



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Avenida Venezuela, 134, Bloco B, 4º. andar - Bairro: Saúde - CEP: 20081-312 - Fone: (21)3218-7984 - Email:
08vfcrr@jfrj.jus.br

INQUÉRITO POLICIAL Nº XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

AUTOR: POLÍCIA FEDERAL/RJ

A APURAR: A APURAR

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de inquérito instaurado para apurar crime de estelionato contra a Fazenda Pública, supostamente cometido por militar reformado contra o patrimônio da Marinha do Brasil (CP, art. 171, § 3º).

Consta dos autos notícia anônima de que o referido militar teria sido reformado por invalidez, decorrente de problemas de coluna, com o que teria passado a receber proventos de grau superior e sido beneficiado com isenção do imposto de renda. Apesar disso, ele estaria trabalhando em empregos fora da Marinha como médico e inclusive praticando esportes como surfe e esqui na neve, conforme fotos publicadas em redes sociais (evento 1, INQ1, p. 5/14).

O estabelecimento médico em que o investigado trabalharia foi oficiado e confirmou que ele ali presta serviços, por meio de uma firma contratada, embora com algumas restrições físicas (evento 1, INQ1, p. 28/29).

O investigado foi ouvido na Polícia Federal e negou a veracidade da notícia anônima. Informou que já respondeu a um inquérito policial militar, no qual foi feita uma nova perícia confirmatória do laudo anterior, que o reformou. Afirmou possuir um dispositivo implantado que combate a dor crônica, permite a realização de algumas tarefas diárias e até mesmo alguns exercícios, que seriam necessários para o fortalecimento da coluna, mas impediriam o exercício da atividade militar. Disse ainda ter realizado várias cirurgias na coluna (evento 1, INQ1, p. 55/56).

A Marinha informou que o IPM instaurado foi encaminhado à Justiça Militar com apontamento da existência de indícios do crime de estelionato (CPM, art. 251 - evento 4, REMESSA1, p. 4). O referido inquérito, porém, foi arquivado. O membro do Ministério Público Militar apontou, em síntese, que: o ato da reforma baseou-se em inspeção de saúde, posteriormente confirmada; ao contrário do

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Exército e da Aeronáutica, a Marinha não exige que o reformado compareça anualmente para declarar que não exerce outra atividade remunerada; assim, sendo regular a origem do benefício e não tendo sido o reformado provocado a dar nenhuma declaração, ele não teria induzido ou mantido a Administração em erro (evento 4, REMESSA1, p. 6/9). O Juiz-Auditor entendeu que o fato "não encontra tipicidade na lei penal militar" e determinou o arquivamento, com base no art. 397, sem prejuízo do disposto no art. 25, ambos do CPPM (evento 4, REMESSA1, p. 10).

Relatado o presente inquérito (evento 4, REMESSA1, p. 13/14), o MPF requereu o arquivamento entendendo que não houve fraude, porque "os proventos recebidos pelo indiciado decorreram de fato-gerador legítimo, ou seja, inspeção de saúde que o considerou incapaz definitivamente para o Serviço Ativo. Ademais, deve-se considerar que os fatos investigados já foram submetidos ao crivo da Justiça Militar, que reconheceu a atipicidade da conduta" (evento 7).

Inicialmente, determinou-se a expedição de ofício à Justiça Militar da União, solicitando o envio de cópia integral do IPM, a fim de aferir a competência deste Juízo e a eventual existência de coisa julgada (evento 10).

Não houve resposta da Justiça Militar da União (evento 13).

Em novo despacho, este Juízo observou que o arquivamento do IPM pela Justiça Militar não constitui óbice absoluto de coisa julgada, uma vez que lá foi afastada apenas a imputação de crime militar, o que não obsta, em tese, o enquadramento da conduta como crime comum. Assim, determinou-se a intimação do MPF a se manifestar sobre a recepção, constitucionalidade e convencionalidade do art. 9º, III, *a*, do CPM, que atribui competência à Justiça Militar para julgar crimes praticados por militares da reserva, reformados e civis contra o patrimônio sob a administração militar, haja vista que, no caso *Palamara Iribarne v. Chile*, 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que "a aplicação da justiça militar deve ser estritamente reservada a militares em serviço ativo". Foi ainda dada vista ao MPF da certidão do evento 13, para as providências cabíveis (evento 15).

O MPF concordou com a ausência de óbice de coisa julgada e com a competência da Justiça Federal, ao afirmar que "nada impede que as circunstâncias fáticas e probatórias apontadas no referido IPM sejam aqui reexaminadas". No mérito, entretanto, reiterou a promoção de arquivamento, por ter o mesmo entendimento quanto à ausência de fraude. Quanto à ausência de resposta da Justiça

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Militar da União, o MPF não entendeu necessária nenhuma diligência adicional, pois o inteiro teor do IPM "não é imprescindível à compreensão dos fatos" (evento 18).

É o relatório. Decido.

**I - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL: NÃO RECEPÇÃO
E INCONVENCIONALIDADE DO ART. 9º, III, DO CPM**

Embora o MPF tenha concordado com a competência deste Juízo e com a ausência de coisa julgada, considero necessária fundamentação detida sobre o ponto, não apenas por existir dispositivo legal em sentido contrário (CPM, art. 9º, III, *a*), como por se tratar de matéria de alta significação jurídica, atinente inclusive à proteção internacional dos direitos humanos e à garantia do juiz natural.

Este Juízo já teve oportunidade de decidir caso semelhante, relacionado à incompetência da Justiça Militar para julgar civis em geral (processo 5038654-35.2019.4.02.5101, evento 14). Os presentes autos tratam de uma variação do mesmo tema, pois versam sobre a competência para julgar militares reformados. Naquele feito, o principal fundamento invocado para excluir a competência da Justiça Militar foi o de que civis, por definição, estão fora da cadeia de comando, e, portanto, não se sujeitam à hierarquia e à disciplina, principal razão de ser da Justiça Militar. Os militares da reserva e os reformados, por sua vez, estão sujeitos ao Estatuto dos Militares *no que couber* (Lei 6.880/1980, art. 8º, I), inclusive à hierarquia e à disciplina (Lei 6.880/1980, art. 14, § 3º). No entanto, existem outros fundamentos suficientes para também excluir a competência da JMU nessa hipótese.

