que à Justiça Militar coube decidir – não subsistindo, pois, relativamente aos graduados, o art. 102 do Código Penal Militar, que impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.³⁸

Ressalta-se que apenas três das Unidades Federativas possuem, na estrutura de Justiça Militar Estadual, o Tribunal de Justiça Militar, como órgão de segunda instância. Tratam-se dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

Os demais estados membros, portanto, terão uma Auditoria militar em primeiro grau e o Tribunal de Justiça como órgão de segunda instância da Justiça Militar Estadual, de modo que os juízes-auditors e os promotores de justiça são designados, pela Justiça comum, para o exercício de tais atividades nas Auditorias Militares.

Abstrai-se, ainda, do texto constitucional os princípios que guiam a atuação judicante militar.

2.2.2 Princípios

O constituinte não afirmou, explicitamente, qual princípio guiaria a atuação jurisdicional militar. Contudo, capacitou os operadores do Direito quanto aos elementos principiológicos ao descrever os fundamentos da atuação das Forças Armadas e de seus auxiliares.

O art. 142 da Carta Alta diz que as Forças Armadas, Marinha, Exército e Aeronáutica organizam-se com base na hierarquia e disciplina, destinando-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

A Lei Complementar nº 97/99 ainda enumera funções consideradas subsidiárias das Forças Armadas, tais como: cooperação com o desenvolvimento nacional e a defesa civil dentro das diretrizes emanadas pela Presidência da

³⁸ STRECK, Lenio, L.; LEAL, Rogério G.; FERREIRA, Rafael F. Art. 125, § 4º. *In* CANOTILHO, op. cit., p. 1.628-1.629.

República e atuar na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores contra crimes transfronteiriços e ambientais.³⁹

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha explica que a Justiça Militar da União, de certa maneira, intenta resguardar o cumprimento desses princípios pelo corpo componente das Forças Armadas.

O escopo judicial objetiva proteger a Instituição Castrense e os princípios que a norteiam: a hierarquia e a disciplina. E não poderia ser diferente. Os militares, ao contrário dos civis, detêm as armas da Nação; seu contingente é de aproximadamente 310.000 jurisdicionados – 220.000 no Exército, 55.000 na Aeronáutica e 55.000 na Marinha. Temerária, pois, para a Democracia, a inobservância de paradigmas rígidos de conduta, afinal, quando as Forças Armadas se desorganizam, tornam-se impotentes para cumprirem sua missão constitucional de defender a Pátria, pondo em risco a soberania do Estado e a estabilidade do regime político. Está-se a lidar com valores singulares, por isso mesmo, tutelados pelo Constituinte Maior e pelo legislador como bens jurídicos a serem resguardados pela ordem normativa e social. Daí decorre a importância da Justiça Militar da União como Justiça especializada.⁴⁰

Assim, a Constituição Federal abre o leque principiológico da Justiça Militar da União, dos Estados e, ainda, dos crimes militares a serem construídos pelo legislador inferior. O Direito Penal Militar, objeto de trabalho da jurisdição especializada, tutela a hierarquia e a disciplina como elementos primordiais às organizações militares.⁴¹

Prevalece, nessa toada, tanto na Justiça Militar da União, quanto nas Estaduais, o chamado *princípio do juízo hierárquico*, no qual se permite apenas por quem for superior hierarquicamente, ou ao menos mais antigo na carreira das armas, o processamento e julgamento do militar réu em ação penal sob a égide castrense.⁴²

³⁹ JUNGSMANN, Raul. A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e seu papel na Segurança Interna. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, a. 42, n. 27, nov. 2017, p. 74.

⁴⁰ ROCHA, Maria E. G. T. A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 393.

⁴¹ NEVES, Cícero R. C.; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

⁴² ROTH, Ronaldo João. Organização Judiciária da Justiça Militar. **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 767.

Esse princípio decorre do expresso texto da Carta Magna.

Constata-se que as funções militares são especializadas, calcadas na hierarquia e na disciplina; possuem características próprias, específicas, submetidas a uma legislação típica e restritiva. Difere, assim, de uma sociedade civil *stricto sensu* baseada na liberdade e no permissivo de fazer tudo que a lei não venha a vedar. A sociedade militar tem como princípio a obediência.

2.3 Organização da Justiça Militar da União

2.3.1 Órgãos da JMU

A Constituição Federal de 1988 descreve as bases da jurisdição penal militar. Contudo, a estrutura e organização das instituições penais militares se dá por legislação infraconstitucional.

O arranjo da Justiça Militar da União remonta à 1643, com o Alvará de 22 de dezembro declarando a especialidade da Justiça militar e determinando a inclusão de auditores nos Conselhos de Guerra. As normas específicas de organização passaram pelo Decreto nº 14.450 que instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar em 1920, seguido do Decreto nº 17.231-A; pelo novo Código da Justiça Militar de 1926; pelo Decreto nº 21.886 e as disposições sobre julgamento de militares nas zonas de operações militares ou território militarmente ocupado; pelo Decreto-Lei nº 925; pelo Decreto-Lei nº 1.003; até chegarmos a atual lei de Organização da Justiça Militar, Lei nº 8.457/1992, promulgada sob a égide da Constituição Federal em vigência.

A Carta Magna incluiu no art. 92 os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, entre eles os Tribunais e Juízes militares (Inciso IV da CF), tal qual definiu no parágrafo único do art. 124, que “A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”⁴³. O legislador infraconstitucional substituiu o Decreto-Lei nº 1.003, do período do regime militar, pela Lei nº 8.457, de 4 de setembro de

⁴³ BRASIL, Constituição Federal de 1988. *Op. Cit.*

1992, - Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJMU) -, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento dos Serviços Auxiliares.

Os órgãos que compõem a Justiça Militar são (i) o Superior Tribunal Militar, (ii) a Corregedoria da Justiça Militar, (II-A) o Juiz Corregedor Auxiliar, (iii) os Conselhos de Justiça e (iv) os juízes federais da Justiça Militar e os juízes federais substitutos da Justiça Militar, conforme o primeiro artigo da lei⁴⁴.

Em primeiro grau de jurisdição, constituiu-se a Justiça Militar Federal pelos Conselhos de Justiça e os Juízes Federais da Justiça Militar, efetivos e substitutos, da Justiça Militar, divididos em doze Circunscrições Judiciárias Militares (CJM) espalhadas pelo país e idênticas às regiões militares do Exército Brasileiro.

Respeitando, como é de praxe na sistemática castrense, a antiguidade, assim se dividiu:

A primeira (1ª CJM) abrange os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, com quatro Auditorias da Justiça Militar Federal (JMF), todas com sede na cidade do Rio de Janeiro; a segunda (2ª CJM) restringe-se ao Estado de São Paulo, com duas Auditorias da JMF, ambas com sede na cidade de São Paulo; a terceira (3ª CJM) cuida dos crimes cometidos no Estado do Rio Grande do Sul, sendo composta por três Auditorias da JMF, a primeira em Porto Alegre, a segunda em Bagé, e a terceira na cidade de Santa Maria; a quarta (4ª CJM) cuida dos casos do Estado de Minas Gerais, com uma Auditoria da JMF, com sede em Juiz de Fora; a quinta (5ª CJM) inclui os Estados do Paraná e Santa Catarina, com a única Auditoria da JMF sediada em Curitiba; a sexta (6ª CJM) abrange os Estados da Bahia e do Sergipe, com uma Auditoria da JMF em Salvador; a sétima (7ª CJM) fica com os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas, sendo composta por uma Auditoria da JMF, com sede na capital pernambucana, Recife; a oitava (8ª CJM) abrange os Estados do Pará, Amapá e Maranhão, com uma Auditoria da JMF, com sede em Belém; a nona (9ª CJM) abrange os Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, composta por uma Auditoria da JMF, com sede na cidade de Campo Grande; a décima (10ª CJM) abrange os Estados do Ceará e Piauí, com uma Auditoria da JMF,

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. **Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm> Acesso em: 03. nov. 2019

com sede em Fortaleza; a décima primeira (11ª CJM) abrange o Distrito Federal e os Estados de Goiás e Tocantins, composta por duas Auditorias da JMF, ambas com sede em Brasília; e a décima segunda (12ª CJM) abrange os Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima, com uma Auditoria da JMF, com sede em Manaus.⁴⁵

As duas Auditorias da JMF da 11ª CJM ainda são responsáveis por analisar os crimes militares cometidos fora do território nacional, desde que não haja ato ou execução no Brasil em Estado diverso do Distrito Federal, Tocantins e Goiás, e não haja produção ou não deveria ter sido produzido o resultado em solo brasileiro, conforme as regras do Código de Processo Penal Militar⁴⁶.

As Auditorias da Justiça Militar Federal se compõem de um Juiz Federal da Justiça Militar e um Juiz Federal Substituto da Justiça Militar, além de um diretor de Secretaria, dois oficiais de justiça avaliadores e demais auxiliares.⁴⁷ Além disto, em toda Auditoria oficiam Procuradores e Promotores de Justiça Militar, além de membros da Defensoria Pública da União.

A Justiça Militar Federal ainda possui Corregedoria, que desde 2018 passou a ser exercida pelo vice-presidente do Superior Tribunal Militar. A troca veio recolocar um antigo anseio do legislador. Em 1982 a Lei nº 7.040, passava a competência da Corregedoria para um Ministro do STM no lugar de um juiz Auditor Corregedor, mas o Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional.

Esta Corregedoria é composta apenas pelo Ministro Corregedor, por um Juiz-Corregedor Auxiliar, um Diretor de Secretaria, além de auxiliares. Diferentemente do

⁴⁵ Lei. 8.457/1992, Art. 2º.

⁴⁶ Código de Processo Penal Militar. Art. 91. Os crimes militares cometidos fora do território nacional serão, de regra, processados em Auditoria da Capital da União, observado, entretanto, o disposto no artigo seguinte.

Art. 92. No caso de crime militar somente em parte cometido no território nacional, a competência do foro militar se determina de acordo com as seguintes regras:

a) se, iniciada a execução em território estrangeiro, o crime se consumar no Brasil, será competente a Auditoria da Circunscrição em que o crime tenha produzido ou devia produzir o resultado;

b) se, iniciada a execução no território nacional, o crime se consumar fora dele, será competente a Auditoria da Circunscrição em que se houver praticado o último ato ou execução.

Parágrafo único. Na circunscrição onde houver mais de uma Auditoria na mesma sede, obedecer-se-á à distribuição e, se for o caso, à especialização de cada uma. Se as sedes forem diferentes, atender-se-á ao lugar da infração.

⁴⁷ Lei Organização da Justiça Militar.

STM e das Auditorias, a Corregedoria não possui membro do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União designados, pois não existem Conselhos de Justiça na Corregedoria e sua função precípua é atuar, administrativamente, dentro da organização da Justiça Militar da União.

Cabe ao Ministro-Corregedor proceder as correições, apresentar ao STM um plano anual de correição, requisitar informações necessárias às funções, instituir procedimento administrativo para apuração de falta cometida por subordinado, entre outras.⁴⁸

O Superior Tribunal Militar, que representa a Justiça Militar da União como segundo e último grau de jurisdição, tem sede em Brasília e jurisdição sob todo o território nacional.

2.3.2 Os Conselhos de Justiça e o Superior Tribunal Militar

A lei 8.457/1992 define como órgãos jurisdicionais responsáveis pelo julgamento, em primeiro grau, os Conselhos de Justiça e o Juiz Federal da Justiça Militar, de forma monocrática. Os Conselhos são compostos colegiadamente, funcionam nas sedes das Auditorias, com um civil togado no cargo de Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar e quatro Juízes militares, pertencentes ao quadro das Forças Armadas, constituindo assim um escabinato.

O escabinato é a junção do conhecimento especializado do juiz civil, com a expertise de militares vividos. Ao magistrado compete a análise da conduta com os marcos legais e o sistema jurídico, enquanto os Juízes militares devem especialmente aferir se o fato está em desacordo com a conduta esperada de um militar.

Nas palavras de Cícero Coimbra Neves, trata-se de “um conjunto harmônico em que aquele que conhece o Direito, o juiz togado, alia seu acurado conhecimento ao dos leigos conhecedores das peculiaridades da vida de caserna”⁴⁹.

⁴⁸ Lei nº 8.457/1992, Art. 14.

⁴⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 591.

O modelo do escabinato, utilizado em todas as instâncias judiciais militares brasileiras quando julgado o militar⁵⁰, tanto da Justiça Militar da União quanto da Justiça Militar Estadual, volve-se desde a aplicação das antigas Ordenações Filipinas, estando em nossa ordenança castrense desde sempre.⁵¹

Nas palavras de Ricardo Vergueiro, já nos tempos romanos percebia-se a necessidade de tratamento jurídico especializado e condizente com as peculiaridades de um teatro de operações e de um sistema militarizado.

