



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

Fernando Pessoa da Silveira Mello

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SUPERIOR
TRIBUNAL MILITAR: UM ESTUDO SOBRE A ESTABILIDADE, A SEGURANÇA
JURÍDICA E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS MILITARES**

**Brasília
Julho de 2020**

**IDP
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

Fernando Pessoa da Silveira Mello

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SUPERIOR
TRIBUNAL MILITAR: UM ESTUDO SOBRE A ESTABILIDADE, A SEGURANÇA
JURÍDICA E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS MILITARES**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

ORIENTADORA: Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira

**Brasília
Julho de 2020**

Fernando Pessoa da Silveira Mello

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: UM ESTUDO SOBRE A ESTABILIDADE, A SEGURANÇA JURÍDICA E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS MILITARES

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Processo e Jurisdição Constitucional, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

ORIENTADORA: Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira

BANCA EXAMINADORA

Dr.^a Carolina Costa Ferreira

(Orientadora – IDP)

Dr.^a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

(Membro externo: UniCEUB)

Dr.^a Luciana Silva Garcia

(Membro interno IDP)

Ao Eduardo de Oliveira Pessôa Mello que,
nesse oceano de decisões e escolhas da vida,
foi a mais acertada de todas. A você, meu filho,
todo o meu amor, minha alma e minha energia.
Estarei sempre ao seu lado.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União pelo apoio, incentivo e investimento na consecução desse trabalho, o que faço em nome dos Ministros Tenente-Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Diretor da ENAJUM, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Vice-Diretor, José Barroso Filho e Almirante de Esquadra Carlos Augusto de Sousa, ex-Diretores, e na sua Secretária-Executiva Isabela Fonseca Hilário Vaz.

Agradeço também à professora Doutora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, primeira Ministra mulher na composição do Superior Tribunal Militar e primeira Ministra-Presidente, e ao professor Doutor João Paulo Bachur, pela participação na banca de avaliação da pesquisa que ora se apresenta.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à minha orientadora, Prof. Dra Carolina Costa Ferreira, por todo empenho e dedicação com que conduziu a orientação do presente trabalho de pesquisa. Professora, meus sinceros agradecimentos, será sempre motivo de orgulho ter seu nome subscrito nessa dissertação.

“O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... O que me preocupa é o silêncio dos bons”.

Martin Luther King

RESUMO

A presente dissertação propõe-se a analisar a aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Superior Tribunal Militar. O processo de redemocratização do país, consagrado pela Carta Constitucional de 1988, intensificou a pressão para a criação de um novo Código de Processo Civil, apto a modernizar a prática forense, inovando o processo e aperfeiçoando regras e procedimentos já existentes. Tal anseio, finalmente, se concretizou com o advento da Lei nº 13.105/2015, que, dentre outras inovações, inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cujo condão é a fixação de tese jurídica aplicável a litígios repetitivos, quando estes tenham por escopo questões unicamente de direito, o que enseja, portanto, solução idêntica para todos os casos da mesma natureza. Com isso, supõe-se, é possível evitar que matérias coincidentes venham a ser alvo de decisões conflitantes, o que gera insegurança jurídica e fere o princípio da isonomia. Há, no entanto, um severo questionamento acerca da compatibilidade de tal instituto, com o modelo constitucional de processo, que precisa ser enfrentado, pois a busca pela celeridade – decorrente da pretendida uniformização jurisprudencial – não pode se dar em detrimento das garantias processuais previstas na Constituição de 1988. Desta forma, a pesquisa propõe-se – ao analisar criticamente a aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Superior Tribunal Militar – refletir sobre a compatibilidade do referido instituto com as garantias processuais dos jurisdicionados, a manutenção do Estado de Direito e o respeito à Ordem Constitucional. A abordagem metodológica utilizada será a revisão bibliográfica seguida da análise qualitativa do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000, recentemente julgado pelo Superior Tribunal Militar. O trabalho pretende demonstrar que a utilização e admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça Militar da União constitui uma inovação promissora na jurisprudência do Superior Tribunal Militar e que o debate e a pluralidade de ideias poderão convergir para uma Justiça Militar atualizada, oxigenada e aderente às evoluções jurídicas e sociais, sempre, acima de tudo, comprometida com a irrestrita defesa e salvaguarda dos valores constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Demandas Repetitivas, IRDR; Justiça Militar.

