

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1. Senhor Presidente, ilustres pares, a matéria de fundo diz respeito à higidez constitucional dos dispositivos normativos, contidos no art. 9º, do Código Penal Militar, os quais prescrevem condutas suscetíveis de prática, em tempos de paz, por agentes civis que, em tese, poderiam configurar delitos militares e, por consequência, a teor do art. 124 da CRFB, atrair a competência penal da Justiça Militar.

Se mantida a competência da Justiça Militar, aduz a defesa, em sede subsidiária, a configuração de constrangimento ilegal em razão da impossibilidade, no caso concreto, de apresentação de defesa preliminar. Aponta, em síntese, que a apresentação da referida peça processual configuraria decorrência do estatuto constitucional do direito de defesa, ainda que ausente especificação dessa fase processual no Código de Processo Penal Militar.

2. Examino, inicialmente, a questão atinente à competência da Justiça especializada.

De saída, cumpre enfatizar que, em sede fracionária, já integrei corrente majoritária no sentido da possibilidade, também em tese, de que civil seja processado e julgado no contexto da Justiça Militar. Essa conclusão, nada obstante, decorreu da existência de expressa previsão legal nesse sentido, bem como, por razões de colegialidade, na aplicação de precedentes emanados das Turmas que orientam compreensão jurisdicional nessa idêntica direção.

Contudo, **em Plenário**, tenho ser o caso de revisitar a matéria, inclusive sob a perspectiva da própria regularidade constitucional das normas legais que disciplinam a competência castrense.

Com efeito, ao contrário do minudente caminho adotado no que toca a outros ramos do Poder Judiciário, quanto à Justiça Militar, cingiu-se a Constituição da República a assinalar o seguinte:

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

Como se vê, atribuiu-se ao legislador ordinário a própria definição da competência da Justiça Militar. Essa densificação, nada obstante, deve

observar parâmetros constitucionais bem estabelecidos.

Vale dizer, será da competência da Justiça Militar o processamento e julgamento dos **crimes militares**, cenário a demonstrar que há **critério material** a ser observado em âmbito infraconstitucional.

Assim, o aspecto meramente subjetivo, qual seja, ser o acusado militar, num primeiro plano, não atua como fator decisivo à determinação da competência militar. Em outras palavras, não há espaço para admissão de que a Justiça Militar funcione como ambiência irrestrita para julgamento dos **crimes dos militares, tampouco há vedação expressa de que civis sejam submetidos a processamento na seara castrense.**

A propósito, colho, nessa direção, as sempre percucientes lições do saudoso Ministro Celso de Mello:

“A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, racione personae. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). - O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, tout court.” (HC 106171, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, grifei)

O cerne da questão, portanto, diz respeito mais diretamente aos próprios limites constitucionais para se considerar determinada conduta como configuradora de crime militar e, secundariamente, como consequência necessária, quanto à determinação da competência jurisdicional para processamento e julgamento de imputações dessa natureza. Isso se sinaliza, por exemplo, a partir do fato de que as normas objeto de exame são veiculadas no bojo do Código Penal Militar, e não no Código de Processo Penal Militar.

Ou seja, embora os temas sejam nitidamente vinculados, uma questão é o espaço de conformação do legislador para a definição de crimes militares; outra, partindo dessa premissa, é a fixação de competência que decorre da abstrata caracterização, ou não, da infração castrense.

Sob o viés da excepcionalidade na definição dos crimes militares,

aponta-se:

“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.” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros. 2. ed. 2006, p. 588, *grifei*).

Essa interpretação restritiva quanto à definição dos crimes militares, portanto, tem como mote, a um só tempo, evitar que a jurisdição castrense atue como privilégio em favor do agente militar, bem como afastar o alargamento dessa competência para fins de alcançar de modo amplo o processamento e julgamento de condutas atribuídas a civis.

Sob a vedação de que a competência militar funcione como espécie de privilégio, circunstância extraída inclusive a partir de uma interpretação histórica minudenciada naquela assentada, reitero o por mim já exposto no voto proferido na ADI 5032, em que sopesei o seguinte:

“A Constituição de 1988, no entanto, de forma extremamente sucinta e cuidadosa definiu a competência como sendo a de ‘processar e julgar os crimes militares definidos em lei’. Noutras palavras, como se extrai de uma interpretação gramatical do dispositivo constitucional, a Constituição Federal optou por uma jurisdição extremamente restrita do alcance da competência jurisdicional. Retirou de suas atribuições, assim, o status de ‘foro privilegiado’, aplicável apenas em razão da natureza do cargo do agente público, assim como as que derivavam das atividades por ele desempenhadas. Assim, apenas os crimes próprios, cuja realização só é possível pelo militar é que são alcançados pela jurisdição militar.