O que se quer enfatizar, aqui, é que as inúmeras particularidades que envolvem a vida militar, estruturada na hierarquia e disciplina, cujos integrantes estão sujeitos ao rigoroso cumprimento de suas obrigações e ordens, estão a justificar a existência de uma Justiça especializada arquitetada na forma de escabinato. Tais julgadores, juizes militares e juizes togados, por estarem mais acostumados às peculiaridades da caserna, poderão com maior sensibilidade e facilidade aferir os valores que são colocados volta e meia em discussão no âmbito da sociedade militar (que é bem diferente da vida civil), entregando a tutela jurisdicional de forma verdadeiramente límpida e equânime.⁵²

O Ministro do Superior Tribunal Militar e ex-presidente da Corte, Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos de Almeida Batista, bem resume a importância de um júízo misto, composto por militares e civis.

O meu testemunho é no sentido de que, por sua composição especial, realmente se juntou o conhecimento jurídico com o sentimento e conhecimento prático. É comum, por ocasião da leitura de um relatório, por parte do Ministro-Relator, adentrarmos no processo e vagarmos pelo local da ocorrência como se tudo estivéssemos presenciando. Quantas vezes voltei a ser Oficial-de-Dia, ou de Operações, participante em espírito, daquele evento meio intrincado para meus pares civis, que pouco ou nenhum contato tiveram

⁵⁰ Com o advento da Lei nº 13.774/2018, a Lei nº 8.457/1992 altera a competência do juiz togado que julgará singularmente o civil e os militares que praticarem crimes com coautoria civil, sem a formação do escabinato. Lei nº 13.774/2018, inclui o Art. 30, I-B na Lei de Organização da Justiça Militar da União.

⁵¹ NEVES, *ibidem*.

⁵² FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. O escabinato na Justiça militar e o julgamento na primeira instância. **Direito Militar: doutrinas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 854.

com nosso meio? Quantas vezes pude influir para que entendessem aquilo que então se passara e que as folhas dos processos não retrataram devidamente?

Os togados precisam de seus pares militares, da mesma forma como seria impossível funcionarmos sem eles. A verdadeira Justiça é oferecida pelo amálgama que se faz dos seus conhecimentos e das nossas experiências.

É como registou o ex-ministro do STJ, Dr. João Barbalho, em seu livro “Comentários à Constituição Brasileira”, ao se referir à Justiça Militar, afirmando que a “infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais do que estranhos ao serviço das Forças Armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la”.⁵³

Calcado nesse entendimento, o legislador criou duas espécies de Conselhos de Justiça nas Auditorias Militares da União: o Conselho Permanente de Justiça e o Conselho Especial de Justiça.

O Conselho Permanente de Justiça se compõe de um Juiz Federal da Justiça Militar ou Juiz Federal substituto da Justiça Militar, que será o presidente do Conselho um Oficial Superior, e três Oficiais de posto até Capitão-Tenente, para os militares da Marinha, ou Capitão, para os militares do Exército e da Aeronáutica. Dois suplentes serão sorteados, sendo um entre os Oficiais superiores para substituir o Oficial Superior e um Oficial até o posto de Capitão-Tenente ou Capitão para substituir os demais membros quando necessário.

O Conselho Permanente funcionará por três meses ininterruptos, vedando-se a recondução do Oficial para a próxima composição. Cabe a este conselho julgar as praças das Forças Armadas, ou seja, da graduação de soldado a Aspirante-a-Oficial.

Ao Conselho Especial caberá julgar e processar os oficiais não gerais das Forças Armadas. O Conselho é formado por um Juiz Federal da Justiça Militar e quatro juízes militares, desde que sejam de posto superior ao acusado, ou quando de semelhante posto, tenham maior tempo de Armada.

⁵³ BAPTISTA, Carlos de Almeida. A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente. **Revista Direito Militar**, ano 2, nº 13, set.out., 1998, p.3-4.

Diferentemente do Conselho Permanente, que se presta a analisar todos os processos daquela Auditoria durante seu trimestre, o Conselho Especial funcionará apenas para aquela causa determinada, sendo composto a cada processo e dissolvendo-se com a conclusão dos trabalhos, reunindo-se, novamente, apenas mediante convocação do Juiz Federal, Juiz Federal da Justiça Militar, caso evidencie-se nulidade do processo ou do julgamento, ou em face de diligência determinada pelo Superior Tribunal Militar.

Em ambos os Conselhos, os Juízes militares serão sorteados dentre os oficiais de carreira, da sede da respectiva Auditoria. É possível se socorrer de oficiais da jurisdição da Auditoria, e, se quando necessário, excepcionalmente, recorrer a oficiais que sirvam nas outras localidades abrangidas pela respectiva circunscrição Judiciária Militar, quando não existe quadro suficiente para formação do Conselho.

Somente concorrem ao sorteio para composição do Conselho os militares de carreira, não podendo participar o oficial temporário e nem o Aspirante-a-Oficial, pois estes últimos são praça especial.⁵⁴ A relação dos militares aptos ao sorteio deve ser remetida à Auditoria da respectiva CJM até o quinto dia do último mês de cada trimestre e deve ser elaborada conforme o art. 19 da Lei de Organização Judiciária Militar da União.

Por fim, destaca-se que os juízes militares, ao servirem aos Conselhos de Justiça, são juízes de fato, mas não de direito, estando sua condição restrita ao momento de envergadura da condição de magistrado.

São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes militares 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 de caserna lhes impõe.⁵⁵

⁵⁴ Lei nº 6.880, §4 do art. 16 – Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm, acesso em 07/11/2019.

⁵⁵ ASSIS, Jorge Cesar de; CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. **Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União**. 22. ed. Juruá. Curitiba, 2015, p. 14.

Acima dos Conselhos de Justiça encontra-se o Superior Tribunal Militar, órgão de cúpula da jurisdição militar federal. A Corte é composta por 10 Ministros de quatro estrelas dentre as três Forças e por cinco civis, três da advocacia, um da magistratura Federal Militar e um do Ministério Público Militar. O STM tem jurisdição em todo o território nacional, cabendo-lhe processar e julgar, originalmente, os Oficiais-Generais das Forças Armadas nos crimes militares que cometerem (Art. 6º, I, “a”), os *habeas corpus* e *habeas datas* impetrados contra ato de juízes federais, Conselhos de Justiça – todos da Justiça Militar da União – e de Oficiais-Generais (Art. 6º, I, “b”), mandados de segurança contra seus atos, do presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar Federal (Art. 6, I, “c”), bem como a representação para decretação de indignidade de oficial ou incompatibilidade para com o oficialato (Art. 6º, I, “h”), dentre outros.

Ao órgão de cúpula da Justiça Militar da União cabe, ainda, julgar como órgão judiciário revisor as apelações e recursos de decisões de primeiro grau (Art. 6, II, “c”), os agravos regimentais (Art. 6, II, “e”), os conflitos de competência no âmbito militar federal (Art. 6, II, “g”), e declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (Art. 6, III), entre várias outras funções administrativas e judiciais.

O legislador resguardou o posto dos Ministros Militares do STM, mantendo-os na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica (Art. 3º, §2º). Permitiu, ainda, a inclusão via Regimento Interno da Corte de Turmas e Conselho de Administração (Art. 4º).

Importa, por fim, destacar outros dois órgãos que, mesmo não estando disciplinados na Lei de Organização da Justiça Militar, são de importante papel no âmbito das Forças Armadas: os Conselhos de Justificação e Disciplina.

O texto constitucional prevê, no art. 142, §3º, incisos VI e VII, da CF, ao garantir constitucionalmente o posto e a patente dos oficiais, que os feitos do Conselho de Justificação, processo administrativo que pode culminar com a perda do posto e da parente, serão remetidos para última instância da Justiça Militar – o Superior Tribunal Militar – a quem caberá analisar e julgar as decisões dos Conselhos. A mesma regra constitucional vale para o julgamento da representação por indignidade, que tem por pressuposto a condenação criminal superior a dois anos e que eventualmente importe em declaração de indignidade, com base nos preceitos éticos previstos no estatuto

dos militares. Para as praças estáveis, o equivalente do Conselho de Justificação é o Conselho de Disciplina.

Escabinato excepcional, os Conselhos de Justificação e de Disciplina estão previstos na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972⁵⁶ e no Decreto nº 71.500⁵⁷, respectivamente. Ambos os Conselhos são institutos tipicamente militares, processos administrativo-disciplinares, e destinam-se a análise moral de fatos concernentes à conduta militar, sempre que houver acusações concretas de atitude indecorosa e moralmente incompatível com os preceitos éticos da vida militar.

O Conselho de Justificação julgará a incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, dando-lhe os mecanismos de se defender, justificar, em procedimento especial.⁵⁸

O Conselho é composto por três oficiais de mesma Força e da ativa que devem ter posto superior ao do justificante, cabendo ao mais antigo oficial superior à presidência, o do meio interrogador e relator, enquanto o de menor tempo de Força a condição de escrivão.⁵⁹ Além disso, veda-se a participação no Conselho daquele que tiver delatado o justificante, os parentes do acusador ou acusado e os subalternos⁶⁰.

A nomeação de seus componentes é feita pelo Ministro (Comandante) da Força Armada a que pertence o oficial a ser julgado ou do Comandante do Teatro de Operações ou de Zona de Defesa quando em campanha no país ou no exterior⁶¹. Este Conselho funciona no local onde a autoridade nomeante julgar melhor indicado para a apuração do fato, e, após sua nomeação, dispõe de um prazo de trinta dias para a conclusão dos trabalhos⁶².

Do outro lado, o Conselho de Disciplina julga a incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e das demais praças das Forças Armadas com

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 5.836 de 5 de dezembro de 1972. **Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5836.htm, acesso em 08. nov. 2019.

⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 71.500 de 5 de dezembro de 1972. **Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm, acesso em 08. nov. 2019.

⁵⁸ Lei nº 5.836, art. 1º.

⁵⁹ Lei nº 5.836, art. 5º, caput e §1º.

⁶⁰ Lei nº 5.836, art. 5º, §2º

⁶¹ Lei nº 5.836, art. 4º

⁶² Lei nº 5.836, art. 6º

estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, dando-lhes direito a ampla defesa e ao contraditório.⁶³

O Conselho de Disciplina contará com três oficiais da mesma Força Armada da praça a ser julgada, cabendo ao membro mais antigo do Conselho - que deve ser no mínimo oficial intermediário - a presidência, com o próximo mais antigo atuando como interrogante e relator e o de menor tempo de caserna como escrivão.⁶⁴

A nomeação compete ao Oficial-General, ao Comandante de Distrito Naval, Região Militar ou Zona Aérea, e, ainda, Comandante, Diretor, Chefe ou autoridade com atribuições disciplinares equivalentes, em função de comando, direção ou chefia mais próxima da praça a ser julgada.⁶⁵ Assim como no Conselho de Justificação, o Conselho de Disciplina funciona no local onde a autoridade nomeante julgar conveniente para a apuração do fato⁶⁶, e, após a instauração, o Conselho dispõe de um prazo de trinta dias para a conclusão dos trabalhos.⁶⁷

João Batista Fagundes resume os motivos que levam a existência desses conselhos morais na Armada.

O ideal seria que todas as normas de Moral fossem transformadas em normas de Direito; mas o que se verifica é que apenas algumas delas se transformaram em normas jurídicas, integrando o elenco de princípios consagrados do Direito Positivo.

Conclui-se, pois, que é mais fácil ferir-se a Moral do que se ferir o Direito, já que o campo daquela é muito mais amplo.

Na vida militar, porém, as peculiaridades especiais da profissão subordinam o militar a severas sanções, tanto no campo do Direito quanto no campo da Moral.

A impunidade, que se verifica em outros ramos de atividade, para quem fere apenas os princípios da Moral, é inadmissível para o oficial das Forças Armadas que, sendo forjado e educado para o exercício do comando, é obrigado a pautar sua conduta não só conforme a lei, mas, sobretudo, com honradez e com dignidade.⁶⁸

⁶³ Decreto nº 71.500, art. 1º

⁶⁴ Decreto nº 71.500, art. 5º

⁶⁵ Decreto nº 71.500, art. 4º

⁶⁶ Decreto nº 71.500, art. 6º

⁶⁷ Decreto nº 71.500, art. 11º

⁶⁸ FAGUNDES, João Batista. **A Justiça do Comandante**. 2. ed. Brasília: Edição do Autor, 2003, p. 283.