Ao contrário das Constituições de 1934 (art. 84), 1937 (art. 111), 1946 (art. 108, § 1º), 1967 (art. 122, § 1º) e da EC 1/1969 (art. 129), **a Constituição de 1988 não prevê a competência da Justiça Militar para julgar crimes militares praticados por "pessoas assemelhadas a militares"**, muito menos sua extensão aos civis nos "crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares". O art. 124 da Constituição de 1988 rompeu com essa sequência normativa ao assim dispor:

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



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

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

Tal circunstância já aponta para a não recepção das normas do CPM acerca da competência da Justiça Militar sobre pessoas "assemelhadas" aos militares, a indicar vedação a preceitos ou interpretações ampliativas do conceito de "militar" para além dos militares da ativa. A propósito, dispõe o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/1969, editado apenas quatro dias depois da EC 1/1969 e com grande *déficit* democrático, já que outorgado pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica com base nos Atos Institucionais 5/1968 e 16/1969):

Equiparação a militar da ativa

Art. 12. O militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, equipara-se ao militar em situação de atividade, para o efeito da aplicação da lei penal militar.

Militar da reserva ou reformado

Art. 13. O militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito da aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar.

Assemelhado

Art. 21. Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento.

Pessoa considerada militar

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

Nada obstante, como visto acima, a Constituição de 1988 rompeu com as Cartas anteriores ao não prever mais a figura dos "assemelhados aos militares", nem a dos civis nos crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares, a indicar restrição da competência da JMU aos crimes militares praticados por militares da ativa, não pelos da reserva, por reformados e muito menos por civis. Aliás, a previsão destas três últimas figuras no mesmo preceito (CPM, art. 9º, III), de forma



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

separada dos militares da ativa (CPM, art. 9º, II), já indica, por si só, a necessidade de tratamento diferenciado. Mas a restrição da competência da JMU aos crimes militares cometidos por militares da ativa não se baseia só nessa topografia.

A regra geral num Estado Democrático de Direito é a da igualdade. Como se sabe, as primeiras palavras do Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõem que *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"*. Assim, a instituição de um foro especial para certa categoria de pessoas ou situações deve ser baseada em peculiaridades que justifiquem plenamente a exceção à regra geral da igualdade, aplicável a todos. E interpretar restritivamente as exceções constitui regra básica de hermenêutica.

Ao prever um ramo especial do Poder Judiciário para julgar "crimes militares definidos em lei", o art. 124 da Constituição de 1988 não deu ao legislador um cheque em branco, pelo qual qualquer ato ilícito possa ser definido como crime militar. A propósito, ensina José Afonso da Silva:

*"3. CRIMES MILITARES. São definidos em lei. Mas, como dissemos acima, há limites para essa definição. Tem que haver um núcleo de interesse militar, sob pena de a lei desbordar das balizas constitucionais. A lei será ilegítima se militarizar delitos não tipicamente militares. Assim, por exemplo, é exagero considerar militar um crime passional só porque o agente militar usou arma militar. Na consideração do que seja "crime militar" a interpretação tem que ser restritiva, porque, se não, é um privilégio, é especial, e exceção ao que deve ser para todos."*¹

Há que se buscar, portanto, o fundamento que sirva simultaneamente como justificativa e limite para a previsão de crimes militares e, por extensão, para a própria competência da Justiça Militar. E, como este Juízo já teve oportunidade de decidir (processo 5038654-35.2019.4.02.5101, evento 14), o simples fato de um crime, em tese, afetar um bem jurídico militar não é, por si só, suficiente para tanto.

Imediatamente antes de tratar da competência da Justiça Militar, a Constituição dispõe sobre o órgão de cúpula deste ramo do Judiciário, o Superior Tribunal Militar, que tem uma composição peculiar, prevista no art. 123 da Carta:

*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***



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Trata-se do único ramo do Judiciário em que não se exige formação jurídica de ao menos parte dos juízes, mas, sim, que sejam militares **da ativa**, num regime de composição mista conhecido como escabinato. Enquanto os militares do STM são do posto mais elevado da carreira, no total de dez oficiais-generais (o dobro do número de Ministros civis), os Conselhos de Justiça que atuam na primeira instância são compostos de um juiz federal da Justiça Militar (civil concursado) e de quatro juízes militares, recrutados mediante *sorteio* entre oficiais vitalícios **da ativa** (arts. 18 e 19 da Lei 8.457/1992). Hoje, o juiz federal da JMU só julga monocraticamente os civis acusados de crimes militares (Lei 8.457/1992, art. 30, I-B). Militares são julgados pelos Conselhos, salvo os oficiais-generais, julgados originariamente pelo STM (Lei 8.457/1992, arts. 6º, I, *a*, e 27). Só em tempos de guerra podem ser convocados militares *da reserva* para participar do Conselho Superior de Justiça Militar, junto às forças em operações (Lei 8.457/1992, art. 91).

O regime jurídico dos militares da reserva e dos reformados é distinto do aplicável aos militares da ativa: estes não podem, *e.g.*, se filiar a partidos políticos (CF, art. 142, V), nem praticar atos de comércio ou exercer a gerência de sociedades (Lei 6.880/1980, art. 29), tampouco se candidatar ou exercer cargos eletivos sem afastamento (Lei 6.880/1980, art. 52), e só os ativos, via de regra, podem usar uniforme (Lei 6.880/1980, art. 77, § 1º, *c*). Os inativos não têm essas restrições. Mas, naturalmente, a distinção fundamental é de que somente os militares da ativa exercem cargos militares. Nesse sentido, dispõe a Lei 6.880/1980:

*Art. 20. Cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um **militar em serviço ativo**.*

O art. 73, parágrafo único, *d*, da mesma lei prevê o foro especial dos militares nos crimes militares como uma das prerrogativas "constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e *cargos*". Veja-se:

*Art. 73. As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e **cargos**.*

Parágrafo único. São prerrogativas dos militares:

a) uso de títulos, uniformes, distintivos, insígnias e emblemas militares das Forças Armadas, correspondentes ao posto ou graduação, Corpo, Quadro, Arma, Serviço ou

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Cargo;

b) honras, tratamento e sinais de respeito que lhes sejam assegurados em leis e regulamentos;

c) cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre o preso ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência; e

d) julgamento em foro especial, nos crimes militares.