ABSTRACT

The present research work proposes to analyze if the Repetitive Demand Resolution Incident (IRDR) at the Superior Military Court is applicable. The country's re-democratization process, enshrined in the Constitutional Charter of 1988, intensified the pressure to create a new Code of Civil Procedure, adapted to the modernization of forensic law, innovating or processing and perfecting the existing rules and procedures. Finally, if materialized with the advent of Law No. 13,105 / 2015, which, among other innovations, did not introduce any legal system or institute of the Institute of Incidents of Resolution of Repetitive Demands (IRDR), as is the case of a legal authority a repetitive litigations, when these have scope of questions only of law, or that, therefore, identical solution for all cases of the same nature. With this, it is avoided that the matters that coincide in their order of factual order may be the target of conflicting decisions, or that it generates legal insecurity and violates the principle of isonomy. There is, however, a questioner on the constitutionality of the institute, which needs to be addressed, as it is a search for speed - resulting from the intended uniformity of jurisprudence - cannot be detrimental to the costs of specific procedural processes in the 1988 Constitution. The research work proposes a critical analysis of the applicability of the Incident of Resolution of Repetitive Demands (IRDR) in the Superior Military Court, reflecting on the constitutionality of the referred institute, by doing a qualitative analysis of the IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000, recently judged by the Superior Military Court, will be considered. The work intends to demonstrate that the use and admissibility of the Repetitive Demands Resolution Incident in the Military Justice of the Union constitutes a promising innovation in the jurisprudence of the Superior Military Court and that the debate and the plurality of ideas may converge to an updated, oxygenated and adhering to legal and social developments, always, above all, committed to the unrestricted defense and safeguarding of current constitutional values.

Keywords: Civil Procedure Code; Repetitive Demands; IRDR; Military Justice.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. SEGURANÇA JURÍDICA, ESTABILIDADE E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS	15
1.1 OS SISTEMAS DO <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E A EVOLUÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA CRFB/88: AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO E SEUS EFEITOS INCULANTES	15
1.2 A OBJETIVAÇÃO DOS JULGADOS, O PAPEL DE CORTE DE VÉRTICE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015.	30
1.3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO CPC/2015.	33
1.4. A SUSPENSÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS EM PRIMEIRO GRAU E O JULGAMENTO DO INCIDENTE.....	37
1.5. O PROCESSAMENTO DO IRDR, A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO PADRÃO E A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO.	47
2. O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	53
2.1. O DIREITO MILITAR, O SISTEMA DO ESCABINATO E A FIXAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS.	53
2.1.1. <i>O Escabinato</i>	59
2.1.2 <i>A Fixação de Teses Jurídicas</i>	63
2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: TRIBUNAL SUPERIOR OU TRIBUNAL DE APELAÇÃO?	66
2.3 A LEI DE ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO FRENTE ÀS ALTERAÇÕES DA LEI 13.774/2018.	73
2.3.1 <i>As Alterações Produzidas pela Lei 13.774/2018</i>	81
2.4 A COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA DO STM, A PERDA DE POSTO E PATENTE DOS OFICIAIS DAS FORÇAS ARMADAS E O IRDR NO REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR.....	97
2.4.1 <i>A Competência Penal Originária do STM</i>	99
2.4.2 <i>O IRDR no Superior Tribunal Militar</i>	101
2.5 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO APLICADAS AO PROCESSO PENAL MILITAR.....	109
2.5.1 <i>Direitos Humanos nos Tribunais Militares</i>	115
2.5.2 <i>Os efeitos da Lei 13.491/2017 na defesa e salvaguarda dos Direitos Humanos</i>	120
3. COMPATIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COM O PROCESSO PENAL MILITAR E SUAS ESPECIFICIDADES	129
3.1. APLICABILIDADE DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL MILITAR E A ÍNDOLE DO PROCESSO PENAL MILITAR.	129
3.2. O JULGAMENTO DO IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: ANÁLISE CRÍTICA.....	134