Sendo assim, o uso do escabinato, seja na forma de Conselhos de Justiça ou no Superior Tribunal Militar, é considerado como marco essencial da Justiça Militar e do julgamento de militares, pois é:

absolutamente imprescindível e fundamental para a entrega da tutela jurisdicional, pois permite que cada situação fática seja analisada tanto sob o prisma das peculiaridades da vida militar, que certamente não serão esquecidas diante da vivência e da prática dos juízes militares, quanto do ponto de vista técnico-jurídico, este último intrínseco à pessoa do juiz togado.⁶⁹

⁶⁹ FIGUEIREDO, *Op. Cit.*, p. 856.

3. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

3.1 O princípio do Juiz Natural

Não há como se falar em competência jurisdicional sem atentar-se para o princípio do juiz natural/juiz legal.

Usualmente, a doutrina cita variados sinônimos para o termo *juiz natural*.⁷⁰ Todavia, juristas como Eugênio Pacelli, proclamam que juiz natural somente é aquele órgão do Poder Judiciário cuja competência é prevista no texto da Constituição para determinado julgamento. Quando a competência vem fixada infraconstitucionalmente, o órgão competente para a composição do litígio é o *juiz legal*.⁷¹

O juiz natural é o justo e adequado para julgar uma determinada demanda, não importando, neste caso, se a norma fixadora da competência decorreu da Constituição ou de lei infraconstitucional.

Pode-se entender o juiz natural como o gênero de duas espécies: juiz *constitucional* e juiz *legal*. O constitucional sucede de competência fixada pela Carta Magna, ao passo que o *juiz legal* é atribuído pela norma ordinária. Portanto, o real conteúdo do princípio do juiz natural está relacionado com as regras de fixação de competência, sempre com o escopo de desenvolver um processo justo, ou seja, seguindo as matrizes do devido processo legal.

O texto constitucional veda julgamentos por tribunais que não sejam naturalmente competentes, pois “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁷². A norma explicita uma segunda extensão da garantia do juiz natural.

Para isso, na lição de Dinamarco, é indispensável que haja uma relação de adequação legítima entre o juiz e a causa, que somente a Constituição e a lei definem e só elas podem alterar.⁷³

⁷⁰ Há quem use julgador natural, juiz legal, juiz competente, juiz constitucional, entre outros.

⁷¹ PACELLI, 2018, *Op., Cit.*, p. 41-42.

⁷² Constituição Federal de 1988, Art. 5º, LIII.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 226.

Deduz-se, então, que não é lícito um juiz atuar em uma causa cuja competência não procede da Lei maior ou da legislação infraconstitucional no momento da propositura da demanda. Não se permite, inclusive, às mais altas Cortes do Judiciário alterar as normas de competência estabelecidas previamente no Direito positivo.

Verifica-se, o importante relevo em que pousa o princípio do juiz natural, não só no ordenamento jurídico pátrio, mas de todos os Estados Democráticos de Direito. Dentre os princípios processuais, sem a menor dúvida, o juiz natural ocupa uma posição de destaque. O poder, especialmente o coercitivo, próprio das decisões judiciais, só pode ser exercido em atenção ao princípio do juiz natural. Assim, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da Justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar.⁷⁴

O juiz natural ora exerce a função de direito fundamental, uma vez que confere certeza ao jurisdicionado de que a demanda será processada e julgada por um juiz ou tribunal extraordinário, de exceção e, por conseguinte, incompetente, ora de princípio, aferindo segurança à população de que os regramentos de competência e monopólio da Justiça, bem como a independência de seus *presentantes*, não serão desrespeitados pela constituição de órgão judicial impróprio.

A justeza do juiz natural não é um princípio ou direito fundamental isolado.

O princípio da legalidade, que garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer o que quer que seja a não ser por força de lei⁷⁵, desdobra-se nas garantias da preeminência e reserva legal.

O princípio da legalidade, ao determinar que não se use de tribunais de exceção ou de jurisdição que não aquela prevista na lei, garante ao indivíduo saber, previamente, qual tribunal deve julgá-lo, não se admitindo fuga às regras de competência.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. p. 41

⁷⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, II.

O princípio da legalidade está umbilicalmente relacionado à segurança jurídica e à previsibilidade dos atos jurídicos, ainda mais na seara criminal. O texto legal garante ao cidadão, na maior medida possível, a previsibilidade do Direito. A segurança jurídica é “exigida das regras de competência, que devem permitir de forma clara e objetiva que, no momento do cometimento de um delito, já se tenha definido, por critérios prévios, quem será a autoridade judiciária competente para julgá-lo”⁷⁶.

Trata-se de um preceito geral do Direito, não extraído diretamente de um dispositivo específico da Carta Magna. Contudo, a segurança jurídica está incrustada na própria função dos órgãos judicantes, pois sem esta a pacificação das relações sociais e a resolução dos conflitos não se efetua.

O conteúdo material deste princípio configura exigência de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos diante das consequências dos atos, para que conheçam, exatamente, os direitos e deveres, seja no âmbito militar ou não. Saber qual órgão e procedimento serão usados para julgar uma conduta estão nessa exigência.

Em outras palavras, a fixação de regras prévias e objetivas de competência forjam a segurança do julgamento, porquanto um julgamento depende de um órgão competente, que não é resultado de arbitrariedade, mas sim de preceitos objetivos e aleatórios⁷⁷, sem qualquer grau de pessoalidade.

Essa previsibilidade não confere aos jurisdicionados o direito de escolher especificamente o julgador, ou de saber, previamente, quem o julgará, mas somente os critérios que virão a ser utilizados para a determinação do órgão competente.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁷⁷ A aleatoriedade virá do sorteio entre os vários órgãos concorrentemente competentes, especialmente quando se tratar de uma instância com mais de um juízo. Em certa medida, na seara da Justiça Militar da União, essa aleatoriedade se torna mitigada, pois a regra entre as 12 Circunscrições Judiciárias Militares é de apenas uma Auditoria por CJM. Porém, como sempre se compõem de um juiz federal titular e outro substituto da Justiça Militar, abre-se a possibilidade de sorteio, ao menos, entre dois órgãos da Justiça.

Distinta possibilidade encontra o Oficial-General, que tem por prerrogativa de posto no Superior Tribunal Militar. A ele só haverá a possibilidade de ser julgado pela formação atual do Tribunal, estando a aleatoriedade restrita ao sorteio do relator do processo.

Não se pode ignorar que o princípio do juiz natural encontra-se, em grande medida, efetivado na regra Constitucional de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”⁷⁸.

O princípio da igualdade é a base do Estado social e de todos os direitos decorrentes de seu arcabouço jurídico. Seria como o núcleo de um átomo em que gira, ao redor, toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.⁷⁹

O encontro do princípio da igualdade com o do juiz natural pode se ver nas regras de distribuição. Tais regras, por apresentarem critérios prévios, objetivos, gerais e aleatórios, são instrumentos fundamentais garantidores da igualdade entre todos os submetíveis àquela jurisdição, pois impedem que o autor escolha o juízo responsável pela causa, em benefício de seus interesses.

Outrossim, o juiz natural, por meio das regras de distribuição, confere a igualdade entre os próprios magistrados. Ora, é por esse método que os processos são distribuídos, em tese, de maneira igualitária entre os julgadores, evitando, por conseguinte, que alguns sejam responsáveis por uma quantidade maior de feitos do que outros ou mesmo que haja manipulação para obrigar um determinado juiz a julgar certa causa

Além disto, outro princípio advindo das Constituições está relacionado ao princípio do juiz natural.

Concerne ao Estado Democrático de Direito e está previsto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Por tal razão, o legislador editou a Lei nº 11.719/08 e incluiu no Código de Processo Penal, art. 399, § 2º, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

A norma nada mais é que a expressão explícita da regra da identidade física do juiz, decorrente do princípio do juiz natural e do devido processo legal, pois “a incidência de tal princípio é benéfica, possibilitando melhor avaliação da prova pelo magistrado perante o qual ela foi produzida”⁸⁰.

⁷⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, *caput*.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 376.

⁸⁰ BADARÓ, 2016, *Op. Cit*, p. 621.

A identidade física do juiz possui estrita relação com o juiz natural, haja vista que, uma vez estabelecido por meio das regras de determinação de competência, o magistrado ficará ligado à apreciação da demanda.

A identidade física do juiz está diretamente relacionada ao dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF) e à qualidade da prestação jurisdicional, sobretudo na seara criminal, uma vez que a entrega jurisdicional não deve ser meramente formal, mas analítica e justa.

A exigência constitucional de “sentença pela autoridade competente” se refere, no processo penal, ao juiz que supervisionou, visualizou, ouviu e sentiu as provas. O juiz com contato imediato com a causa e suas particularidades é o constitucionalmente autorizado a decidir, fundamentadamente, sobre a mais drástica intervenção do Estado sobre a vida do indivíduo. No Brasil, e em muitos outros países, o juiz que instrui o processo é aquele que sentencia.

Assim vem entendendo doutrina e jurisprudência, no sentido de que o princípio intenta garantir que o magistrado sentenciante seja o mais equipado de elementos – pois sentiu e conduziu a colheita de provas – garantidores de um correto veredicto.⁸¹

O princípio do juiz natural tem, inclusive, incidência especial na jurisdição penal militar. A Carta Magna fala claramente que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. O constituinte delegou aos órgãos militares o dever de ser o juiz natural das causas que tratem de crimes, e numa leitura mais densa do intento da Constituição, e preceitos das Forças militares.

Compreende Cícero Robson Coimbra Neves que o dito princípio vem a ser um dos específicos do processo penal militar:

O princípio do juiz natural, além de se constituir em princípio do exercício da jurisdição, como já anotamos, por seu mote constitucional ganha em grandeza, devendo ser enumerado também como princípio do processo penal militar como um todo. Bem verdade que, considerando a jurisdição tema afeto ao Direito Processual como um todo, ao enumerarmos os princípios da jurisdição – princípio da investidura, da aderência ao jurisdicionado, da indelegabilidade, da inevitabilidade, da inafastabilidade e do juiz natural –, poderíamos elevá-los à condição de princípios do processo penal militar, mas a relevância e a grandeza permitem que nos refiramos ao princípio do juiz natural de forma destacada.⁸²

⁸¹ PACELLI, 2018, *Op. Cit.*, p. 341.

⁸² NEVES, 2018. *Op. Cit.*, p. 151.

Em suma, a regra do juiz natural não está prevista apenas na chapada escrita do art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988, mas advém de diversas passagens e princípios da Carta Magna, se relacionando sistematicamente.

O desejo do constituinte foi criar um arcabouço de proteção ao cidadão, evitando que o imenso e necessário poder coercitivo do Estado caia ao bel prazer dos detentores do poder sobre os ombros da população.

Os mecanismo claros e determinados de funcionamento da Justiça, especialmente no campo da persecução penal em razão de sua natureza, ao mesmo tempo, educativa e retributiva, são pressupostos lógicos e intrínsecos dos preceitos constitucionais, inclusive da regra do juiz natural.

3.2 Os conceitos de jurisdição e competência

3.2.1 Definição

Desde a proibição da autotutela dos interesses individuais – entre eles o de se vingar – se reconheceu que apenas o Estado teria condições de resolver satisfatoriamente os conflitos, não apenas pelo seu poder coercitivo intrínseco, mas pelo interesse estatal “em assegurar a ordem jurídica estabelecida”⁸³.

A jurisdição constitucional nada mais é que o poder do Estado de julgar, decidir conflitos e impor punições, sendo este poder limitado pelo texto Constitucional, que “não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”, nas palavras de Barroso⁸⁴.

Jurisdição é a atividade que melhor representa o poder limitado do Estado porque é seu dever administrar a Justiça com absoluta servidão à sociedade. Aury

⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. I. 29. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 436

Lopes Jr⁸⁵ afirma que jurisdição, mais do que um poder-dever, é um direito fundamental. Por isso, em qualquer área, sobretudo na penal, a segurança dos jurisdicionados deve ser o ponto de honra de garantias. Não se admite manobras jurídicas *extra ou ultra legem*.

Todo órgão judicial possui jurisdição que emana do poder que o Estado lhe atribui de resolver os conflitos e dar aos jurisdicionados uma solução quanto ao fato e a conduta que causa distensão social. A jurisdição é um poder uno que provém diretamente do Estado, mas isso não significa que cabe a todo juiz julgar todas as causas e exercer o poder jurisdicional sobre todos da mesma forma, até pela impossibilidade concreta de um ser tudo decidir. Desta forma, distribui-se as atividades jurisdicionais entre vários órgãos, encarregando-lhes de peculiares competências.