Da mesma forma que somente o militar da ativa tem direito a cumprir prisão em organização da respectiva Força, não se cogitando semelhante direito aos da reserva ou reformados (alínea c), não é legítimo considerar o foro especial para o julgamento de crimes uma honraria ou distinção dada a militares inativos, o que violaria a regra geral da igualdade e do juiz natural sem fundamento idôneo, já que baseado não no exercício de cargo presente, mas passado. Sendo o foro da Justiça Militar uma prerrogativa decorrente do cargo militar, e sendo tais cargos reservados aos militares da ativa, militares inativos não devem ser julgados pela Justiça Militar.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência - embora menos restritiva que a ora defendida - de que militares inativos não podem ser julgados pela Justiça Militar quando cometem **crimes culposos**, embora o CPM não faça tal ressalva. Há ainda afirmação de que militares inativos são civis:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. Compete à Justiça Comum - e não à Militar - o processo e julgamento por crime de homicídio culposo, imputado a civil (militar da reserva), ainda que ocorrido em local sob administração militar e com vítima militar da ativa. Interpretação do art. 9, II e III, do Código Penal Militar. Precedentes do S.T.F. "Habeas Corpus" deferido para anulação do processo - crime militar, desde a denúncia, inclusive, e remessa dos autos à Justiça Comum do Estado de Pernambuco. Decisão unânime.

(HC 81161, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00027 EMENT VOL-02053-06 PP-01253)

Ademais, decidindo de forma diversa de caso semelhante anterior (1ª T., HC 98.526, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/6/2010), e afirmando o "caráter anômalo da jurisdição penal militar", o STF já afirmou a incompetência da Justiça

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Militar para julgar militar reformado que havia falsificado a assinatura do comandante em ofício de margem consignável, para o fim de obter empréstimo junto à Caixa Econômica Federal: entendeu-se aqui descaracterizada a própria ocorrência de crime militar (2ª T., HC 106.683, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/6/2012).

Na mesma linha, o STF já excluiu a competência da Justiça Militar para julgar crime de desacato praticado por civil contra militar da ativa em função de policiamento ostensivo (2ª T., HC 112.936, Rel. Min. Celso de Mello, j. 5/2/2013).

Enquanto se aguarda decisão na ADPF 289, Rel. Min. Gilmar Mendes, onde o tema é discutido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, não se desconhece, por outro lado, que a atual jurisprudência do STF afirma a competência da Justiça Militar para julgar civis, entre outras hipóteses, por crimes de estelionato praticados contra a Administração Militar (e.g., 1ª T., ARE 835.894 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 5/4/2019). Mas a exclusão da competência da Justiça Militar sobre civis, aqui incluídos os militares inativos, não decorre apenas da interpretação da Constituição e das leis brasileiras. O art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Ao interpretar o referido dispositivo, em *inúmeras* oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que a competência da Justiça Militar, nos países que a adotam, deve ser **restrita aos crimes definidos como militares e praticados por militares da ativa, e não por civis, assim entendidos, por exclusão, todos os que não sejam militares da ativa. Assim, para fins de incompetência da Justiça Militar, os militares inativos são considerados civis.**

No caso Cesti Hurtado vs. Peru, 1999, a Corte IDH decidiu:

151. Quanto ao processo instaurado contra o senhor Cesti Hurtado perante um órgão da justiça militar, a Corte observa que tal pessoa tinha, à época em que foi aberto e correu esse processo, o caráter de militar inativo, e por isso não podia ser julgado pelos tribunais militares. Em consequência, o juízo ao qual foi submetido o senhor Cesti Hurtado constitui uma violação ao direito a ser ouvido por um tribunal



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

competente, de acordo com o artigo 8.1 da Convenção.²

Gustavo Adolfo Cesti Hurtado era um cidadão peruano, militar que passou à inatividade por reforma em 1984, e, à data dos fatos (1996), era gerente da sociedade anônima "Top Security", que assessorava o Comando Logístico do Exército Peruano. Ele foi denunciado à justiça militar daquele país por desobediência contra o dever e a dignidade da função, negligência e fraude, juntamente com outros quatro oficiais da ativa. A Corte IDH entendeu que Cesti Hurtado, por não ser militar da ativa, deveria ser julgado pela justiça comum, e assim anulou o feito na origem.

De forma semelhante, no caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2005, a Corte IDH retomou a jurisprudência do caso Cesti Hurtado e decidiu o seguinte:

139. O Tribunal assinalou que a aplicação da justiça militar deve estar estritamente reservada a militares em serviço ativo, ao observar em um caso [Cesti Hurtado] que "à época em que foi aberto e correu [o] processo [contra si], [a vítima tinha] o caráter de militar inativo, e por isso não podia ser julgad[a] pelos tribunais militares". Chile, como Estado democrático, deve respeitar o alcance restritivo e excepcional que tem a jurisdição militar e excluir do âmbito de tal jurisdição o julgamento de civis.

***140. Os delitos de desobediência e descumprimento de deveres militares tipificados no Código de Justiça Militar estipulam que o sujeito ativo deve ser um "militar". A esse respeito, a Corte considera que o senhor Palamara Iribarne, sendo militar inativo, não tinha a qualidade de "militar" necessária para ser sujeito ativo de tais delitos imputados, e por isso não se lhe podiam aplicar as referidas normas penais militares.** Ademais, o Tribunal considera que o senhor Palamara Iribarne, ao escrever seu livro e iniciar o processo de publicação, se encontrava no legítimo exercício de seu direito a expressar livremente suas opiniões e ideias.*

***141. O Tribunal considera que o Chile não adotou as medidas necessárias para que o senhor Palamara Iribarne fosse submetido à justiça ordinária, dado que ao ser civil não reunia a condição de sujeito ativo de um delito militar.** A Corte observa que no Chile a caracterização de uma pessoa como militar resulta em uma tarefa complexa que requer a interpretação de diversas normas e regulamentos, o que deu margem a que as autoridades judiciais que as aplicaram realizaram uma interpretação extensiva do conceito de militar para submeter o senhor Palamara Iribarne à jurisdição militar.*

142. A jurisdição tão extensa que têm os tribunais militares no Chile, que lhes outorga faculdades de julgar causas correspondentes aos tribunais civis, não está de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana.

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

143. A Corte disse que "[q]uando a justiça militar assume competência sobre um assunto do qual deve conhecer a justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juiz natural e, a fortiori, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça". O julgamento de civis corresponde à justiça ordinária.