3.2.1 O Voto Vencido do Ministro José Coêlho Ferreira.....	141
3.2.2 O Julgamento do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 pelo Superior Tribunal Militar.....	143
3.3. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO IRDR NO PROCESSO PENAL MILITAR ANTE AS SUAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS.....	150
CONCLUSÃO.....	153
REFERÊNCIAS.....	158

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental de acesso à justiça foi ampliado e reconhecido como garantia do cidadão. Como decorrência, novos Tribunais e órgãos judiciais de prestação jurisdicional surgiram, já que não era possível universalizar e efetivar esse direito sem que fosse realizada uma reforma e um alargamento da estrutura e das funções do Poder Judiciário. Houve, também, um aumento expressivo dos instrumentos processuais, tanto em ações objetivas como em ações subjetivas.

O desafio posto por este cenário, caracterizado pela pluralização de acesso ao Poder Judiciário, ainda não foi vencido, uma vez que a massificação de demandas judiciais se deu em todos os graus de jurisdição, desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal. De fato, inúmeras pesquisas efetuadas, dentre outros, pelo Conselho Nacional de Justiça acerca da litigiosidade, apontavam para a inexorável tendência de crescimento de processos ao longo do tempo¹.

Esta tendência, no entanto, parece ter sido detida nos últimos anos². Há,

1 Reportagem veiculada no site do CNJ em 10/11/2014 afirmava que: “O número de processos que tramitam na Justiça brasileira pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020. De acordo com a projeção apresentada nesta segunda-feira (10/11) no VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, caso a quantidade de ações que entram na Justiça a cada ano siga superando a capacidade de julgar do Poder Judiciário, 36,37 milhões de novas ações judiciais serão propostas em 2020. Além disso, um estoque composto por outros 78,13 milhões de processos chegará ao início de 2020 sem julgamento. As projeções foram feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com base na tendência de crescimento da carga processual verificada entre 2009 e 2013. Ao longo dos últimos cinco anos, o número de processos novos cresceu 15% e a quantidade de ações não julgadas ao final de cada ano subiu 11,86%. A curva ascendente foi mantida apesar do esforço de magistrados e servidores, que fizeram a quantidade de processos baixados (resolvidos) aumentar 9% de 2009 a 2013. Segundo o conselheiro Rubens Curado, que apresentou o diagnóstico dos números do quinquênio, a situação da Justiça Estadual é mais grave. “O número de magistrados não aumentou na Justiça Estadual, que se encontra praticamente estagnada. A situação do Judiciário como um todo exige medidas urgentes para melhorar o serviço prestado aos jurisdicionados”, afirmou. O diagnóstico de aumento permanente da litigiosidade justifica a manutenção das Metas 1 e 2, conforme a proposta que o CNJ submeterá nesta terça-feira (11/11) à avaliação dos presidentes dos tribunais que participam do VIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, em Florianópolis/SC. Instituída pela primeira vez em 2010, a Meta 1 prevê que as cortes de todo o país julguem a mesma quantidade de processos judiciais que passaram a tramitar no ano, para atacar o estoque”. Reportagem disponível em: <https://www.cnj.jus.br/qcultura-da-litigiosidadeq-pode-sobrecarregar-justica-com-114-milhoes-de-processos-em-2020/> acessada em: 12 de julho de 2020.

2 Em 28/08/2019 reportagem veiculada no site do CNJ apontou que: “Caiu a quantidade de processos pendentes na Justiça, revela o Relatório Justiça em Números 2019, retrato estatístico do Poder Judiciário divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É a primeira vez que uma queda nesse indicador é registrada desde que a série histórica começou, em 2009. O relatório publicado nesta quarta-feira (28/8) revelou que, ao final de 2018, ano-base do levantamento, foram contabilizados 78,7 milhões de processos pendentes de solução nos tribunais, 900 mil a menos que no ano anterior. A queda inédita é atribuída ao recorde de processos baixados (resolvidos pela Justiça) e à diminuição de casos novos ingressados nos tribunais ao longo do ano passado. Foram 31,9 milhões

contudo, que se indagar: a que custo? Tal arrefecimento da litigiosidade é, apenas, consequência do aprimoramento da gestão ou resultado, também – e, teme-se, principalmente –, de uma flagrante violação das garantias processuais do cidadão?