Se nem todos os juízes podem julgar todas as causas, deve o Estado distribuir o poder de julgar entre os vários órgãos, juízes e Tribunais.⁸⁶

A competência é a distribuição deste poder de julgar as causas entre os vários juízes e Tribunais, o instituto que define o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão desta função encarregado. Pode-se falar que a competência é espécie dentro do gênero jurisdição que vincula o Estado, garantindo uma jurisdição impessoal.

Entende-se a competência como “a relação necessária de adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional”⁸⁷, ou seja, é impreterível a correlação entre processo e o órgão judicial devido a fim de atingir a legitimidade. Por isto, somente cabe a análise fática da conduta àquele órgão judicante naturalmente incumbido de apreciar àquela matéria.

⁸⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II, 5ª Ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2011, p. 423.

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019

⁸⁷ NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 56.

José Frederico Marques aponta a atribuição de competência como a paulatina concretização do poder jurisdicional, estando as limitações à competência destinadas a especificar o poder do órgão judicial.⁸⁸

José Joaquim Gomes Canotilho, em seu magistério, alude que a competência serve, também, para delimitar o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente a outra.⁸⁹

3.2.2 As espécies de distribuição da competência

A doutrina, costumeiramente, distribui as espécies de competência em quatro aspectos: *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione functionae*⁹⁰, *ratione loci* e competência funcional.

A competência *ratione materiae* considera a natureza da infração penal praticada, relacionada ao conteúdo legal e à determinação de que um órgão especializado naquele assunto apreciará a matéria. A competência em razão da matéria muito se relaciona à competência *ratione legis*, como nos casos da Justiça Militar da União apreciar os crimes militares, Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e o Tribunal do Júri processar e julgar dolosos contra a vida.

Eugênio Pacelli assevera que o critério de especialização do Poder Judiciário “a ditar a repartição constitucional de competência em razão da *matéria* dada ao conhecimento de cada órgão da jurisdição, delimitando-se, em um primeiro momento, a existência de uma *jurisdição penal encarregada e especializada [...]*”⁹¹.

A definição de competência *ratione personae* relaciona-se aos casos de foro por prerrogativa de função, em que o importante são as funções desempenhadas pelo

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., vol. I., Campinas: Millennium, 2000, p. 257.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 488.

⁹⁰ Renato Brasileiro de Lima prefere utilizar *ratione functionae* por crer que o foro por prerrogativa de função não tem relação com a pessoa física, mas pela importância do cargo/função que ocupa e suas atribuições. Dividimos da opinião do autor, mas por questão de homogeneidade com o termo adotado pela doutrina, permaneceremos utilizando, para fins deste trabalho, *ratione persona*. LIMA, 2019, *Op. Cit.*, p. 351.

⁹¹ PACHELLI, 2018, *Op. Cit.*, p. 208.

agente para fixação de competência. Nestes casos, intenta o legislador diminuir o alcance de pressões externas sob os órgãos judiciais, num sentido ou em outro. Além, um órgão colegiado ou de cúpula possuiria formação profissional mais preparada para a análise da causa.⁹²

A determinação do legislador infraconstitucional de que o Superior Tribunal Militar julgará os Oficiais-Generais que responderem a processos criminais como réus é um tipo de competência *ratione personae*.⁹³

Já a determinação da competência pela localidade do cometimento do delito tem função mais administrativa do que, essencialmente, de conteúdo jurídico. Só se é possível determinar o juízo pelo lugar após a definição da competência em razão da matéria ou da pessoa.

Durante a determinação do juízo competente *ratione loci*, o que importa não é mais “a descoberta das fontes constitucionais da jurisdição”⁹⁴. O essencial é conceber a tutela concreta do processo, proteção da qualidade da atuação jurisdicional por meio do litígio, cercando-o do procedimento legal pela determinação do local adequado, dentre as divisões administrativas judiciárias, para àquela causa.

Por fim, a competência funcional se dividirá entre os diversos juízos de igual instância ou de instâncias diversas para, dentro de um mesmo processo, praticar determinados atos que competem a específicos juízos. Nesse caso, o Tribunal do Júri é um bom exemplo. Enquanto cabe ao juízo singular a sentença de pronúncia ou impronúncia, será do Conselho de Sentença a formação de culpa, a que estará vinculado o Juiz-Presidente do Júri na hora de prolatar a sentença condenatória ou absolutória.

Cícero Coimbra Neves classifica da seguinte forma a jurisdição da Justiça Militar:

[...] a jurisdição militar pode ser enxergada sob o enfoque dessas várias classificações, em algumas podendo comportar as espécies do gênero. Assim, a jurisdição militar pode ser inferior (auditorias) ou superior (Superior Tribunal Militar e Tribunais de Justiça Militar, por exemplo); quanto à matéria, pode ser penal ou, no caso das Justiças Militares Estaduais, civil, na apreciação de ações judiciais contra atos disciplinares (art. 125, § 4o, da CF);

⁹² PACELLI, 20018, Op. Cit., p. 212

⁹³ Lei 8.457/1992, Art. 6º. Se destrinchará sobre essa competência no próximo capítulo relativo à inconstitucionalidade do foro por prerrogativa de posto.

⁹⁴ PACELLI, 2018, Op. Cit., p. 270.

pode ser estadual (Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal) ou federal (Justiça Militar da União); é contenciosa, ou seja, caracteriza-se pela busca da parte, o Estado detentor do direito de punir, representado pelo órgão do Ministério Público, em obter uma determinação judicial que obrigue a parte contrária, o acusado; é especial ou extraordinária, já que está assinalada a um órgão jurisdicional especial; é plena no caso dos Conselhos de Justiça na Justiça Militar da União, que julgam todos os crimes militares, e limitada no caso do juiz de direito do juízo militar nas Justiças Militares Estaduais e do Distrito Federal, que possuem competência apenas para julgar crimes militares praticados contra civis; segundo a origem é uma jurisdição legal, pois, na forma da lei, é exercida pelos juízes e tribunais; critério segundo a fonte de direito, com base na qual é proferido o julgamento: jurisdição de direito, em que o juiz soluciona a lide com base estrita na norma de Direito, mas não se impede que seja de equidade, podendo o juiz dar a solução que reputar mais justa para a hipótese concreta; por fim, entendemos que, em regra, a jurisdição militar é exclusiva, visto que somente a Justiça Militar pode julgar casos de crimes militares; contudo, à exceção, no crime doloso contra a vida subsumido no art. 9o do CPM, que ainda é crime militar, por haver a possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri, pode-se classificar a jurisdição militar como cumulativa.⁹⁵

A doutrina, seguida pela jurisprudência, convencionou separar espécies de incompetências com a ocorrência de nulidades relativas ou absolutas. A incompetência entre órgãos julgadores, pela matéria discutida, é absoluta, enquanto a territorial, relativa.

Convencionou-se o entendimento – frise-se: por mera importação de conceitos do processo civil – de que seriam normas de competência absoluta aquelas que tratam da distribuição *ratione materiae*, as que cuidam da distribuição entre juízes superiores e inferiores (competência hierárquica), bem como as que dispõem acerca da distribuição entre juízes do mesmo órgão judiciário (competência interna). De outra forma, seriam consideradas normas de competência relativa e, portanto, que tutelariam, acima de tudo, interesses das partes, aquelas que tratam da distribuição territorial.⁹⁶

A rigidez da devida competência é tamanha que o Código de Processo Penal Militar - tal qual o Código de Processo Penal - apresenta como primeiro caso de nulidade a incompetência, o impedimento, a suspeição ou o suborno do juiz.⁹⁷

⁹⁵ NEVES, 2018, Op. Cit., p. 551-552

⁹⁶ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal**: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. 1ª ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 130

⁹⁷ Decreto-Lei nº 1.002/1969, Código de Processo Penal Militar. Art. 500. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I — por incompetência, impedimento, suspeição ou suborno do juiz;

3.3 A específica competência da Justiça Penal Militar

3.3.1 Princípios doutrinários

Como explicitado anteriormente, a Justiça Militar e seus órgãos judiciários intentam julgar os crimes militares e os militares com a devida atenção aos princípios peculiares à vida na caserna e aos princípios próprios da atividade de segurança desempenhada pelas Forças Militares, sejam as Armadas ou as Estaduais.

O juiz e doutrinador Ronaldo João Roth explica a *ratione* geradora de uma Justiça de sabre e toga.

Não há dúvida alguma que as instituições militares – tanto as Forças Armadas como as Forças auxiliares e reserva do Exército (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) – têm como pilastra mestra de sustentação a *hierarquia* e a *disciplina*, as quais possuem *especificidades* e *particularidades* que exigem *formalidades* e *exigências distintas* e muito mais rigorosas do que aquelas exigentes no mundo civil.

Esse ambiente militar impõe conhecimentos próprios, abnegação e sacrifícios por parte de seus integrantes, havendo, portanto, uma *ética* própria, uma *estética* diferenciada e uma *legislação* toda especial, exigindo daqueles que irão processar e julgar suas condutas o domínio dessas especificidades, daí justificando a existência de uma Justiça de caserna, a *Justiça do Comandante*, para conhecer, no âmbito do Poder Executivo, das questões previstas no Regulamento disciplinar, impondo até a prisão no caso de transgressão disciplinar, sem prévia autorização judicial (art. 5º, XVI, da CF), e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma Justiça *Especializada*, que é a Justiça Castrense, para conhecer das questões *criminais* e cíveis decorrentes dos atos disciplinares *militares*.⁹⁸

A especialidade intrínseca ao ramo da Justiça Militar da União, que contempla a hierarquia e disciplina como princípios, não a afasta de salvaguardar os princípios e garantias do cidadão, como a dignidade da pessoa humana e o direito ao justo e devido processo legal.

Como bem pontua Fernando Galvão, “O Direito Penal Militar se interessa essencialmente por proteger todos os bens jurídicos que possam ser afetados pela realização inadequada dos serviços militares.”⁹⁹

⁹⁸ ROTH, 2011, *Op., Cit.*, p. 762-763.

⁹⁹ GALVÃO DA ROCHA, F. A. Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, v. 1, n. 2, p. 63-66, 19 jul. 2018.

Assim, o Direito Penal Militar e a justiça militar, buscam salvaguardar a sociedade, verdade destinatária dos serviços militares, sejam federais ou estaduais.¹⁰⁰

Cícero Coimbra Neves observa que para averiguar se o interesse da caserna foi, de alguma forma, atingido ou se trata de mera aparência de lesão que, efetivamente, nada tem com os interesses militares, deve-se analisar o bem jurídico ofendido pela conduta.

Por outro lado, há casos em que, mesmo que aparentemente bens jurídicos penais militares tenham sido lesados, o bem jurídico estritamente individual, afastado do âmbito de proteção da norma penal militar, é exaltado por razões diversas, jurídicas e metajurídicas, prevalecendo a conclusão por crime comum e não por delito castrense, afastando-se, em consequência, a jurisdição extraordinária.

Isso parece ocorrer nos casos de violência doméstica contra a mulher, em que ambos (marido e mulher, por exemplo) são militares, mas a atuação não chega a afetar o âmbito castrense. Outro exemplo está na agressão de pai contra o filho com excesso, sendo o agressor subordinado do agredido, fato ocorrido no âmbito íntimo da residência, sem sequer chegar próximo de questões castrenses. Nesses casos há uma aparente – apenas aparente – materialidade penal militar.¹⁰¹

A conclusão pela competência da Justiça Militar está intrinsecamente ligada à definição de crime militar do Código Penal Militar. A Constituição estabelece a competência da Justiça Castrense com base nos crimes militares destacados em lei.¹⁰² Coube ao Decreto-Lei nº 1.001/1969 definir o que se entende por delitos militares, na paz e na guerra.

Crimes militares em tempo de paz

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;

¹⁰⁰ GALVÃO DA ROCHA, *Ibidem*, p.65.

¹⁰¹ NEVES, 2018, *Op. Cit.*, p. 556-557.

¹⁰² Constituição Federal de 1988, art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

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.

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
- f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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.

§ 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

§ 2º 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, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – 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 e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

Crimes militares em tempo de guerra

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-lo a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

A conjugação do art. 9º do Código Penal Militar com algum crime da parte especial do CPM era o quadro caracterizador da competência da JMU. Porém, com o advento da Lei nº 13.491/2017 este cenário se alargou.

Além disso, a Lei nº 13.774/2018 modificou o órgão cabível para julgar e processar civis na Justiça Militar da União.

3.3.2 As Leis nºs 13.491/2017 e 13.774/2018 e a ampliação da competência da Justiça Militar da União

Até o final de 2017, os crimes previstos na legislação comum que não tinham correspondência nas leis penais militares, mesmo que praticados no contexto das alíneas do art. 9º do Código Penal Militar, pertenciam à competência da Justiça comum, seja Federal ou Estadual, para processar e julgar aquela conduta típica.