144. Pelas considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção, em prejuízo do senhor Palamara Iribarne, por haver sido julgado por tribunais que não tinham competência para fazê-lo, e descumpriu a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e liberdades disposta no artigo 1.1 da Convenção. Além disso, ao contemplar em seu ordenamento interno normas contrárias ao direito a ser julgado por um juiz competente protegido no artigo 8.1 da Convenção, ainda vigentes, o Chile descumpriu a obrigação geral de adotar disposições de direito interno que emana no artigo 2 da Convenção.³

Humberto Antonio Palamara Iribarne era um engenheiro naval mecânico, que ingressou na Armada do Chile em 1972 e se aposentou como oficial em janeiro de 1993. A partir daí, continuou prestando serviços às Forças Armadas como empregado civil contratado e residindo num imóvel funcional com a família. No final de 1992 ele escreveu o livro "*Ética y Servicios de Inteligencia*", que, porém, só teve tratativas para publicação iniciadas em janeiro e fevereiro de 1993. Por não ter pedido autorização para publicar o livro, ele foi acusado e condenado perante a justiça militar chilena por desobediência e descumprimento de deveres militares. A Corte sublinhou que o livro não continha informações secretas e era baseado em fontes abertas, e assentou a impossibilidade de interpretações ampliativas da competência da Justiça Militar, bem como do próprio conceito de militar. Fixou ainda que tal competência só pode ser exercida diante de militares da ativa autores de condutas graves, que atentem contra bens jurídicos castrenses "por ocasião das particulares funções de defesa e segurança externa de um Estado":

124. A Corte estabeleceu que toda pessoa tem direito de ser julgada por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial. Em um Estado democrático de direito a jurisdição penal militar há de ter um alcance restritivo e excepcional e estar encaminhada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei comete às forças militares. Por isso, só se deve julgar militares pelo cometimento de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar.

125. O direito de ser julgado por tribunais de justiça ordinários segundo procedimentos legalmente previstos constitui um princípio básico do devido processo. Por isso, para que se respeite o direito ao juiz natural não basta que esteja



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

estabelecido previamente pela lei qual será o tribunal que julgará uma causa e se lhe outorgue competência.

126. Neste sentido, as normas penais militares devem estabelecer claramente e sem ambiguidade quem são militares, únicos sujeitos ativos dos delitos militares, quais são as condutas delitivas típicas no especial âmbito militar; devem determinar a antijuridicidade da conduta ilícita através da descrição da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos militares gravemente atacados, que justifique o exercício do poder punitivo militar, e especificar a correspondente sanção. As autoridades que exercem a jurisdição penal militar; ao aplicar as normas penais militares e imputar o delito a um militar; também devem reger-se pelo princípio da legalidade e, entre outras, constatar a existência de todos os elementos constitutivos do tipo penal militar; assim como a existência ou inexistência de causas de exclusão do delito.

127. No presente caso, a qualidade de militar do senhor Palamara Iribarne é um fato controvertido entre as partes. O Estado alegou perante a Corte que o processo de inatividade daquele da Armada foi concluído com data posterior aos fatos que deram origem aos processos penais e, ao mesmo tempo, alegou que os empregados civis contratados têm a condição de militares. As autoridades que exerceram a jurisdição penal no julgamento do senhor Palamara Iribarne, através da interpretação de diversas normas entenderam que este, como empregado civil contratado, devia ser considerado militar para efeitos da jurisdição penal militar (...).

132. A Corte considera que, nas normas que definem a jurisdição penal militar no Chile, não se limita o conhecimento dos tribunais militares aos delitos que, pela natureza dos bens jurídicos penais castrenses protegidos, são estritamente militares e constituem condutas graves cometidas por militares que atentam contra tais bens jurídicos. O Tribunal destaca que esses delitos só podem ser cometidos pelos membros das instituições castrenses por ocasião das particulares funções de defesa e segurança externa de um Estado. A jurisdição penal militar nos Estados democráticos, em tempos de paz, tende a se reduzir e inclusive a desaparecer, pelo que, caso um Estado a conserve, esta deve ser mínima e encontrar-se inspirada nos princípios e garantias que regem o direito penal moderno.

133. No presente caso, a amplitude da jurisdição penal militar aplicada ao senhor Palamara Iribarne trouxe como consequência que se julgou um empregado civil contratado no foro castrense pelo cometimento, inter alia, de condutas que atentavam contra os "deveres e a honra militar" ou supunham "insubordinação", como são os delitos de desobediência e descumprimento de deveres militares, previstos no Código de Justiça Militar; assim como delitos que atentam contra a "ordem e a segurança públicas", como é o desacato.

134. Claramente as condutas pelas quais foi condenado o senhor Palamara

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

***Iribarne não puserem em perigo os bens jurídicos militares suscetíveis de proteção penal.** Ademais, esta Corte entende que, devido ao caráter de ultima ratio que também tem o direito penal no âmbito castrense, a submissão do senhor Palamara Iribarne aos distintos processos penais não constituía o meio menos lesivo para que o Estado protegesse os interesses da Armada.⁴*

Em reforço a todo o exposto acima, a Corte condenou unânime e expressamente o Chile a adequar sua legislação interna, nos seguintes termos:

*14. O Estado deve adequar, em um prazo razoável, o ordenamento jurídico interno aos **padrões internacionais sobre jurisdição penal militar**, de forma tal que no caso de que se considere necessária a existência de uma jurisdição penal militar, esta **deve limitar-se somente ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo**. Para tanto, o Estado deve estabelecer, através de sua legislação, limites à competência material e pessoal dos tribunais militares, **de forma tal que em nenhuma circunstância um civil se veja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares**, nos termos dos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.⁵*

E não deixando nenhuma margem a dúvida, o voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, então Presidente da Corte, explicita que a jurisdição penal militar somente pode ser exercida a propósito de assuntos estritamente vinculados à função militar e **sobre militares da ativa, nunca sobre civis, aqui compreendidos os militares da reserva e os reformados, i.e., os "não militares da ativa"**. Veja-se:

12. Hoje é acentuada a tendência à redução, e inclusive ao desaparecimento, da jurisdição militar. Para isso se aduzem diversas razões vinculadas à características do julgador natural, às quais já me referi, e com a regra da igualdade perante a lei. Os que sustentam a pertinência deste foro, e ao mesmo tempo a necessidade de observar com o maior escrúpulo o princípio da igualdade perante a lei - e diante de seus instrumentos característicos: à frente, os jurisdicionais -, assinalam que o foro militar pode e deve aplicar-se - preferencialmente em tempos de guerra - no espaço de duas considerações determinantes e intransponíveis:

a) a subjetiva, que é, na realidade, um dado profissional: sobre militares da ativa, o que exclui os integrantes das "reservas", os "reformados" e outras categorias de indivíduos que pertenceram às forças armadas, a título de integrantes ativos, mas deixaram de achar-se nessa situação; e

b) a material, conectada com a natureza do tema em litígio: deve se tratar de questões direta e imediatamente relacionadas com o desempenho militar, a função das armas, a disciplina castrense.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Em algumas legislações, nas quais se avançou muito mais a tendência restritiva da jurisdição militar, se agrega uma exigência sobre a circunstância requerida para que atue aquela jurisdição: tempo ou situação de guerra. O fato de que só nesta circunstância opere a justiça castrense reforça o caráter funcional do Direito militar e da jurisdição respectiva e constitui, evidentemente, um dado eloquente sobre seu caráter essencialmente excepcional.