É certo que a ampliação do acesso à atividade jurisdicional, somada à judicialização em massa de questões sensíveis ao Estado brasileiro resultou em uma desmesurada profusão de decisões judiciais contraditórias gerando um cenário de crescente insegurança jurídica, no qual a imprevisibilidade e falta de coerência dos provimentos jurisdicionais indicavam o risco da perda de credibilidade do próprio Poder Judiciário.

Em face deste contexto, a dissertação que ora se apresenta propõe-se a considerar a problemática do enfrentamento da insegurança jurídica e falta de estabilidade e coerência da jurisprudência brasileira, num cenário de intensa litigiosidade, que, no entanto, não pode ser suprimida, reprimida ou desjudicializada, uma vez que, não raras vezes, externaliza a luta pela efetivação de direitos sociais e a defesa e salvaguarda de direitos humanos fundamentais.

Ao contrário, deve-se buscar o aprimoramento contínuo da prestação jurisdicional, pautado pelo compromisso inarredável de oferecer aos jurisdicionados melhores decisões – que se supõem, minimamente justas – e em tempo célere – ou, no mínimo, que não exceda a sua capacidade de suportar o ônus da demora imposta. Acima de tudo, é necessário considerar-se a constitucionalidade das alternativas propostas com a finalidade precípua de “desafogar” o Judiciário, ainda que, para tanto, tenham por efeito violar direitos e garantias constitucionais.

É necessário, portanto, que se reflita sobre a propalada “crise da Justiça”, decorrente não apenas da lentidão processual e sobrecarga de processos nos tribunais: há que considerar-se a ausência de uniformidade da jurisprudência e da burocratização procedimental como fatores que participam, de forma intensa, deste processo.

Por óbvio, não há como ignorar ou negar as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, em especial, após o processo de redemocratização do país e com

de processos baixados no ano passado – 1,2 milhão a mais que em 2017. Um processo recebe baixa quando é enviado a um tribunal ou instância diferente, após transitar em julgado ou caso seja arquivado em definitivo”. Reportagem disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-pendentes-na-justica-apresentam-queda-inedita/> acessada em: 12 de julho de 2020.

os crescentes níveis de complexização da vida social. No entanto, a celeridade não pode ser buscada “a qualquer custo”, em especial quando o sacrifício comprometer as garantias constitucionais do processo.

Disto posto, necessário entender que, com o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – um novo elemento é introduzido na busca de soluções para a crise acima apontada. O novel diploma legal insere no ordenamento jurídico brasileiro um microssistema de precedentes vinculantes e, dentre eles, um específico instituto processual, que se encontra previsto em seus artigos 976 a 987, denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

A presente pesquisa pretende abordar criticamente o IRDR, seu procedimento e efeitos do julgamento no âmbito específico da Justiça Militar, verificando se estará garantida, a participação das partes, sua representatividade, e, ainda, a repercussão na atuação jurisdicional do juiz de primeira instância.

Para tanto, o trabalho se propõe, uma vez enfrentados os marcos teóricos que dão escopo à revisão bibliográfica, efetuar a análise qualitativa do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000, julgado pelo Superior Tribunal Militar.

A dissertação divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo busca-se refletir sobre os efeitos da suposta aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* e sua repercussão sobre a estabilidade e coêrencia da jurisprudência. Para lograr êxito em tal empreitada, o capítulo foi dividido em quatro seções. Na primeira seção, foram avaliados os sistemas do *common law* e *civil law* no direito processual brasileiro, a evolução da uniformização da jurisprudência na Constituição Federal de 1988 e as ações de controle concentrado e seus efeitos vinculantes; a segunda seção versou sobre a objetivação dos julgados, o papel de corte de vértice do Supremo Tribunal Federal e o microssistema de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015; a terceira seção analisou o incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro; a quarta e última seção sobre o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a natureza jurídica da decisão padrão do IRDR e necessidade de fundamentação.