A restritiva previsão, além de diminuir o escopo da Justiça Militar da União, atuava em contraste à própria razão de existir órgãos castrenses de julgamento. Uma conduta subsumível à fraude a licitação em contexto de obras, serviços e atividades da administração militar era avaliada pela Justiça comum.

A grave afetação ao bem jurídico militar, à hierarquia e à disciplina era ignorado para a definição de competência.

Todavia, o Congresso Nacional decretou e a Presidência da República sancionou, em 2017, a Lei nº 13.491/2017 que alterou a redação do inciso II do Código Penal Militar, entre outras mudanças.¹⁰³

Com o novo diploma legal, os crimes definidos na legislação penal, quando praticados em algum dos contextos das alíneas do novo inciso II do art. 9º do CPM, serão de competência da jurisdição militar.

Contudo, há dissonância doutrinária sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade deste diploma legal, especialmente nas alterações de competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis em específicos contextos implementados pela lei.

¹⁰³ A mesma lei redireciona a competência para julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares no contexto de operações de garantia da lei e da ordem (art. 9º, §2º, III) e quando em cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa (art. 9º, §2º, I), sem esquecer dos casos em que envolver a segurança de instituição ou missão militar, mesmo que não beligerante (art. 9º, §2º, II).

Nomes como Fernando Galvão¹⁰⁴, Jorge César de Assis¹⁰⁵, Carlos Frederico de Oliveira Pereira¹⁰⁶, Adriano Alves-Marreiros advogam a compatibilidade entre a Lei nº 13.491/2017 e a mudança de competência implementada, em face do espírito do texto constitucional de direcionar à JMU a análise de ofensas aos princípios das Forças Armadas.

Noutra ponta, Aury Lopes Jr¹⁰⁷, Henrique Hoffman e Ruchester Marreiros Barbosa¹⁰⁸, Rômulo de Andrade Moreira¹⁰⁹, Rodrigo Foureaux¹¹⁰ afirmam que a mudança legal está em completa desarmonia aos pressupostos constitucionais, devendo ser alterada para retomar a compatibilidade com a Carta Magna, pois ampliaria indevidamente o escopo de atuação das Justiças Militares.

Se desde a Lei 9.299/96 discute-se a quem compete julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis¹¹¹, a implementação da Lei 13.491/2017 retoma com mais força esse debate. Agora, evidentemente, uma norma infraconstitucional dá ao judiciário castrense a competência de julgar e processar esses episódios.

Renato Brasileiro de Lima, inclusive, patrocina a tese de que um Conselho de Justiça, seja Permanente ou Especial, tem a incumbência de proferir o julgamento.

¹⁰⁴ GALVÃO DA ROCHA, 2017, *Op. Cit.*, p.63-65

¹⁰⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. **Crime militar e processo**: comentários à Lei 13.491/2017. 2ª ed. – Curitiba: Juruá, 2019.

¹⁰⁶ PEREIRA, 2017, *Op. Cit.*

¹⁰⁷ JUNIOR, Ary Lopes. Lei 13.491/2017 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. In **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/limite-penal-lei-134912017-fez-retirar-militares-tribunal-juri>, Acesso em 31 jul. 2019.

¹⁰⁸ HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester M. Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente. In **Conjur**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-28/academia-policia-ampliacao-competencia-crimes-militares-inconstitucional>>. Acesso em 03 ago. 2019.

¹⁰⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A lei que tornou a competência da Justiça Militar da União. In **Justificando**. Disponível em < <http://www.justificando.com/2017/10/19/lei-que-tornou-competencia-da-justica-militar-da-uniao/>>. Acesso em 03 ago. 2019.

¹¹⁰ FOUREAUX, Rodrigo. **A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar**. Disponível <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/AmpliacaoCrimeMilitarFoureaux.pdf>>, acesso em 02 ago. 2019.

¹¹¹ O Supremo Tribunal Federal já declarou válida a redação da Lei nº 9.299/96 que previa a competência da Justiça comum para julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares. **STF** – RE 260.404/MG, Rel. Min. Moreira Alves, tribunal pleno, DJ 21/11/2003.

Todavia, nada impediria que se instituísse, no âmbito castrense, um escabinato do Júri Militar¹¹².

Ocorre que, mesmo concebendo como interessantíssima essa discussão, este trabalho não pretende analisar a validade e constitucionalidade da atribuição de competência da JMU para crimes dolosos contra a vida praticados por militares no contexto contra civis, por esta razão, não se fará uma leitura mais aprofundada da temática.

Mas, por honestidade acadêmica, aponta-se que o entendimento do professor Jorge César de Assis é o adotado por este trabalho. Defende o iminente doutrinador que o legislador não ofende a Carta Magna, pois apenas ampliou a escopo dos chamados crimes militares, não mudando sua definição.

Para o autor, a ampliação do rol de tipos penais que possam ser julgados pelas JMU e JME advém, unicamente, do fato de que os crimes do art. 9º do CPM incluem os do código especializado e os na legislação penal como um todo. “Se vai ser bom ou não, só o tempo dirá. Mas nada existe de inconstitucional”, afirma Jorge de Assis.¹¹³

As mudanças da Lei nº 13.491/17 influenciam todo o sistema de Justiça Castrense, abrindo um novo escopo de atuação e especialização das Justiças Militares. Agora, com mais atenção, deve-se analisar se a conduta e o fato afligem os interesses militares, sob o risco de tudo que envolva militares ou o espaço físico das Forças Armadas ou das Forças Estaduais venha a ser caracterizado como delito militar, criando-se Justiças pela forma e não pelo conteúdo.

A concepção de que os crimes militares derivam *ratione legis*¹¹⁴ não pode ser compreendida isoladamente, sem atenção à materialidade do tipo analisado. Como bem acentua Hélio Lobo, os crimes militares existem quando há um interesse militar em jogo:

Não obstante este axioma que procuraremos desenvolver, a corrente de estudiosos enxerga, de um modo geral, no crime militar, o atentado à ordem,

¹¹² LIMA, 2019, *Op. Cit.*, p. 427.

¹¹³ ASSIS, 2019, *Op. Cit.*, p. 31-32.

¹¹⁴ Como a Constituição define, expressamente, que compete à Justiça Militar julgar e processar os crimes definidos em lei, importante doutrina entende que a competência da Justiça Militar decorre em razão de definição legal da conduta delitiva específica para crimes militares.

à organização das Forças Armadas, à segurança dos exércitos e das esquadras, numa palavra — a *lesão* ao *interesse militar*.

[...] O termo *interesse*, indica, para a escola disgregante, a natureza da infração, porque se o *interesse lesado foi o militar*, o crime será *militar*; se o comum, o delito será *ordinário*. Desdobra-se, porém, o vocábulo em duas fases: a) ou *interesse militar* referente à *qualidade militar de pessoa* ou b) *interesse militar* relativo ao fato.¹¹⁵

A Lei nº 13.491/2017, em certa medida, reforça este entendimento. Ao ampliar a competência da Justiça Castrense para outros crimes, o legislador mostra às Forças Armadas, Forças Militares Estaduais e aos militares que a tutela jurisdicional castrense quer proteger o interesse específico da hierarquia, disciplina e da sociedade civil como um todo, dando a quem tem a expertise própria a incumbência de analisar não apenas a desconformidade da conduta com a letra fria da lei, mas a incompatibilidade da conduta com os princípios militares que jurou defender.

Esse intento está sedimentado na novíssima Lei 13.774/2018, que alterou a Lei de Organização da Justiça Militar da União. Mais que mudar a nomenclatura do juízo de primeiro grau, o diploma desloca a competência do escabinato para o magistrado civil togado, singular, quando o processo for contra civil por crime no contexto dos incisos I e III do art. 9º do CPM, mesmo que haja militar no mesmo processo.

O legislador considerou indevido submeter um civil a um colegiado formado por militares das forças, já que, em teoria, o não-militar desconhece os regramentos e a moral de conduta dos militares, não compreendendo a hierarquia e a disciplina incrustadas na formação militar.¹¹⁶

Além do mais, o escabinato tem como pressuposto juntar o conhecimento da letra da lei pelo magistrado civil togado e o da vida militar e alhures pelos integrantes da caserna, tudo para chegar a um veredicto que pondere tanto a prática típica da conduta quanto a atenção à missão militar.

Ocorre que, se o processado é civil e, portanto, não tem a obrigação de saber, *in concreto*, as especificidades do militarismo, como lhe submeter a uma análise de conduta sob bases militares? Estaria sujeito a princípios que não lhe foram ensinados e a que não se submete?

¹¹⁵ LOBO, 1906, *Op. Cit.*, p. 50.

¹¹⁶ LIMA, 2019, *Op. Cit.*, p.391-395.

Ademais, mesmo que civil e togado, o Juiz Federal da JMU detém conhecimento específico das leis militares e dos princípios da caserna, tanto pelo concurso a que se submete para togar-se, quanto pelo convívio diário com militares e com a percepção de afetação dos bens jurídicos militares.

O Juiz Federal da JMU tem preparo e conhecimento suficientes para ponderar ambos os elementos, focando o julgamento na letra da lei sem ignorar a base filosófica da JMU e a respeitabilidade, integridade, dignidade e funcionamento das instituições militares.

Nesse sentido, caras as palavras de Eduardo Martins Neiva Monteiro de que seria temerária a mudança da Justiça Castrense para a Justiça comum, pois “significaria abandonar a expertise dos magistrados civis da JMU, forjada durante décadas e desejada pelo constituinte originário, quando a manteve como ramo federal especializado do Poder Judiciário.”¹¹⁷

As novas normativas apenas reforçam a leitura de Gilmar Ferreira Mendes de que a competência da Justiça Militar se dá nos casos em que se viole o dever militar ou os bens jurídicos das Formas Armadas, e não apenas na incidência do Código Penal Militar ou do Código de Processo Penal Militar.

Essa reserva legal simples (e ampla) impõe estrita observância, no sentido de se assegurar a reconhecida natureza especial da infração penal a requerer a atuação de órgão jurisdicional especial por incidência do denominado princípio da especialidade da jurisdição. Nesse sentido, a lei só poderá atribuir competência à Justiça Militar naqueles casos em que a infração penal constituir violação de dever militar ou relação direta com bens jurídicos que tenham as Forças Armadas como titular.¹¹⁸

As recentes normativas, mais do que ofertar necessárias atualizações à JMU, solidifica a missão especial e a necessidade de se ter um ramo especializado para processar e julgar as condutas criminais que afetam as Forças Armadas.

¹¹⁷ MONTEIRO, Eduardo Martins Neiva. Reflexões Iniciais sobre a Alteração da Competência para Processar e Julgar Civis após a Reforma da Lei de Organização da Justiça Militar da União. **Perspectivas da justiça militar contemporânea**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177-178.

¹¹⁸ MENDES e BRANCO, *Op. Cit.*, p. 523.

3.4 A competência por órgão da Justiça Militar da União

Como visto, a Justiça Militar Federal compõe-se pelos Conselhos de Justiça – Especial e Permanente – em primeiro grau, e pelo STM em segundo grau, cada qual com respectivas competências.

Ao Conselho Especial de Justiça cabe processar e julgar oficiais, exceto Oficiais-Generais, os quais são processados e julgados pelo STM. Já o Conselho Permanente de Justiça processa e julga praças - Soldados, Cabos, Sargentos, Subtenentes e Suboficiais -, sendo que o art. 28 da LOJMU prescreve, ainda, outras competências para ambos:

Art. 28. Compete ainda aos conselhos:

- I - decretar a prisão preventiva de acusado, revogá-la ou restabelecê-la;
- II - conceder menagem e liberdade provisória, bem como revogá-las;
- III - decretar medidas preventivas e assecuratórias, nos processos pendentes de seu julgamento;
- IV - declarar a inimputabilidade de acusado nos termos da lei penal militar, quando constatada aquela condição no curso do processo, mediante exame pericial;
- V - decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento;
- VI - ouvir o representante do Ministério Público sobre as questões suscitadas durante as sessões;
- VII - conceder a suspensão condicional da pena, nos termos da lei;
- VIII - praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei.

Algumas deliberações são de competência exclusiva do Juiz Federal da JMU, especialmente na fase pré-processual. Ao juiz togado cabe decidir sobre recebimento, arquivamento ou devolução de inquérito e representação (art. 30, I), processar e julgar civis (art. 30, I-B), julgar *habeas corpus*, *habeas data* e mandados de segurança contra atos de autoridades militar (art. 30, I-C), relaxar prisão ilegal (art. 30, II), determinar realização de perícia, exames e diligências (art. 30, V), entre outras enumeradas no art. 30 da LOJMU.