13. Como se vê, a primeira exigência deixa os civis - os não militares, no sentido que acabo de descrever - fora da jurisdição militar, de plano e sem exceção. *A segunda exclui quaisquer causas que não guardem relação direta e imediata, por sua própria natureza, com a função militar. Daí que neste caso se fale de delitos de "função", que não se atualizam pelo fato de que o "funcionário" seja militar, contanto, como disse, também se exija essa condição. Evidentemente, esta referência à "função" tem a ver com a natureza das atividades, deveres, desempenhos qualificados como militares, que devem informar a legislação, e não só como determinada qualificação formal em preceitos ou decisões de autoridades. Dito de outro modo, é preciso atender - neste ponto como em tantos outros - à natureza das relações jurídicas, materialmente consideradas.*

14. Por nos acharmos aqui diante de uma justiça especial, subtraída da jurisdição ordinária que rege todas as pessoas, e por isso estamos frente a uma exceção ou suspensão do regime de igualdade, é necessário que na hora de precisar quem são os jurisdicionados e qual é a matéria da justiça militar se atue com critério restritivo, como diante de todo caso de exceção. Isto implica a prevalência e preferência da igualdade, não da ressalva. Tal é a única regra de interpretação plausível sob a ótica dos direitos humanos e, por certo, também a única condizente com o desenvolvimento histórico da matéria.

15. No caso sub judice, o acusado no processo penal interno e vítima no processo interamericano havia deixado de pertencer às forças armadas: não tinha a seu cargo funções propriamente militares. Era um civil a serviço daquelas, vinculado por um título jurídico privado, o contrato, e responsável por tarefas alheias à função militar, ainda que tivessem certa conexão com esta em sentido amplo, que não é o que determina a aplicação da lei penal militar e o desempenho da justiça castrense. Se houvesse dúvida - o que não tenho - sobre o caráter civil ou militar do acusado, esta deveria ser resolvida através do critério de interpretação que mencionei supra: o mais compatível com a plena aplicação da igualdade perante a lei e, por isso, o mais favorável ao indivíduo.

16. Sendo assim, a Corte pode ter em conta sua constante jurisprudência a propósito da jurisdição militar: só para militares da ativa e no que diz respeito a assuntos estritamente vinculados com a função militar; jurisprudência firme que constitui um apreciável aporte do Tribunal interamericano à solução de questões que se têm apresentado com alguma frequência em nossa região. (...)

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

A Corte ainda foi além e investigou a estrutura da justiça militar chilena, composta por militares da ativa sem formação jurídica, e concluiu não haver garantias suficientes para um julgamento independente e imparcial:

148. Pois bem, para analisar o direito do senhor Palamara Iribarne a ser julgado por um juiz ou um tribunal imparcial e independente a Corte deve ter especial consideração sobre a estrutura e composição dos tribunais militares no Chile em tempos de paz. (...)

150. Tal como surge do acervo probatório e da perícia da senhora María Inés Horvitz, a estrutura orgânica da justiça militar no Chile, em tempos de paz, está composta por três instâncias integradas por juízes, fiscais, auditores e secretários, que são militares em serviço ativo, pertencem a "um quadro especial de justiça militar" e mantêm sua posição de subordinação e dependência dentro da hierarquia militar (...).

155. A Corte considera que a estrutura orgânica e composição dos tribunais militares descrita nos parágrafos precedentes supõe que, em geral, seus integrantes sejam militares em serviço ativo, estejam subordinados hierarquicamente aos superiores através da cadeia de comando, sua nomeação não depende de sua competência profissional e idoneidade para exercer as funções judiciais, não contem com garantias suficientes de inamovibilidade e não possuam formação jurídica exigível para desempenhar o cargo de juiz ou fiscais. Tudo isso leva a que tais tribunais careçam de independência e imparcialidade.

É certo que a situação no Brasil é parcialmente diferente. Os membros do MP e da Defensoria que atuam perante a Justiça Militar não são militares, mas civis concursados. Os juízes federais da Justiça Militar (civis concursados) têm as garantias da Lei Orgânica da Magistratura (art. 32 da Lei 8.457/1992). O mesmo vale para os Ministros do Superior Tribunal Militar. Estes, porém, em sua grande maioria (dez entre quinze), são oficiais-generais da ativa e não têm formação jurídica exigida. Já na primeira instância, como visto, os juízes federais da Justiça Militar só julgam monocraticamente os civis, enquanto os militares acusados de crimes militares são julgados por um Conselho que, embora presidido pelo juiz federal da Justiça Militar, é composto majoritariamente por *quatro oficiais da ativa, sorteados para atuar, e sem formação jurídica exigida*. Enquanto os Conselhos Especiais são constituídos *ad hoc* para julgar oficiais que não sejam generais (Lei 8.457/1992, art. 23, § 1º, e 27, I), o Conselho Permanente julga militares que não sejam oficiais, e seus integrantes são sorteados para atuar apenas durante três meses (arts. 24, p. único, e 27, II, da lei). Todos os membros dos Conselhos devem votar (art. 25, § 2º).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

A imparcialidade, como se sabe, deve ser assegurada não apenas do ponto de vista subjetivo (ausência de preconceito ou parcialidade pessoais do julgador), mas também sob o aspecto objetivo (salvaguardas institucionais que preservem a percepção de um julgamento justo por observadores externos). De acordo com os comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial:

“o tribunal deve ser imparcial a partir de um ponto de vista objetivo, i.e. ele deve oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a seu respeito. Sob esta análise, deve-se determinar se, não obstante a conduta pessoal do juiz, há determinados fatos que podem levantar dúvidas acerca de sua imparcialidade. Desse modo, até mesmo aparências podem ser de certa importância. O que está em questão é a confiança com que as cortes, em uma sociedade democrática, devem inspirar no público, incluindo uma pessoa acusada.”⁶

Como visto, civis (aqui incluídos militares inativos) acusados de crimes militares são levados a julgamento perante órgãos que, ao menos na segunda instância, são compostos em sua expressiva maioria por militares **da ativa**, dos quais não se exige sequer formação jurídica, permitindo-se a formação de amplas majorias por motivos alheios à aplicação do Direito, a exemplo de valores difusos como "a defesa da Pátria" (CF, art. 142, *caput*).

No caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, 2012, a Corte IDH reiterou que "quando os funcionários da jurisdição penal militar que têm a seu cargo a investigação dos fatos são membros das Forças Armadas em serviço ativo, não estão em condições de prestar um parecer independente e imparcial" (§ 188). No caso Öcalan v. Turquia, 2003, a Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH decidiu que a mera participação de juiz militar em decisões interlocutórias contamina o processo contra um civil: "onde um juiz militar tenha participado de decisões interlocutórias proferidas durante um processo contra um civil, o processo inteiro se vê privado de sua aparência de ter sido conduzido por um tribunal independente e imparcial"⁷. E, no caso Ergin vs. Turquia, ao interpretar o art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a CEDH decidiu o seguinte:

***"situações nas quais um tribunal militar tem jurisdição para julgar um civil por atos contra as Forças Armadas pode originar dúvidas razoáveis sobre a imparcialidade objetiva da Corte.** Um sistema judicial no qual uma corte militar tem o poder de julgar uma pessoa que não é membro das forças armadas pode ser facilmente percebido como algo que reduz a nada a distância que deve existir entre a corte e as partes do processo penal, mesmo que haja salvaguardas suficientes para*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

*garantir a independência da corte*⁸.

Além disso, o STF reconhece que "o julgamento pela Justiça Militar traz ao acusado maior carga restritiva de direitos, acarretando um ônus mais gravoso do que o constrangimento de ser processado pela Justiça Comum Federal" (STF, 1ª T., RHC 118.030, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/8/2014). De fato, a Justiça Militar não aplica os institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes de menor potencial ofensivo, por expressa vedação legal (Lei 9.099/1995, art. 90-A). Além disso, o Código Penal Militar não prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como no Código Penal comum. Também não cabe recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça das decisões tomadas em sede de apelação pelo Superior Tribunal Militar, ao contrário do que ocorre com os julgamentos colegiados dos TRFs.

Como se não bastasse: (a) a aplicação da atenuante da confissão na Justiça Militar exige que o crime seja de autoria ignorada ou imputada a outrem (CPM, art. 72, III, *d*), o que não ocorre no direito comum (CP, art. 65, III, *d*); (b) a continuidade delitiva militar tem tratamento mais gravoso (CPM, arts. 79 e 80) que a do Código Penal (art. 71); (c) a semi-imputabilidade tem tratamento mais gravoso no direito militar (CPM, arts. 48, parágrafo único, e 73) em comparação com o direito comum (CP, art. 26, parágrafo único); (d) o termo inicial da prescrição da pretensão executória no direito penal militar é o trânsito em julgado para ambas as partes (CPM, art. 126, § 1º, *a*), o que é mais gravoso que a regra geral, segundo a qual se exige apenas o trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 112, I); (e) a tentativa no direito penal militar pode ser punida com a mesma pena do crime consumado em caso de excepcional gravidade (CPM, art. 30, parágrafo único), possibilidade inexistente no direito comum (CP, art. 14, parágrafo único); e (f) admite-se o prosseguimento de processo penal militar à revelia do réu citado por edital (CPPM, art. 292), o que não ocorre no direito comum (CPP, art. 366). Longe de ser uma questão meramente formal, portanto, a definição da competência é matéria potencialmente crítica no que diz respeito aos direitos do acusado.

Há vários precedentes da Corte IDH que acolhem o que se convencionou chamar de "princípio da especialidade" ou da "funcionalidade"⁹, pelo qual a jurisdição militar é excepcional e só pode julgar crimes militares funcionais, cometidos por elementos das Forças Armadas, excluindo violações de direitos humanos, *e.g.*¹⁰: Castillo Petruzzi e outros vs. Chile, 1999, §§ 127 a 134; Durand e



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Ugarte vs. Peru, 2000, §§ 113 a 131; Cantoral Benavides vs. Peru, 2000, §§ 110 a 115; Las Palmeras vs. Colombia, 2001, §§ 50 a 54; 19 Comerciantes vs. Colombia, 2004, §§ 164 a 177; Lori Berenson Mejía vs. Peru, 2004, §§ 139 a 150; Massacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005, § 202; Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006, §§ 130 a 133; Massacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, § 189; La Cantuta vs. Peru, 2006, § 142; Massacre de La Rochela vs. Colombia, 2007, § 200; Escué Zapata vs. Colombia, 2007, § 105; Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, § 118; Radilla Pacheco vs. México, 2009, §§ 272 a 274; Usón Ramírez vs. Venezuela, 2009, §§ 104 a 116; Gomes Lund vs. Brasil, 2010, § 257; Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, 2012, §§ 187 a 189; Quispialaya Vilcapoma vs. Peru, 2015, §§ 144 a 147; Cruz Sánchez e outros vs. Peru, 2015, §§ 397 e 398; Ortiz Hernandez e outros vs. Venezuela, 2017, § 148; Herzog v. Brasil, 2018, §§ 247 e 248, entre outros.

É cada vez mais robusto o consenso internacional de que a Justiça Militar não deve julgar civis. Nesse sentido, a Subcomissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da ONU, ao aplicar o art. 14 do Pacto Internacional sobre de Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto 592/1992), assentou: "tribunais militares, em princípio, não devem ter jurisdição sobre civis. Em todos os casos, o Estado deve assegurar que civis acusados por crimes de qualquer natureza sejam julgados por tribunais civis"¹¹. Conclusões semelhantes foram alcançadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH, ao aplicar o art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Öcalan v. Turquia, 2003; Martin v. Reino Unido, 2005; Ergin v. Turquia, 2006); pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ao aplicar o art. 45(c) da Convenção Africana de Direitos Humanos¹²; e pela Suprema Corte dos EUA (*Ex parte milligan*, 1866).

Por meio do Decreto 4.463/2002, o Brasil reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. Como se não bastasse, o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o que também autoriza a aplicação direta do Pacto de São José da Costa Rica, tal como interpretado pelo órgão encarregado de dar a



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

última palavra sobre o referido texto: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica). O Pacto tem natureza supralegal, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Pleno, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3/12/2008).

Nesse sentido, decidiu a CIDH (Almonacid Arellano v. Chile, 2006):

“124. A Corte é consciente de que juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam reduzidos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas que aplicam os casos concretos e a Convenção Americana sobre direitos humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também sua interpretação pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹³

Restringir a competência da Justiça Militar aos crimes militares praticados por militares da ativa consiste não apenas em observar a jurisprudência da Corte Interamericana, mas também em definir adequadamente o alcance da Constituição e da lei, interpretando-se restritivamente a exceção consistente na instituição de um ramo da Justiça com características muito peculiares. A existência da Justiça Militar foi uma opção inequívoca da Constituição de 1988, mas ela deve atender aos parâmetros internacionais de especialidade e excepcionalidade, restringindo-se a julgar militares da ativa acusados de crimes funcionais graves e relacionados estritamente às funções militares, exceto se violados direitos humanos, como no caso de desaparecimentos forçados (art. IX da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas promulgada pelo Decreto 8.766/2016).