O segundo capítulo versa sobre o Superior Tribunal Militar e seu papel na jurisdição constitucional e as garantias constitucionais do processo. Este capítulo busca refletir sobre o papel do Superior Tribunal Militar na jurisdição constitucional e

as garantias constitucionais do processo. Na primeira seção, examinar-se-á o Direito Penal Militar, os pilares fundamentais da disciplina e hierarquia, o sistema do escabinato e a fixação das teses jurídicas; na segunda seção será considerada a natureza do Superior Tribunal Militar; na terceira seção, a Lei de Organização da Justiça Militar da União com as alterações da Lei Federal 13.774/2018; na quarta seção, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Regimento Interno do STM. Finalmente, na quinta e última seção, serão analisadas as garantias constitucionais do processo aplicadas ao Processo Penal Militar.

O último capítulo da pesquisa objetiva, no contexto da necessária uniformização da jurisprudência e das decisões judiciais militares, analisar a aplicabilidade ou não dos instrumentos constantes do microssistema de precedentes vinculantes do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 ao processo penal militar e suas características primordiais, avaliando a compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o processo penal militar e suas especificidades.

Na sequência, realizar-se-á uma análise crítica do único precedente relativo ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito da Justiça Militar da União, para, então, verificar seus argumentos e fundamentos sob o prisma da realidade dos fatos e das normas jurídicas.

Por fim, buscar-se-á explorar as possíveis consequências, sejam positivas ou negativas, da utilização do instituto do Incidente na Justiça Castrense Federal e na seara processual penal militar com ênfase primordial nas características que distinguem esse ramo especializado do Poder Judiciário da União dos demais.

1. SEGURANÇA JURÍDICA, ESTABILIDADE E UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS

O presente capítulo busca refletir sobre os efeitos da suposta aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* e sua repercussão sobre a estabilidade e coêrência da jurisprudência.

Para lograr êxito em tal empreitada, o capítulo foi dividido em quatro seções. Na primeira seção, foram avaliados os sistemas do *common law* e *civil law* no direito processual brasileiro, a evolução da uniformização da jurisprudência na Constituição Federal de 1988 e as ações de controle concentrado e seus efeitos vinculantes; a segunda seção versou sobre a objetivação dos julgados, o papel de corte de vértice do Supremo Tribunal Federal e o microssistema de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015; a terceira seção analisou o incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro; a quarta e última seção sobre o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a natureza jurídica da decisão padrão do IRDR e necessidade de fundamentação.

1.1 Os Sistemas do *Common Law* e *Civil Law* no Direito Processual Brasileiro e A Evolução da Uniformização da Jurisprudência na CRFB/88: as ações de controle concentrado e seus efeitos vinculantes

O direito brasileiro, de origem romano-germânica, diferentemente do sistema do *common law*, fez da lei sua principal fonte e, por isso, erigiu suas bases na legislação positiva, isto é, nas normas codificadas, tidas como único fundamento para a prolação de uma decisão judicial.

Desta forma, tradicionalmente no Brasil não havia qualquer preocupação com os precedentes dos Tribunais³, pois o que devia ser perseguido sempre – independentemente de qualquer outro fator – era o conteúdo da lei. De fato, o sistema

³ Veja-se: LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>>. Acesso em: 12 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>.

jurídico nacional sustentava-se na firme ideia de que ao se aplicar a lei – concebida como manifestação da soberania popular exercida por meio de seus representantes eleitos –, estaria garantida a segurança jurídica. Tal é o que observa Luiz Guilherme Marinoni:

(...) Se no *civil law* imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver⁴.