A competência do Superior Tribunal Militar está prevista no art. 6º da LOJMU e não na Constituição, cabendo-lhe, por força desta lei ordinária, originariamente, processar e julgar os Oficiais-Generais das Forças Armadas acusados em ações

penais, os pedidos de *habeas corpus* e *habeas data*, os mandados de segurança contra seus próprios atos, os do Presidente do Tribunal e os de outras autoridades da Justiça Militar, bem como, a revisão dos processos findos na Justiça Militar.

Também é da competência do STM conhecer e decidir sobre as representações para decretação de indignidade de oficial ou incompatibilidade com o oficialato e os feitos dos Conselhos de Justificação, ambas previstas no art. 142, § 3º, da CF, em verdadeira função de instância ordinária e recursal¹¹⁹.

O Conselho de Justificação tem como competência julgar, por meio de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas, sendo militar de carreira, da reserva remunerada ou reformado, para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Os casos em que os oficiais são submetidos ao conselho estão elencados no art. 2º da Lei nº 5.836/72:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das Forças Armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

a) estiver inscrito como seu membro;

¹¹⁹ ROCHA, 2008, *Op. Cit.*

- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

O Conselho de Disciplina julga a incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando-lhes condições de se defender. As situações em que as praças são submetidas a este Conselho são as do art. 2º do Decreto nº 71.500/72:

Art. 2º É submetida a Conselho de Disciplina, "ex officio", a praça referida no artigo 1º e seu parágrafo único.

I - acusada oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

- a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;
- b) tido conduta irregular; ou
- c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decoro da classe;

II - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

III - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

IV - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerada entre os outros, para os efeitos deste decreto, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo a praça das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrita como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Em grande parte, as previsões da Justiça Militar estão em similitude com as da Justiça comum, com as caracterizações singulares da vida, dos termos e dos integrantes da caserna. A este trabalho importa a competência por foro por prerrogativa de posto ao Superior Tribunal Militar de Oficiais-Generais.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE POSTO NA JUSTIÇA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

4.1 Previsão legal e compreensão doutrinária

O legislador pátrio de 1992 decidiu manter na Lei de Organização da Justiça Militar uma previsão que rememora os tempos da política do café com leite¹²⁰. Em 1926, ao decretar o Código da Justiça Militar, o Presidente da República à época, Artur da Silva Bernardes, inovou quanto a competência para julgamento de militares. Pela primeira vez na história dos códigos e leis de organização da Justiça Militar previa-se um foro por prerrogativa de posto para os Oficiais-Generais da Armada e do Exército.

O antigo Regulamento Processual Criminal Militar de 1895 dava competência para julgar Oficiais-Generais aos Conselhos de Guerra compostos por sete juízes, cabendo a presidência ao conselheiro mais antigo e de graduação superior ao réu, um Auditor togado e cinco Oficiais-Generais, de graduação idêntica ou maior que a do réu, sendo admitido, na falta absoluta de outros, o de graduação inferior a do réu.

Os Conselhos de Guerra funcionavam como órgãos de primeira instância, formados igualmente aos atuais Conselhos Especiais, de tal que se previa, na ausência de Oficial-General mais graduado ou antigo que o réu, a convocação de um ministro militar do então Supremo Tribunal Militar para assumir as funções de presidente, vedando-lhe o voto em um recurso à Corte de superior.¹²¹

O novo Código de Organização Judiciária e Processo Militar, Decreto 14.450/1920, nada modificou quanto a competência da primeira instância, agora

¹²⁰ A política do café com leite foi um acordo firmado entre as oligarquias estaduais e o governo federal durante a República Velha para que os presidentes da República fossem escolhidos entre os políticos de São Paulo e Minas Gerais. Portanto, ora o presidente seria paulista, ora mineiro. Durou de 1898 a 1930. SCHWARCZ e STARLING, 2015, *Op. Cit.*

¹²¹ Regulamento Processual Criminal Militar de 1895, Art. 12, Paragrapho unico. Não havendo official general mais graduado ou antigo que o réu, para presidir o conselho, nomear-se-ha para estas funcções um ministro militar do Supremo Tribunal, o qual não terá voto na instancia superior. *Texto original. In BRASIL. Superior Tribunal Militar. Legislação sobre organização judiciária militar*. 2. ed. – Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2016, p. 8-9.

denominada Conselhos de Justiça, assim como nos Decretos nº 14.544/1920, 15.635/1922 e 4.988/1926.¹²²

Em meio a crises políticas e militares, especialmente decorrentes do movimento tenentista de Luiz Carlos Prestes e Miguel Costa, que prometiam derrubar o governo de Artur Bernardes¹²³, o então presidente editou o novo Código da Justiça Militar, atribuindo ao Supremo Tribunal Militar a competência de julgar e processar, privativamente, Oficiais-Generais:

CAPITULO IV DO SUPREMO TRIBUNAL MILITAR

Art. 99. Ao Supremo Tribunal Militar compete, privativamente:

a) processar e julgar os officiaes generaes do Exercito e da Armada, os seus membros militares nos crimes militares e de responsabilidade, os orgãos do ministerio publico, os ministros civis, os auditores e os juizes militares do Conselho de Justiça, nestes ultimos crimes;¹²⁴

Daí em diante, todas as normas referentes à organização da Justiça Militar não alteraram a competência do tribunal de vértice da jurisdição castrense para processar e julgar o oficialato-general das Forças Armadas.¹²⁵

Hoje, o foro por prerrogativa de posto está no art. 6º da atual Lei de Organização da Justiça Militar da União, que define a competência do Superior Tribunal Militar:

CAPÍTULO II

Da Competência

¹²² ASSIS, 2015, *Op. Cit.*, p. 39-40.

¹²³ SCHWARCZ e STARLING, 2015, *Op. Cit.*, p. 348.

¹²⁴ BRASIL. DECRETO N. 17.231. Manda observar o Código da Justiça Militar. *In* BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Legislação sobre organização judiciária militar**. 2. ed. – Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2016, p.157.

¹²⁵ Assim foi com os Decretos 17.296/1926, Decreto nº 19.532/1930, Decreto nº 21.886/1932, Decreto nº 24.803/1934, Decreto-Lei nº 110/1937, Decreto-Lei nº 510/1938, Decreto-Lei nº 2.746 e 925/1938, Decreto nº 3.020/1941, Decreto-Lei nº 3.038/1941, Decreto-Lei nº 6.396/1944, Decreto-Lei nº 8.913/1946, Lei nº 4.389/1964, Lei nº 4.517/1964, R.I STM de 1967, Decreto-Lei nº 1.003/1969, Lei nº 5.661/1971, Lei nº 6.621/1978, Lei nº 7.164/1983, Lei nº 8.236/1991 e Lei nº 8.457/1992, apenas para citar algumas.

SEÇÃO I

Da Competência do Superior Tribunal Militar

Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

a) os Oficiais-Generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;

Trata-se de competência decorrente da regra *ratione personae* do agente do crime, determinada não pela pessoa física do indivíduo, mas se considerando a relevância da função ou cargo que ocupe.¹²⁶

Na visão de Hélio Tornaghi¹²⁷, o foro especial leva em conta a dignidade da função, altitude do cargo e a iminência da posição, ignorando a acepção pessoal do indivíduo.

Tourinho Filho advoga a tese de que o julgamento daqueles que possuem cargos especiais de relevância no Estado não deve ser como um qualquer do povo, mas sim pelos órgãos superiores, mais especializados, em razão da posição que ocupam.¹²⁸

Victor Nunes Leal observava que a prerrogativa de foro por função era garantia de independência no julgamento das causas envoltas a certas funções públicas:

Jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instruída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade.¹²⁹

Não cabe ao titular do direito renunciar ao foro especial, intentando ser julgado em órgão inferior. Segundo Gilmar Mendes, o foro por prerrogativa de função é uma condição objetiva para apurar e julgar delitos, visando proteger o interesse público e o regular exercício do cargo, não sendo disponível ao titular da função/cargo.¹³⁰

¹²⁶ MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 311-312.

¹²⁷ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 56.

¹²⁸ TOURINHO FILHO, 2008, *Op. Cit.*, p. 108.

¹²⁹ NUNES LEAL *apud* MENDES e BRANCO, 2017, *Op. Cit.*, p. 495-496.

¹³⁰ MENDES e BRANCO, 2017, *Op. Cit.*, p. 497.

O Supremo Tribunal Federal decidiu em questão de ordem na Ação Penal 937 que a natureza do foro por prerrogativa de função deve se relacionar, exclusivamente, às funções desempenhas no cargo e que ocorrerem durante o exercício do mesmo. Para o STF, princípios como os da igualdade e da república, quando analisados adequadamente, melhor se coadunam com um entendimento mais restrito do foro por prerrogativa de função.¹³¹

Há de notar-se que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela validade do foro por prerrogativa de função desde que haja relação entre a conduta perpetrada e a atuação funcional do indivíduo, devendo existir relação com as atividades e que tenha ocorrido dentro do período de atuação.

A Constituição Federal define o foro para julgar o Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República;¹³² parlamentares federais¹³³; Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros dos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente;¹³⁴ como o Supremo Tribunal Federal.

No Superior Tribunal de Justiça serão julgados os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, nos crimes comuns, e os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais nos crimes comuns e de responsabilidade.¹³⁵

¹³¹ Ementa da questão de ordem na Ação Penal nº 937. **STF**, Questão de ordem na Ação Penal nº 937, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, pleno, DJe 11/12/2018, ata nº 190/2018.

¹³² Constituição Federal de 1988, art. 102, I, b - nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

¹³³ Constituição Federal de 1988, art. 53, § 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

¹³⁴ Constituição Federal de 1988, art. 102, I, c - nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

¹³⁵ Constituição Federal de 1988, art. 105, I, a - nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os

Os Juízes Estaduais e os membros do Ministério Público se sujeitarão ao Tribunal de Justiça local a que pertençam nos crimes comuns e de responsabilidade¹³⁶. Já os prefeitos¹³⁷ podem ser submetidos ao foro do Tribunal de Justiça local, desde que assim preveja a Constituição do Estado.

Por fim, a Constituição Federal atribui ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os Juízes Federais da sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, além dos membros do Ministério Público da União.¹³⁸

Os casos citados, mesmo que havendo foros em órgãos distintos, igualam-se por terem, todos, previsão expressa da Carta Federal de qual órgão será competente para julgamento por crime comum ou de responsabilidade, caso o indivíduo com tal prerrogativa venha a cometê-los.

Distinta situação é a dos Oficiais-Generais com foro no Superior Tribunal Militar.

O texto Constitucional em nenhum momento afirma que haverá competência do órgão de cúpula da Justiça Castrense para julgar Oficiais-Generais, apenas determina que à Justiça Militar compete julgar e processar os crimes militares definidos em lei e atribui à lei organização, funcionamento e competência das Justiças Militares.¹³⁹

A Lei de Organização da Justiça Militar da União prevê o Superior Tribunal Militar como competente para julgar e processar o oficialato-general, em clara previsão de foro por prerrogativa de posto.¹⁴⁰

membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

¹³⁶ Constituição Federal de 1988, art. 96, III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹³⁷ Constituição Federal de 1988, art. 29, X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

¹³⁸ Constituição Federal de 1988, Art. 108, a - os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

¹³⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 122.

¹⁴⁰ Segundo o site oficial da Marinha, "**Posto** é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro de Força Singular e confirmado em Carta Patente. O posto de Almirante somente será provido em tempo de guerra." Pela singularidade de hierarquia e disciplina do mundo militar e das peculiaridades da vida da caserna, pode-se, com as devidas proporções, fazer um paralelo entre as funções da vida civil com o posto ocupado pelo militar, sendo que quanto maior o posto, maior seria a "função" do militar. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/content/postos-e-graduacoes>

Ocorre que os princípios constitucionais e processuais-constitucionais não se coadunam com o comando do art. 6º, I, a, da LOJMU.