(...)

Com efeito, quando do julgamento, ainda não concluído, da QO na AP 937, fiz consignar que **é incompatível com o ideal**

republicano, mediado pelo direito à igualdade, a criação de jurisdições que, sem base normativa constitucional, criem distinções entre as pessoas. Essa afirmação implicaria reconhecer que apenas quando amparados em uma justificativa funcional é que os chamados foros por prerrogativa poderiam ser criados. A linha que guiou a minha manifestação naquela oportunidade foi, precisamente, a de que apenas os fatos diretamente relacionados ao cargo é que poderiam dar margem à aplicação do foro.

O caso da competência da justiça militar é, no entanto, ainda mais restrito. **É o próprio texto que opta – e exige que o legislador assim o conforme – por uma jurisdição extremamente restrita, limitada aos ‘crimes militares’**. Não cabe, portanto, ao legislador, ampliar o escopo da competência da justiça militar às ‘atividades’ ou, ainda, apenas ao ‘status’ de que gozam os militares.”

Como se vê, a caracterização dos crimes militares e, por consequência, da própria competência penal da Justiça Militar, pressupõe a indicação de que os fatos objeto de imputação desvelem relação de pertinência em face de uma **justificativa funcional**, cenário a afastar, num primeiro olhar, a possibilidade de que civis sejam submetidos a julgamento na esfera da Justiça Militar.

Esse cenário era robustecido pelo quadro normativo verificado ao tempo da propositura da presente ação, na medida em que os agentes civis eram suscetíveis de julgamento a ser desencadeado na ambiência dos Conselhos Permanentes de Justiça, os quais eram compostos inclusive por militares da ativa sorteados que, embora vitalícios no serviço público, eram sujeitos ao regime de hierarquia e disciplina, bem como não contavam com todas as prerrogativas funcionais aptas a resguardar a independência funcional do exercício da atividade jurisdicional, como a inamovibilidade.

É certo que o panorama normativo foi alterado pelo advento da Lei n. 13.774/2018, que atribuiu a Juízo singular o processamento de civis. Nada obstante, conforme manifestação bem exarada em 30.9.2019 pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ (e.doc. 85, *grifei*), tais circunstâncias não são suficientes a conferir plena regularidade constitucional ao modelo normativo. Confira-se:

“5. Desde a aprovação da Lei nº 13.774/2018, ocorrida após

o ajuizamento desta ADPF, o julgamento de civis passou a competir, monocraticamente, ao juiz federal da Justiça Militar – antes conhecido como Juiz Auditor –, na forma do art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992. No entanto, **em segunda instância, tais réus continuam sendo julgados pelo Superior Tribunal Militar, que exerce funções de tribunal de apelação e de tribunal superior**. É o STM que julga todas as impugnações e recursos formulados contra as decisões judiciais de primeira instância, seja em grau de recurso de apelação, seja pela impetração de *habeas corpus*, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 8.457/1992.

6. De acordo com o art. 123 da Constituição, **o STM é composto por quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República. Dentre os quinze há dez oficiais-generais e apenas cinco civis**. Como **todos os militares integrantes do STM devem estar na ativa**, tem-se que **a maioria dos integrantes do Tribunal se mantém sujeita ao estatuto militar, inclusive no que diz respeito à observância da hierarquia e da disciplina castrenses**. À semelhança do que ocorre no âmbito dos Conselhos de Justiça, **apenas os ministros civis devem ter formação jurídica, inexistindo tal exigência para os militares**. Aliás, cabe salientar que, **atualmente, segundo as biografias disponíveis no site oficial da instituição, nenhum dos dez ministros militares do STM possui formação jurídica**.”

Nesse contexto, é importante salientar que o artigo 123 da Constituição da República, ao disciplinar a composição do Superior Tribunal Militar, prescreve o seguinte:

“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.”

Com efeito, a CRFB (art. 93, III) é expressa ao consignar regra geral no sentido de que *“o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente”*.