Ocorre, porém, que a experiência vivenciada pelo Brasil não confirmou a expectativa de segurança jurídica, da igualdade e da previsibilidade da atividade hermenêutica exercida sobre a fonte principal do nosso direito: as leis em sentido lato. Pelo contrário, convém considerar-se, mais uma vez, a advertência de Marinoni:

(...) é curioso que no *civil law*, mesmo após se ter percebido que a interpretação judicial não é um ato mecânico, nada se fez contra a cotidiana profusão de decisões diferentes para casos substancialmente iguais (...) Há que se dizer, sem qualquer constrangimento, que a doutrina do *civil law* cometeu pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante para tanto ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência derivada da produção de decisões diferentes para casos que merecem a mesma solução⁵.

Relevante sublinhar que, como bem coloca Rodolfo de Camargo Mancuso⁶, nos países do *civil law* há ainda outra circunstância preponderante para a insegurança jurídica: as denominadas cláusulas abertas, os conceitos vagos e indeterminados contidos nas leis, o que transfere ao órgão incumbido da atividade interpretativa a sua devida compreensão e amplitude de incidência aos casos concretos.

Diante da proliferação de decisões judiciais nos mais diversos sentidos – e, até recentemente, sem qualquer instrumento apto a evitar tal cenário que vilipendia frontalmente a ideia de igualdade perante o Poder Judiciário – o que hoje se vê, conforme aduz Osmar Mendes Paixão Côrtes⁷, é justamente a busca pela observância

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 53.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 55.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p.51.

⁷ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário,**

aos precedentes, às teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em clara intenção de se privilegiar a racionalização das decisões judiciais. Neste sentido, Marinoni⁸ chega a denominar de “piada de mau gosto” a possibilidade de decisões judiciais distintas sobre os mesmos fatos possam coexistir⁹.

Do exposto, percebe-se a intenção de salvaguardar a segurança jurídica das decisões judiciais que inspirou o legislador ordinário a inserir no Código de Processo Civil de 2015 institutos de uniformização da jurisprudência, de forma a gerar a previsibilidade da prestação jurisdicional e, em consequência, o aumento do grau de confiabilidade da sociedade no Poder Judiciário¹⁰.

Para bem compreender a mudança paradigmática que se encontra em curso no Brasil, através de uma série de aproximações sucessivas com o direito anglo-saxão, faz-se necessário estudar as escolas do *civil law*, do *common law* e a doutrina do *stare decisis* de forma a se analisar o aparente processo de hibridização pelo qual vem passando o Brasil.

Desta forma, mostra-se relevante e necessário considerar-se a adoção pelo ordenamento jurídico interno do microsistema de precedentes obrigatórios sob a perspectiva da segurança jurídica e, ao fim, analisar a tendência à objetivação dos julgados do Supremo Tribunal Federal, que ora se propaga pela totalidade do sistema.

A ideia de se uniformizar a jurisprudência, como bem pontua Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹, apresenta-se como garantia inexorável do primado da

recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4 ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2017, p. 1.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 82.

⁹ Veja-se o que coloca o autor supracitado: “(...) A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p.p. 82-83).

¹⁰ É pertinente registrar que, considerando esta perspectiva, tornou-se mais do que necessária a revisão do papel das Cortes Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência recente da Suprema Corte indica o caminho de “mão única” da objetivação de seus julgados para a fixação de teses obrigatórias aos demais órgãos do Poder Judiciário. Faz-se necessário analisar o papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal no contexto da mudança de paradigma de sua jurisprudência, cujas características vão determinar o caminho a ser seguido tanto pelos Juízes como pelos jurisdicionados diante dessa nova realidade: os primeiros pela observância das teses jurídicas firmadas, enquanto que os demais pelo respeito à jurisdição da Suprema Corte sem abusar das medidas e instrumentos processuais de sua competência.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016, p. 487.

segurança jurídica, da previsibilidade, da estabilidade, da igualdade perante as decisões judiciais, da coerência, da economia processual e eficiência, bem como reforça e homenageia a confiança no Poder Judiciário.