4.2 Foro por prerrogativa de função e de posto do Oficial-General

Conforme Eugênio Pacelli, a matéria relativa à competência por prerrogativa de função, conjuntamente à competência em razão da matéria estão disciplinadas na Constituição Federal, cabendo às normas infraconstitucionais a competência pelo lugar do crime.¹⁴¹

Na visão do doutrinador, não se admite que leis ordinárias criem modalidades de competência por prerrogativa de função não previstas na Carta Magna. Relembrando o julgamento da ADI 2.797 pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴², Pacelli pondera que a conduta do STF no julgamento foi a adequada:

E nem poderia ser de outro modo, na medida em que nos parece inaceitável qualquer pretensão no sentido de se criarem regras atinentes ao princípio do juiz natural, de índole constitucional, por meio de legislação *ordinária*. O retrocesso, o mau gosto e, enfim, a inconstitucionalidade de tais disposições sempre nos pareceu patentes.¹⁴³

Naquela ADI, o Supremo assentou: que na esfera federal, a competência cível ou criminal dos tribunais da União estão previstas na Carta Magna ou decorrem implicitamente da Constituição, excetuando-se quando a mesma remeta à lei a fixação da competência.¹⁴⁴

O Promotor da Justiça Militar Mário Porto defende a tese de que o Supremo Tribunal Federal compreendeu como válida a fixação de competência por prerrogativa de função pela via ordinária.¹⁴⁵ Ousamos discordar.

¹⁴¹ PACELLI, 2018, *Op. Cit.*, p. 212.

¹⁴² O STF declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002 que ampliava a competência do Supremo Tribunal Federal para matérias não criminais em casos de foro por prerrogativa de função.

¹⁴³ PACELLI, 2018, *Op. Cit.*, p. 212.

¹⁴⁴ STF, ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pleno, DJ Nr. 242 do dia 19/12/2006.

¹⁴⁵ PORTO, Mário. A competência originária do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os oficiais-generais nos crimes militares e sua compatibilidade com a Constituição da República de 1988. In **Jus Militarís**. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/compngenstm.pdf>, acesso em 10. nov. 2019.

O que o Supremo Tribunal Federal fez foi declarar que quando a Carta Magna remeta à lei ordinária a fixação de competências poderá a lei assim o fazer, mas não assentou que poderia a legislação infraconstitucional atribuir foro por prerrogativa de função – ou de posto, no caso em tela – não previsto em seu texto.

Observando o conflito solucionado na ADI 2.797, não estaria conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal permitir que se saia criando outros foros federais por lei ordinária. A ADI provida serviu especificamente para declarar inconstitucional norma que tentou ampliar o rol de foro por prerrogativa de função ordinariamente.

Caso foi esta a leitura, o Supremo Tribunal Federal estaria contradizendo a própria decisão.

O entendimento da inconstitucionalidade da norma constante do art. 6º, I, “a” da Lei de Organização da Justiça Militar extrai-se da lição de José Frederico Marques, para quem “a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria declinou”¹⁴⁶.

A regra processual e constitucional é o rito de julgamento galgar pelas instâncias, saindo da primeira até socorrer-se das últimas em recursos. Tem o indivíduo o direito subjetivo ao duplo grau de jurisdição, podendo se defender no mérito e discutir fatos e provas em mais de uma instância.

A garantia de diferentes composições julgadoras, exercendo, assim, a ampla defesa, o contraditório pleno e o direito a uma revisão jurisdicional do seu caso.

A competência direta e única na esfera castrense do Superior Tribunal Militar tolhe o réu desta possibilidade, pois não lhe é oportunizado o julgamento por seus pares no Conselho Especial.

Renato Brasileiro de Lima, ao comentar o uso de Constituições Estaduais para auferir foro por prerrogativa de função a autoridades políticas, assevera que se deve atentar ao princípio da simetria com a Carta Magna, eivando-se de inconstitucionalidade os foros que não observam esse padrão.

¹⁴⁶ MARQUES, 2000, *Op. Cit.*, p. 217.

Poder-se-ia falar, em respeito a simetria constitucional, de foro para Vice-Governador, já que a Constituição Federal prevê ao Vice-Presidente, mas estaria ao arroubo legal o foro para Delegado de Polícia Civil, eis que a Constituição Federal não criou foro para Delegado de Polícia Federal.¹⁴⁷

Fora dessas hipóteses, todavia, queremos crer que haverá clara extrapolação dos limites traçados pela Constituição Federal, com o estabelecimento de cláusula de exceção aos princípios da isonomia e do juiz natural que, por sua própria natureza, exigem expressa autorização e previsão na Carta Federal, hoje inexistente. Embora os Estados-membros tenham o poder de organizar a sua Justiça (CF, art. 125, *caput*), devem observar os princípios contidos na Constituição Federal.¹⁴⁸

O raciocínio, além de caro ao estudo da Justiça Castrense, ainda é mais eloquente neste segmento, pois a Constituição Federal é a norma direta que a regula e está a Justiça Militar da União incrustada na jurisdição especializada federal.

Clementino Ruffeil compactua desta leitura. O Procurador da Justiça Militar assevera que se considerar constitucional a criação de foros por prerrogativa de função em norma infraconstitucional é admitir que outras leis de organização judiciária poderiam fazer o mesmo, levando-se a conclusão de que a Carta Magna não encerra todos os casos de fixação de foro por prerrogativa de função.¹⁴⁹

Ademais, para o autor, não haveria porque seguir o princípio da simetria pois, se de fato a simetria decorre do Estado Federal, caso um órgão do Poder Judiciário da União não observe o citado princípio é porque ele inexistente.¹⁵⁰

Quem muito contribui com este debate é o Promotor da Justiça Militar Soel Arpini. Para o autor, a previsão do art. 122 da Constituição Federal - atribuindo à lei ordinária fixar a competência da Justiça Militar – não autoriza a criação de novos foros por prerrogativa assimétricos, pois não seria a atribuição da Carta Federal absoluta, limitando-se pela isonomia, garantia do juiz natural e pelo duplo grau de jurisdição.¹⁵¹

¹⁴⁷ LIMA, 2019, *Op. Cit.*, p. 518-519.

¹⁴⁸ LIMA, *ibidem*, p. 519.

¹⁴⁹ RODRIGUES, Clementino Augusto Ruffeil. A inconstitucionalidade da fixação de competência por prerrogativa de função pela lei de organização da Justiça militar. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, DF, n. 21, p. 75-101, abr. 2010.

¹⁵⁰ RODRIGUES, *ibidem*, p. 100.

¹⁵¹ ARPINI, Soel. A (in)constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, DF, n. 21, p. 103-115, abr. 2010.

Um dos argumentos ventilados pelos defensores da prerrogativa de posto¹⁵² no STM seria o da ausência de quantitativo de Oficiais-Generais a contemplar Conselhos Especiais de primeiro grau formados especificamente para o escabinato do réu com posto elevado.

Contudo, dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação mostram cenário razoável de oficiais, considerando que os inativos permanecem sob a jurisdição da Justiça Militar e poderiam vir a ser convocados para formarem os Conselhos de Justiça Especiais.

Na Marinha, 115 Oficiais-Generais compõem o quadro de ativos, enquanto 2.437 estão na reserva da Força. O Exército conta com 173 Oficiais-Generais em atividade e 5.122 inativos. A Aeronáutica possui 104 Oficiais-Generais na ativa e 1.937 na reserva.

**MINISTÉRIO DA DEFESA
SECRETARIA-GERAL - SG
SECRETARIA DE PESSOAL, ENSINO, SAÚDE E DESPORTO - SEPESD
DEPARTAMENTO DE PESSOAL - DEPE
DIVISÃO DE REMUNERAÇÃO - DIREM**

Número total de oficiais das Forças Armadas

Mês de referência: Ago19

Postos e Graduações	Marinha		Exército		Aeronáutica	
	Ativos	Inativos	Ativos	Inativos	Ativos	Inativos
Alte / Marechal / Brig Ar	0	65	0	110	0	65
Alte Esq / Gen Ex / Ten Brig Ar	12	98	17	179	9	119
V Alte / Gen Div / Maj Brig	33	456	63	1004	29	366
C Alte / Gen Bda / Brig	70	1818	93	3829	66	1387
Oficiais Superiores	3061	4738	6854	12319	2101	5380
Oficiais Intermediários	2823	399	5715	6848	1728	2026
Oficiais Subalternos	5392	9030	15590	12317	7285	9648

153

Nota-se que nas três Forças, considerando-se apenas os Oficiais-Generais de cinco estrelas - Almirante, Marechal e Marechal-do-Ar – há, pelo menos, o quádruplo de integrantes que os postos de quatro estrelas da ativa em cada uma das Forças.

¹⁵² PORTO, *Op. Cit.*

¹⁵³ Dados obtidos por meio de pedido endereçado ao Ministério da Defesa via Lei de Acesso à Informação por meio do protocolo 60502002694201917. Resposta no NUP 60502.002694/2019-17.

O escabinato do Conselho de Justiça Especial pode se compor com a convocação, pela Justiça Militar Federal, de Oficiais-Generais da reserva para atuarem como membros julgadores, mantendo-se, intactos, os pressupostos de hierarquia e disciplina, pois haverá generalato suficiente para os julgamentos.

E deve-se recordar que o foro por prerrogativa de posto também é aplicável aos Oficiais-Generais inativos pois não há perda de posto quando se transfere para a reserva.

Não há argumentos pragmáticos ou razão principiológica que sustente a manutenção no ordemento jurídico do foro por prerrogativa de posto no STM. Em verdade, a continuidade dessa previsão usurpa dos Oficiais-Generais direitos basilares, como ao duplo grau de jurisdição, ao juiz natural, à igualdade em ter acesso semelhante aos instrumentos amplos de defesa em dois graus jurisdicionais, a isonomia e a ser julgado por seus próprios pares da caserna, que não vivem no dia a dia o funcionamento de um órgão judicante, pois passageiramente compõem àquele escabinato. Pior ainda é inclusão de Oficiais-Generais da reserva ou reformados ou mesmo de civis.

4.3 O problema do foro por prerrogativa de posto do militar da reserva, reformado, do não Oficial-General e do civil

Fora do dia a dia da caserna e das incumbências do mais alto oficialato, o Oficial-General da reserva ou reformado deixa de possuir o poder de decisão institucional dentro das Forças Armadas que lhe pertencia quando da ativa.

Os deveres e as atribuições dentro do funcionamento diário das tropas passam a pertencer a outros quadros, estes sim incumbidos de um cargo com o pleno exercício das funções concernentes.

O Estatuto dos Militares¹⁵⁴ define o que é cargo e função na seara militar.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 6.880/1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm, acesso em 13. Nov. 2019.

O cargo é “o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo”, sendo as atribuições inerentes ao cargo compatíveis com o grau hierárquico do militar e definido em regulamento ou lei.¹⁵⁵

A função se define como “o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar.”¹⁵⁶

Militares da reserva, que não estão mais em atividade, mas se encontram à disposição da Força caso haja necessidade de convocação, não possuem cargo ou função alguma dentro da caserna.

Em outra medida, militares reformados, que já atingiram idade ou situação física que lhes impeça de estar à disposição da Força, sequer podem vir a ser convocados, quanto menos ter cargo ou função na caserna.

A manutenção do posto ao militar da reserva ou reformado é demonstração de respeito e valorização à dedicação e aos serviços prestados por aquele militar pelo período nas Forças Armadas, mantendo na sistemática castrense à hierarquia digna daquele militar.

Atribuir um foro por prerrogativa de posto ao militar da reserva ou reformado exprime a ideia de que existe na Justiça Militar da União verdadeiro foro privilegiado, que não se atenta para a imprescindibilidade da função desempenhada ao colocar o Oficial-General para julgamento no STM, mas para o nível hierárquico que possui.

Como ressalta Hélio Tornaghi,

Não há foro especial para conde, barão ou duque; para Jafet, Café ou Mafé; não existe acepção de pessoas; a lei não tem preferências nem predileções. Mas leva em conta a dignidade da função, a altitude do cargo, a eminência da posição. Se a pessoa deixa a função, perde a prerrogativa, que não é sua, mas dela.¹⁵⁷

A súmula 451 do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸ veda a extensão de foro por prerrogativa de função após o término do exercício do cargo, pois para que exista a

¹⁵⁵ Lei nº 6.880/1980, art, 20.

¹⁵⁶ Lei nº 6.880/1980, art. 23.

¹⁵⁷ TORNAGHI, 1959, *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁵⁸ BRASIL. **Súmula nº 451 do Supremo Tribunal Federal.** A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2035>, acesso em 14. Nov. 2019.

ratio geradora da alteração de competência deve haver relação entre função e conduta do agente.

O Promotor de Justiça Militar Soel Arpini¹⁵⁹ defende a impossibilidade do foro por prerrogativa de posto se perpetuar no tempo, pois os princípios da atualidade da função ou do mandato, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, em simetria com o princípio republicano e a isonomia, não admitem a dilatação *ad eternum* da permissão de foro especial.

O deslocamento de competência ao STM pelo posto influencia, também, a situação de não Oficiais-Generais. O militar graduado, que teria o Conselho Permanente de Justiça como órgão julgador, será alçado para jurisdição do órgão de cúpula da JMU, já que ambos são militares e a competência do STM puxará todo o processo. No mesmo sentido, o Oficial não General que seria processado e julgado pelo Conselho Especial de Justiça.