Ainda segundo a sistemática constitucional, o ingresso de agentes nas carreiras jurídicas de destaque e que fujam à regra de prévia investidura mediante aprovação em concurso público ou ao processo eleitoral é **condicionado à aferição do notável saber jurídico**, conforme se infere, exemplificativamente, dos artigos 94 (Desembargadores), 101 (Ministros do Supremo Tribunal Federal), 103-B, XIII (Conselheiros do CNJ), 104 (Ministros do Superior Tribunal de Justiça), 111-A (Ministros do Tribunal Superior do Trabalho), 119 (Ministros do Tribunal Superior Eleitoral), 120 (membros do Tribunal Regional Eleitoral), 130-A (Conselheiros do CNMP), 131 (Advogado-Geral da União).

Assim, o acesso a tais cargos se dará ou por promoção, aferida por critérios de antiguidade ou merecimento, mediante processo eleitoral ou ainda segundo escrutínio de indispensável notável saber jurídico.

Na perspectiva do Superior Tribunal Militar, contudo, 10 dos 15 Ministros são indicados a partir das próprias fileiras militares, sem acionamento dos critérios gerais incidentes em cargos dessa natureza.

Ao revés, **exige-se notável saber jurídico tão somente de parte dos Ministros civis**. Os requisitos dirigidos aos Ministros militares, por outro lado, decorrem de aspectos **associados à própria relação funcional que, em tese, poderiam traduzir experiência profissional e espelhar relação hierárquica e disciplinar própria da estrutura militar**.

Embora esse formato não esteja em questionamento, até mesmo por decorrer de opção do Constituinte originário, essa estrutura, a meu ver, parece indicar que, de fato, o julgamento de condutas que, em tese, afetem bens jurídicos tipicamente militares, desencadeia-se segundo contornos hierárquicos que se aproximam da exteriorização de uma espécie de poder disciplinar.

Nesse contexto, as próprias exigências específicas atinentes à composição do Superior Tribunal Militar denotam que a instituição da Justiça castrense é formatada com escopo de propiciar julgamento por pares, a revelar a total excepcionalidade de submissão de civis a essa ambiência jurisdicional.

Além disso, o art. 3º, §2º da Lei n. 8.457/92 (posterior à Constituição, portanto), ao organizar a Justiça Militar da União e especificar a forma de composição do STM, enuncia que os “*Ministros militares permanecem na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica*”, a sinalizar que referidos Juízes persistem submetidos ao estatuto jurídico militar e, em certa medida, a regime de hierarquia e disciplina.

Não bastasse, a Lei n. 8.457/92 ainda prescreve:

“Art. 62. Os magistrados da Justiça Militar são **substituídos**:

(...)

II - os Ministros militares, mediante convocação pelo Presidente do Tribunal, por oficiais da Marinha, Exército ou Aeronáutica, do mais alto posto, sorteados dentre os constantes da lista enviada pelos Ministros das respectivas Pastas;”

Como se vê, há previsão normativa expressa no sentido de que, ainda que temporária e circunstancialmente, a Justiça Militar poderá funcionar mediante atuação de agentes públicos que não gozam das prerrogativas funcionais inerentes à independência da magistratura (art. 95, CRFB), como a inamovibilidade e a vitaliciedade. Vitaliciedade que, a meu ver, deve ser medida **não na carreira militar, mas no exercício da atividade jurisdicional.**

Essas características peculiares da formatação da Justiça Militar da União, na minha compreensão, demonstram a pertinência, para a experiência normativa brasileira, dos diversos pronunciamentos de órgãos supranacionais que concluíram pelo caráter excepcional da jurisdição militar, bem como pela inclinação do reconhecimento de sua inadequação para o processamento e julgamento de civis.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, já deliberou nesse sentido ao menos nos casos Castillo Petruzzi v. Peru, de 1999, Durand y Ugarte v. Peru, de 2000, Cantoral-Benavides v. Peru, de 2000, Palamara Iribarne v. Chile, de 2005 e Rosendo Radilla v. United Mexican States, de 2009, mesma direção do pronunciamento da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Ergin v. Turquia, julgado em 2006 e do já enunciado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (E/CN.4/2006/58).

A propósito do caso Castillo Petruzzi v. Peru, a Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ (e.doc. 85) bem sintetizou o seguinte:

“Acontece que o Pacto de San José da Costa Rica, prevê, em seu art. 8.1, o direito de toda pessoa a ser julgada por um órgão jurisdicional competente, independente e imparcial. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o julgamento de civis por tribunais militares vulnera tais princípios, positivados no tratado em questão, como decidido no caso Castillo Petruzzi v. Peru. Naquela oportunidade, estabeleceu-se que são atributos da Justiça Militar incompatíveis com a convenção: (i) que seus integrantes sejam militares em serviço ativo; (ii) que estejam estes hierarquicamente sujeitos a superiores em uma cadeia de comando; (iii) que sua nomeação independa de formação jurídica para o exercício do cargo; e (iv) que não gozem da garantia de inamovibilidade.”