O caso concreto não apresenta nenhum elemento que justifique a competência da Justiça Militar. O suposto crime foi cometido por militar reformado durante a inatividade, quando estaria trabalhando como médico, sem informar à sua fonte pagadora e apesar do diagnóstico de invalidez permanente para qualquer trabalho, não apenas para o serviço ativo. Não se trata, portanto, de militar da ativa, tampouco de crime militar funcional. Como se não bastasse, o suposto estelionato de proventos mensais de inatividade, conquanto reprovável - o que, aliás, se aplica a



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

qualquer crime -, não afeta bens jurídicos militares de forma particularmente grave, de modo a comprometer o núcleo das funções institucionais da Marinha.

Assim, **declaro incidentalmente a não recepção pela CF/1988 e a inconveniência do art. 9º, III, do CPM, que define crimes militares e estende a competência da Justiça Militar sobre pessoas fora do serviço militar ativo, as quais, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, são equiparadas a civis e, nessa qualidade, devem ser julgadas pela Justiça Comum. Dessa forma, reconheço a violação aos arts. 5º, *caput*, LIII e § 2º, 123 e 124 da Constituição de 1988, e ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, como aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por essa razão, fixo a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.**

Assentada a competência deste Juízo, por se tratar de suposto crime cometido por militar reformado contra o patrimônio federal da Marinha (CF, art. 109, IV), passo a apreciar o mérito da promoção de arquivamento formulada pelo MPF. Antes, reitero que não há coisa julgada decorrente do arquivamento do IPM instaurado para apurar os fatos, a não ser quanto ao enquadramento da conduta como crime militar, uma vez que a decisão de arquivamento não decretou a extinção da punibilidade, mas apenas concluiu pela "[im]possibilidade jurídica do pedido" porque o fato "não encontra tipicidade na lei penal militar" (evento 4, REMESSA1, p. 10). Assim, como também entendeu o MPF (evento 18), nada impede a análise dos fatos, à luz do direito penal comum, pela Justiça Federal Comum.

II - ANÁLISE DA PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO DO MPF

O MPF entendeu não haver fraude, uma vez que uma nova inspeção de saúde confirmou que o investigado era definitivamente incapaz, e ele em nenhum momento teria sido convocado para declarar que não exerce outra atividade.

A reforma é legalmente definida como a passagem para a inatividade definitiva, com percepção de remuneração da União (Lei 6.880/1980, art. 3º, § 1º, *b*, II). Segundo consta dos autos, a reforma ocorreu por doença crônica que levou ao diagnóstico de incapacidade permanente, ou, mais ainda, de "invalidez permanente" (evento 4, REMESSA1, p. 6/7). O art. 110, § 1º, da Lei 6.880/1980 dispõe que o militar é considerado inválido quando **"impossibilitado total e permanentemente**

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

para qualquer trabalho", não só para o serviço militar ativo.

Em tese, portanto, a conduta é semelhante à do beneficiário de aposentadoria por invalidez que, apesar do diagnóstico, volta a trabalhar, o que deve implicar cancelamento automático do benefício (Lei 8.213/1991, art. 46), que, enquanto não for cessado, é indevido. Embora convocações periódicas possam ajudar a prevenir ou minimizar fraudes, elas não constituem pressupostos para a caracterização mesma das irregularidades. Em tese, não é estritamente necessário ter inércia ou falsidade no atendimento a uma convocação para apontar a fraude do beneficiário que trabalha, apesar de receber benefício destinado a cobrir exatamente a suposta incapacidade laborativa total e permanente.

Isso porque obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, é conduta que, independentemente de notificações prévias, é proibida à generalidade das pessoas diretamente por força da lei, já que consiste no tipo penal do estelionato (CP, art. 171). O meio fraudulento aqui consiste no silêncio, que, em tese, pode constituir *omissão dolosa*, já que, sem ele, o benefício não continuaria sendo pago (CC, art. 147, *mutatis mutandis*). Na Justiça Federal são corriqueiros casos de benefícios pagos a pensionistas falecidos que continuam sendo sacados indevidamente por familiares enquanto o INSS não é informado do óbito: jamais se entendeu necessária prévia convocação ou notificação como requisito para caracterização de estelionato. Em tese, o silêncio já configura fraude dolosa, pela manifesta incompatibilidade entre a causa geradora do benefício e a nova situação, o que significa *manter em erro* a fonte pagadora, que não pagaria se fosse informada.

Assim, embora o ato original de reforma possa ter ocorrido regularmente - o que este Juízo não tem condições de aferir, por ausência dos autos do IPM -, no mínimo o benefício por invalidez passou a ser indevido a partir do momento em que há elementos que apontam para o trabalho do investigado, como informado pelo estabelecimento em que ele prestaria serviços (evento 1, INQ1, p. 28/29). Embora ele tenha alegado que tem dispositivo implantado e restrições físicas, o pressuposto da reforma por invalidez é a incapacidade total e permanente para qualquer trabalho, não apenas o serviço ativo (Lei 6.880/1980, art. 110, § 1º). Assim, se o investigado pode trabalhar como médico, ainda que com restrições, em tese, o benefício é indevido. E como aparentemente o benefício continua sendo pago, em tese a consumação delitiva se renova mês a mês e não há prescrição.

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

Há, portanto, indícios de cometimento de estelionato (CP, art. 171, § 3º). Para isso, entretanto, seria necessário examinar os documentos dos autos do IPM. O MPF, porém, não entendeu esses documentos necessários. Assim, não resta alternativa a este Juízo a não ser indeferir a promoção de arquivamento, a fim de que, se houver concordância da 2ª CCR/MPF, a investigação possa prosseguir.

Diante do exposto, **determino a remessa do feito à 2ª CCR/MPF, na forma do art. 28 do CPP, c/c art. 62, IV, da LC 75/1993.**

Considerando que os autos tramitam em segredo de justiça (CPP, art. 20) e que há possibilidade, em tese, de prosseguimento da investigação, a presente decisão em nenhum momento mencionou o nome do investigado, sua patente, patologia ou demais dados pelos quais pudesse ser identificado. No entanto, tendo em vista o manifesto interesse público na matéria jurídica em exame, atinente à proteção internacional dos direitos humanos e à competência dos ramos do Poder Judiciário da União, autorizo a divulgação desta decisão, desde que suprimido o número do processo.