De fato, aduz Sidnei Agostinho Beneti¹², a “sobrevivência de teses contraditórias no mesmo tribunal” mostra-se não só incompreensível, como inaceitável para os jurisdicionados, quando estes observam que “casos absolutamente idênticos” recebem “desfecho diverso”. Tal incoerência ocasiona, além do desprestígio da decisão judicial, o arrefecimento ao “respeito espontâneo da norma”, tendo por consequência o descrédito na Justiça e a “suposição de influências ignotas, por perseguição ou favorecimento”.

O sistema de precedentes funciona como um mecanismo que se propõe a garantir a estabilidade do que é decidido pelo Poder Judiciário, independente do assunto, tema ou procedimento por ele utilizado – o que pode se revelar útil ao sistema judicial brasileiro.

Segundo Guilherme Bacelar Patrício de Assis¹³, o *stare decisis*¹⁴ tem origem na expressão latina *stare decisis et non quieta movere* – respeitar as coisas já decididas e não mexer no que está estabelecido¹⁵. No campo do direito, o termo refere-se à doutrina segundo a qual das decisões de um órgão judicial derivam precedentes que estabelecem regras para os julgamentos futuros e vinculam futuras decisões. Neste sentido, Guilherme Bacelar Patrício de Assis assevera que:

¹² BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, set. 2007, p. 335. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41662>>. Acesso em: 09 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v246.2007.41662>.

¹³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de A **história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 295-316, jul./dez. 2015 DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295.

¹⁴ Observe-se que para Alf Ross (2000) a doutrina do *stare decisis* é “uma ideologia mantida por certas razões com o intuito de ocultar aos seus propugnadores e aos demais a função criadora de direito detida pelos juízes, e transmitir a impressão falaciosa de que estes apenas aplicam o direito existente, o qual pode ser determinado em virtude de um conjunto de regras objetivas como indica a doutrina de *stare decisis*.” (ROSS, Alf. Direito e justiça, São Paulo, Edipro, 2000, p. 115).

¹⁵ Segundo Assis, o brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, significa, literalmente, “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto”. Segundo o autor, o instituto “prescreve que as regras e princípios jurídicos emanados dos precedentes judiciais exarados pelos tribunais (*ratio decidendi*) vinculam o próprio tribunal e os demais órgãos jurisdicionais inferiores, que devem aplicá-lo a casos iguais ou substancialmente semelhantes. Em termos mais singelos, a doutrina do *stare decisis* simplesmente preconiza ser dever dos juízes e dos tribunais seguir os precedentes, aderir ao direito já posto”. (ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de A **história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 306. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295).

(...) A doutrina do *stare decisis* traduz-se, em uma nota, na ideia de respeito aos precedentes. A força vinculante do precedente, por seu turno, repousa em sua *ratio decidendi*, que consiste na regra ou princípio reconhecido na decisão e que se torna fonte do direito. O *stare decisis* funda-se na necessidade de garantir, a um só tempo, a integridade, a unidade, a coerência, a cognoscibilidade e a previsibilidade do sistema jurídico, e, bem ainda, de promover o princípio da igualdade, conferindo tratamento igual a casos iguais (*treating like cases alike*). Julgamentos contraditórios entre si abalam seriamente todos os valores acima mencionados, provocando enorme insegurança jurídica para a sociedade em geral e causando injustiça aos particulares, individualmente considerados, em posições virtualmente idênticas. O *stare decisis* foi concebido como uma importante ferramenta de limitação da discricionariedade judicial e, por conseguinte, do papel político do Poder Judiciário no contexto da doutrina da separação das funções estatais¹⁶.

Em complemento às colocações de Assis, Mariana Capela Lombardi Moreto observa que, via de regra:

(...) nos sistemas de *common law*, em que prevalece o direito casuístico, o precedente judicial assume função diferente daquela que exerce nos sistemas de *civil law*, provenientes da Europa continental, de tradição romano-germânica, em que predomina o direito codificado. Nem por isso se pode dizer que o precedente judicial é pouco importante para os países de *civil law*, embora, sem dúvida, assumam papel muito mais central nos países de *common law*, onde os tribunais são os protagonistas na edição das normas gerais obrigatórias, que regulam e conferem equilíbrio às relações jurídicas¹⁷.