Porém, maior dificuldade haverá no concurso de agentes, ou mesmo na participação, num crime de competência da JMU que envolver o civil.

Como anteriormente explicitado, a partir da Lei nº 13.774/2018, cabe, singularmente, ao Juiz Federal da JMU processar e julgar o civil e o militar quando cometerem, em concurso, crime militar. Nestas situações, não haverá formação do escabinato para a análise da adequação da conduta com a lei e com os dogmas da vida militar, pois do civil não se pode cobrar conhecimento específico dos dogmas da caserna.

O legislador poderia ter mantido o escabinato para julgar o militar e o juiz togado para apreciar a conduta do civil, mas preferiu não fazê-lo. Desta maneira, demonstrou que compreende como mais acertado tirar os juizes militares responsáveis pela verificação da conduta com os preceitos militares do que prejudicar a unicidade do julgamento.

Ocorre que é materialmente possível o concurso de agentes em crime militar envolver um civil e um Oficial-General. Estar-se-ia diante de um impasse e de um problema de competência. De um lado, o art. 6º, “a”, do LOJMU afirmando que cabe

¹⁵⁹ ARPINI, 2010, *Op. Cit.*

ao STM julgar o Oficial-General. Do outro, o art. 30, I-B da mesmíssima norma atribuindo ao Juiz Federal da JMU a incumbência de julgar o civil.

Ao primeiro, se quer proteger a hierarquia e a respeitabilidade do posto. Ao segundo, garantir que não seja julgado com base nos preceitos estruturais das Forças Armadas. Ambas as competências são definidas *ratione personae*. Estruturalmente, neste caso o STM não agirá como revisor de decisão de instância inferior, mas como órgão único de julgamento.

Caso entenda-se que a prerrogativa do Oficial-General sobressaia-se a do civil, será aceitável privar o não-militar do juiz natural, duplo grau de jurisdição, da igualdade com os demais civis que não cometerem crime militar em concurso com Oficial-General e de não ser julgado por um escabinato? É um problema prático que a nova lei não resolveu.

Também se prejudica o militar que não está no posto de Oficial-General, pois não lhe serão garantidos os mesmos preceitos: juiz natural, duplo grau de jurisdição, isonomia, julgamento por seus pares, entre outros.

4.4 A Inconstitucionalidade formal e material do foro especial para Oficial-General no STM

Não se demonstram como suficientes os argumentos pró-manutenção do foro por prerrogativa de posto no ordenamento jurídico brasileiro.

O professor José Frederico Marques ensina que a regra constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁶⁰, no sistema legal brasileiro, possui um alcance maior que em outras jurisdições, funcionando como um princípio “de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no Direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais”¹⁶¹.

Irrepreensíveis os argumentos de J. J. Gomes Canotilho:

¹⁶⁰ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, XXXV.

¹⁶¹ MARQUES, 2000, p. 217.

Ser igual perante a lei não significa apenas a aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.¹⁶²

Em outros termos, o princípio da igualdade assume caráter de dupla aplicação, haja vista que, primeiro, tem o escopo de afastar determinadas discriminações arbitrárias e sem justificativa plausível e, segundo, busca diminuir os efeitos decorrentes das desigualdades de um caso concreto. Nas irretocáveis palavras de Celso de Mello:

Entendo que a igualdade de todos, **aí incluídos** os agentes públicos em geral e os membros do Congresso Nacional, em particular, **tipifica-se** como uma das cláusulas essenciais à configuração mesma do primado **da ideia republicana, que se opõe** – em função de seu próprio conteúdo – às formulações teóricas ou jurídico-positivas **que proclamam, nos regimes monárquicos**, a desequiparação **entre** as pessoas **em razão** de seu nascimento, de sua posição funcional ou de sua condição nobiliárquica, **tal como ressaltado** por JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO (“**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**”, p. 203, item n. 267, 1958, Ministério da Justiça – DIN).¹⁶³

O princípio da isonomia, portanto, não deve ser utilizado como fundamento para tratamentos diferenciados de forma arbitrária, ou seja, nenhum cidadão pode ser tratado de forma diferente sem justificativa razoável.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra clássica, pontua interessantes critérios para se aferir qualquer desrespeito ao princípio da igualdade.

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹⁶⁴

¹⁶² CANOTILHO, 2003, p. 426.

¹⁶³ Voto Celso de Mello. Questão de ordem na Ação Penal nº 937, acórdão, p. 235.

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21

Nesse diapasão, diante de situação de confronto, deve-se observar o critério discriminante utilizado, se este possui justificativa racional e razoável e, por fim, se tal critério é harmonizado pelo ordenamento.

Importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses obrigados no Direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.¹⁶⁵

O pesquisador Daniel Marchionatti, em obra publicada em 2019 dedicada especificamente ao trato do processo penal contra as mais variadas autoridades, divide do mesmo entendimento exarado neste trabalho, pois o foro por prerrogativa de posto só se agasalha de constitucionalidade se estiver previsto, expressamente, na Carta Federal:

Cuida-se de uma norma processual penal, mas não há discussão quanto à inconstitucionalidade formal, já que a matéria é tratada em lei federal (art. 22, I, da CF). No entanto, o problema da inconstitucionalidade material é relevante. O foro dos Oficiais-Generais é diferente daquele previsto na CF. Contempla apenas os crimes militares. Parece pouco ou nada relacionado à organização política do Estado, revelando-se mais ligado à hierarquia das Forças Armadas.

Considerando a interpretação restritiva das regras de foro privilegiado estabelecida na AP 937 QO, a prerrogativa de foro dos militares tende a ser julgada incompatível com a Constituição Federal. Tenho que o foro privilegiado dos Oficiais é inconstitucional. Por mais valioso que possa parecer à administração militar, o foro privilegiado deve estar previsto na Constituição Federal, ou, na pior das hipóteses, em Constituição Estadual, para cargos simétricos. Vejo como impossível a extensão da prerrogativa pela lei ordinária, para cargos não contemplados.¹⁶⁶

Compartilhamos da conclusão do Promotor da Justiça Militar Soel Arpini de inconstitucionalidade do art. 6º, I, “a”, da LOJMU por afronta direta à isonomia resguardada na Constituição Federal, além de ofender o princípio republicano da igualdade de todos perante a lei e do direito subjetivo a um duplo grau de jurisdição, que somente podem ser afastados por outra previsão constitucional.¹⁶⁷

¹⁶⁵ MELLO, 2008, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁶⁶ MARCHIONATTI, Daniel. **Processo penal contra autoridades**. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 54-55.

¹⁶⁷ ARPINI, 2010, *Op. Cit.*, p. 111.

6. CONCLUSÃO

A Justiça Castrense no Brasil tem claro propósito de ser: zelar pela respeitabilidade, organicidade e proteção da instituição Forças Armadas, atentando à manutenção da hierarquia e disciplina, da ordem militar, do funcionamento regular das instituições militares e da respeitabilidade das armas.

Mecanismos suficientes e devidos de coerção aos que promovam infração a estes ideais se encontram positivados nas leis caras à Justiça Militar, seja o Código Penal Militar e Processual Penal Militar, ou mesmo as regras disciplinares contidas no Estatuto dos Militares.

A história brasileira se confunde com a da Justiça Militar. Implementada no Brasil desde antes da chegada do imperador português em 1808, foi com a vinda da família real para fazer destas terras sua morada que deslanchou como instituição primordial do poder coercitivo do Estado no Brasil.

Chegando a ser o órgão de cúpula nos tempos do Conselho Supremo Militar e de Justiça, e mantendo sua imponência quando da renomeação para Supremo Tribunal Militar e, posteriormente, Superior Tribunal Militar, o tribunal de domo, desde 1926, é responsável por julgar e processar Oficiais-Generais.

Contudo, uma leitura detida dos ideais da Carta Magna, combinada a uma avaliação dos pressupostos do universo das Forças Armadas, não nos demonstra outra alternativa que não a suplantação do foro por prerrogativa de posto com o atual texto Constitucional pela falta de compatibilidade entre a norma da Lei de Organização da Justiça Militar e o texto de 1988.

Há de se salvaguardar os mecanismos racionais de julgamento dos integrantes das Forças Armadas, não podendo açodar-lhes pela pressa do direito de ter, ao menos, dois graus de julgamento, formados no modelo de escabinato e integrados por conhecedores das peculiaridades do oficialato militar.

Argumentos como da ausência de efetivo suficiente para formar Conselhos Especiais para processamento e julgamento não se mantêm quando atenta-se para os números de ativos e inativos das Forças, sendo suficiente o plantel para formar os conselhos e, quando necessário, desaforar-se o processo.

Porém, mesmo que os números advogassem pela manutenção do foro, a incompatibilidade existente com a Carta Magna manteria a necessidade de extirpação da norma do art. 6, I, “a”, da LOJMU.

Ofender a ampla defesa e o contraditório, o direito a juiz natural constitucional e adequado, privar do duplo grau de jurisdição e do mecanismo do escabinato em primeira instância não possuem sucedâneo argumentativo material, quanto menos se nutre de norma expressa da Constituição Federal, pois decidiu o constituinte originário não prever aos Oficiais-Generais, tal qual fez com os Delegados de Polícia, uma prerrogativa pela função desempenhada.

Não nos parece sobrar alternativa distinta que do entendimento pela inconstitucionalidade da criação do foro por prerrogativa de posto nos termos feitos pelo legislador ordinário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de; CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. **Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União**. 22. ed. Juruá. Curitiba, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Crime militar & processo**: comentários à Lei 13.491/17. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2019.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1919.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes (org) [et al.] **Comentários à Constituição do Brasil**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP)

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, V. A. **Direito Penal Militar brasileiro**. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1940.

CHAVES JÚNIOR, E. de B. A evolução legislativa da Justiça Militar no Brasil. *Revista de Estudos & Informações*. Belo Horizonte, n. 13, 2004.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. 2. ed. reescrita e. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. O escabinato na justiça militar e o julgamento na primeira instância. **Direito Militar: doutrinas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GALVÃO DA ROCHA, F. A. Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, v. 1, n. 2, p. 63-66, 19 jul. 2018.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarence; Gomes Filho, Antonio Magalhães. **Nulidades do processo penal**. 7ª edi – São Paulo: RT, 2001, p. 46.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Direito penal militar: com anexos referentes á legislação penal militar brasileira**. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1915.

JUNGMANN, Raul. A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e seu papel na Segurança Interna. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, a. 42, n. 27, nov. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOBATO, M. O. da S. A Justiça militar através dos séculos: das penas e da execução penal. *Revista de Estudo & Informações*. Belo Horizonte. n. 10, 2002.

LOBO, Helio. **Sabres e togas: a autonomia judicante militar**. Rio de Janeiro: Bernard Freres, 1906.

LOUREIRO NETO, José da S. **Direito penal militar**. 5. ed., 2ª reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCHIONATTI, Daniel. **Processo penal contra autoridades**. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORETTI, R. de J. Momento histórico de Direito Penal Militar. *Revista A força policial*. São Paulo. n. 42, abr/mai/jun, 2004, p. 39.

PORTO, Mário. A competência originária do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os Oficiais-Generais nos crimes militares e sua compatibilidade com a Constituição da República de 1988. In **Jus Militar**. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/compgenstm.pdf>, acesso em 10. nov. 2019.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. A Lei n. 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*. v. 2, n. 2, fev. 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev. atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. CORDEIRO, Nefi. REIS JÚNIOR, Sebastião dos (org). **Direito penal e processual penal contemporâneos**. – São Paulo: Atlas, 2019.

PLATÃO. **A República**. Trad.: NUNES, Carlos Alberto. 3. ed. – Belém: EDUFPA, 2000.

ROSA FILHO, Cherubim. **A Justiça Militar da União através dos tempos: ontem, hoje e amanhã**. 5. ed. rev. e atual. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2017.

ROCHA, Maria E. G. T; JÚNIOR, Antônio I. da C. A Justiça Militar da União na história. *Revista de Estudos & Informações*. Belo Horizonte, nº 40, jan-2017.

ROCHA, Maria E. G. T. A Justiça Militar da União na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 393.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar.** – São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

RODRIGUES, Clementino Augusto Ruffeil. A inconstitucionalidade da fixação de competência por prerrogativa de função pela lei de organização da Justiça Militar. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, DF, n. 21, p. 75-101, abr. 2010.

ROTH, João Ronaldo. **Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil, vol. I.** 29. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHWARCZ, Lilia M; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia.** 1. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959

ZACLIS, Daniel. **As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.