Intime-se o membro do MPF que oficia neste Juízo.

Documento eletrônico assinado por **FREDERICO MONTEDONIO REGO, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **XXXXXXXXXXXX** e do código CRC **XXXXXXXX**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FREDERICO MONTEDONIO REGO

Data e Hora: 17/1/2022, às 10:58:48

-
1. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2006, p. 588.
 2. Tradução livre. No original: "151. En cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares. En consecuencia, el juicio al cual fue sometido el señor Cesti Hurtado constituye una violación al derecho a ser oído por un tribunal competente, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención".
 3. Tradução livre. No original: "139. El Tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo, al observar en un caso que 'al tiempo en que se abrió y desarrolló [el] proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgad[a] por los tribunales militares'. Chile, como Estado democrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles.

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

140. Los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares tipificados en el Código de Justicia Militar estipulan que el sujeto activo debe ser un 'militar'. Al respecto, la Corte estima que el señor Palamara Iribarne, al ser militar en retiro, no revestía la calidad de 'militar' necesaria para ser sujeto activo de dichos delitos imputados, y por ello no se le podían aplicar las referidas normas penales militares. Además, el Tribunal estima que el señor Palamara Iribarne, al escribir su libro e iniciar el proceso de publicación, se encontraba en el legítimo ejercicio de su derecho a expresar libremente sus opiniones e ideas. 141. El Tribunal considera que Chile no ha adoptado las medidas necesarias para que el señor Palamara Iribarne fuera sometido a la justicia ordinaria, dado que al ser civil no reunía la condición de sujeto activo de un delito militar. La Corte observa que en Chile la caracterización de una persona como militar resulta una tarea compleja que requiere de interpretación dediversas normas y reglamentos, lo que dio cabida a que las autoridades judiciales que las aplicaron realizaran una interpretación extensiva del concepto de militar para someter al señor Palamara Iribarne a la jurisdicción militar. 142. La jurisdicción tan extensa que tienen los tribunales militares en Chile que les otorga facultades de fallar causas correspondientes a los tribunales civiles no es acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana. 143. La Corte ha dicho que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. El juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria. 144. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, por haber sido juzgado por tribunales que no tenían competencia para hacerlo, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser juzgado por un juez competente protegido en el artículo 8.1 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención”.

4. Tradução livre. No original: "126. En este sentido, las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito. 127. En el presente caso, la calidad de militar del señor Palamara Iribarne es un hecho controvertido entre las partes. El Estado ha alegado ante la Corte que el proceso de retiro de aquel de la Armada concluyó con fecha posterior a los hechos que dieron origen a los procesos penales y, al mismo tiempo, ha alegado que los empleados civiles a contrata tienen la condición de militares. Las autoridades que ejercieron la jurisdicción penal en el juzgamiento del señor Palamara Iribarne, a través de la interpretación de diversas normas entendieron que éste, como empleado civil a contrata, debía ser considerado militar a los efectos de la jurisdicción penal militar (...). 132. La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. 133. En el presente caso, la amplitud de la jurisdicción penal militar aplicada al señor Palamara Iribarne trajo como consecuencia que se juzgara a un empleado civil a contrata en el fuero castrense por la comisión, inter alia, de conductas que atentaban contra los “deberes y el honor militar” o suponían “insubordinación”, como lo son los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, establecidos en el Código de Justicia Militar, así como delitos que atentan contra el “orden y la seguridad públicos”, como lo es el desacato. 134. Claramente

V137 JRJ13047© JRJ17310



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

las conductas por las que fue condenado el señor Palamara Iribarne no pusieron en peligro los bienes jurídicos militares susceptibles de protección penal. Incluso la Corte entiende que, debido al carácter de ultima ratio que también tiene el derecho penal en el ámbito castrense, el sometimiento del señor Palamara Iribarne a los distintos procesos penales no constituía el medio menos lesivo para que el Estado protegiera los intereses de la Armada".

5. Tradução livre. No original, na parte dispositiva ("puntos resolutivos"): "14. El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia".

6. P. 66, item 53. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 15.out.2019.

7. Tradução livre. No original: "where a military judge has participated in an interlocutory decision that forms an integral part of proceedings against a civilian, the whole proceedings are deprived of the appearance of having been conducted by an independent and impartial court".

8. Tradução livre. No original: "situations in which a military court has jurisdiction to try a civilian for acts against the armed forces may give rise to reasonable doubts about such a court's objective impartiality. A judicial system in which a military court is empowered to try a person who is not a member of the armed forces may easily be perceived as reducing to nothing the distance which should exist between the court and the parties to criminal proceedings, even if there are sufficient safeguards to guarantee that court's independence". Destaques acrescentados.

9. GUTIÉRREZ, Juan Carlos; CANTÚ, Silvano. The restriction of military jurisdiction in international human rights protection systems. International Journal of Human Rights, v. 7, n. 13, p. 75-97, dez.2010. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1928662>. Acesso em: 12 jan.2022.

10. Relação obtida com o auxílio da Nota Técnica nº 08/2017/PFDC/MPF, da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, do Ministério Público Federal. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/08/nota-tecnica-08-2017-pfdc-mpf.pdf>>. Acesso em: 12 jan.2022.

11. Tradução livre. No original: "Military courts should, in principle, have no jurisdiction to try civilians. In all circumstances, the State shall ensure that civilians accused of a criminal offence of any nature are tried by civilian courts". Princípio nº 4 da Subcomissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, de 2005 (E/CN.4/Sub.2/2005/9). Disponível em: <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/subcom/57/aevdoc.htm>>. Acesso em: 14.out.2019.

12. Princípios e diretrizes sobre o direito a um julgamento justo e a assistência legal em África, 2003, item L: "DIREITO DE CIVIS NÃO SEREM JULGADOS POR TRIBUNAIS MILITARES. a) O único propósito dos Tribunais Militares deve ser julgar crimes de natureza puramente militar cometidos por pessoal militar; (...) c) Cortes militares não devem em nenhuma circunstância exercer jurisdição sobre civis. (...)". Tradução livre. No original: "RIGHT OF CIVILIANS NOT TO BE TRIED BY MILITARY COURTS:a) The only purpose of Military Courts shall be to determine offences of a purely military nature committed by military personnel. (...); c) Military courts should not in any circumstances whatsoever have jurisdiction over civilians (...)".

13. Tradução livre. No original: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro

última de la Convención Americana”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 15.out.2019.

.V137 JRJ13047© JRJ17310