No exato sentido da restrição da competência da Justiça castrense, cabe mencionar que a EC n. 45/2004, no âmbito dos Tribunais estaduais e no contexto de uma interpretação evolutiva da Constituição da República, implementou limitação do processamento de civis no Juízo militar, circunstâncias também incidentes no caso em apreço.

Cabe sublinhar, nessa esteira, que o processamento de civis na Justiça Militar configura medida de absoluta excepcionalidade.

Com efeito, esmiucei as condicionantes da definição dos crimes militares, a indicar que a competência da Justiça Militar deve observar o **critério material** estipulado pela Constituição da República.

Nesse enfoque, saliento que os aspectos atinentes à tipicidade penal devem ser mensurados **no momento da conduta**, uma vez que o tempo do crime é guiado pela Teoria da Atividade (art. 5º, Código Penal Militar).

Nesse sentido, em tese, é possível que civil seja processado no âmbito castrense na hipótese em que ostentar a condição de militar ao tempo do fato. Assim não fosse, aliás, o ordenamento conferiria ao próprio acusado, depois da realização do *iter criminis*, a definição unilateral da tipicidade delitiva e, conseqüentemente, a determinação do Juízo competente para seu processamento.

Anoto ainda que, também em tese, é possível se cogitar da competência militar nas hipóteses de concurso de agentes em que se verifique **identidade de infrações**, na medida em que os crimes militares próprios não são incompatíveis, por exemplo, com a figura da participação. Nesse sentido, em tese, é possível que civil responda na Justiça Militar, em concurso de agentes, por eventual participação em

crime militar próprio.

A propósito, nada impede que o civil, na condição de autor, seja acusado também da prática de crime propriamente militar. Nessa hipótese, o tema será resolvido no campo do juízo de procedência ou improcedência da pretensão acusatória, e não da competência jurisdicional.

No entanto, no caso de **pluralidade de infrações**, ainda que presente causa configuradora de conexão ou continência, não remanescerá, em princípio, competência militar para processamento e julgamento do civil, na medida em que referidas causas vocacionadas à modificação da competência não importam unidade jurisdicional no concurso entre jurisdição comum e militar, conforme estabelece expressamente o artigo 79 do Código de Processo Penal:

“Art. 79. A conexão e a continência **importarão unidade de processo e julgamento, salvo:**

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar

II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.”

Estabelecidas essas premissas, no caso concreto, verifico que o paciente é acusado, na condição de civil, da suposta prática de corrupção ativa.

Assim, embora o processamento de eventual corrupção passiva possa ser submetido à Justiça Militar, e ainda que possível a configuração de conexão entre os delitos de corrupção passiva e ativa, essa circunstância, nos termos do já citado art. 79, CPP, não acarreta unicidade de processamento e julgamento.

Esse cenário, portanto, desvela a ausência de competência da Justiça Militar para processar e julgar o recorrente, impondo-se o encaminhamento dos autos ao Juízo comum para prosseguimento como de direito.

Considerando que se trata de imputação de oferecimento de vantagem indevida a agente público federal no exercício da função pública, diante da análise da peça acusatória e dos critérios de determinação da competência territorial, em especial do art. 69, inciso I, do CPP, e art. 85, I, “a”, do CPPM, é o caso de remessa ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, sublinhando-se que referido proceder não acarreta definição consolidada da competência na

ambiência do Juízo comum.

Por fim, com relação ao pedido subsidiário concernente à possibilidade de apresentação de resposta à acusação no âmbito da justiça militar, o pleito encontra-se prejudicado no caso concreto. Como entevê o próprio recorrente, uma vez reconhecida a incompetência da justiça militar e remetido os autos ao juízo comum, o processo, se o caso, deve prosseguir nos termos do Código de Processo Penal comum, inclusive, com a faculdade de apresentação da defesa preliminar prevista no art. 396-A do CPP.

3. Diante do exposto, concedo a ordem para o fim de reconhecer a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o recorrente, determinando, nessa medida, a remessa dos autos de origem ao Juízo da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Ademais, nos termos do art. 515, CPPM, promovo a extensão dessa providência em favor do corréu FÁBIO MOREIRA SANTOS, também civil ao tempo do fato e acusado da suposta prática de corrupção ativa e falsidade documental.

É como voto.