Para Moreto, trata-se de uma “questão de método”, pois, se por um lado no sistema do *civil law* advogados e juízes remetem-se, primeiramente, à lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, no *common law* dá-se o inverso: os *cases* são avaliados em primeiro lugar e, a “partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita”. De fato, observa a autora, essa característica demonstra que, no “*common law*, o *case law* é a regra, ao passo que o *statute law* é a exceção, de função meramente integrativa, secundária e complementar”¹⁸. A autora sublinha, que, dadas essas premissas:

(...) nesse sistema, o precedente judicial tem, em regra, papel vinculante, coercitivo (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se

¹⁶ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de A **história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 307. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

¹⁷ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 13.

¹⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 13.

funda no princípio do *stare decisis*, segundo o qual a decisão cria direito, impondo aos juízes o dever funcional de seguirem em casos sucessivos a orientação adotada anteriormente em caso análogo¹⁹.

Assis, por seu turno, comenta que, na tradição do *common law*, os precedentes judiciais constituem-se a fonte primária do direito. De fato, segundo o autor:

Os juízes sempre gozaram do *judge-made-law*, ou seja, do poder de criar o direito, o qual se encontra precipuamente nas regras e princípios gerais extraídos dos precedentes. Classicamente, as leis (*statutory law*) eram consideradas fontes secundárias do direito inglês, cuja função cingia-se, no mais das vezes, a complementar ou corrigir, pontualmente, o direito criado pelos tribunais. Sublinhe-se, porém, que Poder Judiciário tinha o dever de aplicar as leis existentes. Nada obstante, não se pode olvidar que a lei era tida como uma “peça estranha” no sistema jurídico inglês. A norma contida na lei só era definitivamente revelada e plenamente incorporada no direito inglês após sua interpretação e aplicação pelos tribunais, momento em que se tornava efetivamente cognoscível. Mas tão logo fosse possível, somente eram citadas as decisões que aplicaram a lei, ao invés do próprio texto dessa lei²⁰.

Em contraste com este sistema, no *civil law*, destaca Moreto²¹, o “precedente judicial interpreta, em geral, papel de cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*)”, portanto, a jurisprudência, em especial, a que tem por origem os tribunais superiores, “possui a função de orientar e de nortear a interpretação da lei pelos juízos inferiores, mas não necessariamente obriga que se adote o mesmo entendimento”²².

Por seu turno, Vanessa Rahal Canado²³ alerta que subjaz uma questão cultural em torno da valorização das decisões judiciais, isto é, “o reconhecimento de que a jurisprudência é importante para garantir a orientação da conduta de indivíduos para além do processo” e, por essa razão, faz-se necessária a “estabilização dos entendimentos proferidos”, o que não seria possível apenas com mudanças legislativas. Convém, neste sentido, recorrer a Georges Abboud, que observa:

(...) após uma breve análise do *common law*, e, respectivamente, da

¹⁹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 13.

²⁰ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p.p. 303-304 DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295.

²¹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 13.

²² MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 14.

²³ CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade Tributária e Decisão Judicial**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, 2014, p. 162.

doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, torna-se fácil constatar a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante²⁴.

A respeito do precedente, Vanessa Rahal Canado²⁵ reporta que, no *common law*, embora o termo seja frequentemente utilizado “na mesma acepção da doutrina do *stare decisis*”, ambos em referência à “aplicação de entendimentos anteriores a casos julgados posteriormente”, é possível apontar suas diferenças:

(...) A doutrina do precedente foi o encaminhamento natural dos sistemas jurídicos que seguiram o modelo inglês, além da própria Inglaterra. Considerando que decisão judicial era o instrumento regulador de condutas, a necessidade de previsibilidade fez surgir a doutrina dos precedentes (utilização de parâmetros de decisões anteriores para julgamento de casos posteriores). A doutrina do *stare decisis* propriamente dita surge mais tarde, “mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela corte, dispensáveis à decisão e, desse modo, não eram vinculantes”²⁶. Na doutrina dos precedentes era necessário haver um corpo de decisões no mesmo sentido para se outorgar a obrigação (não legal, mas cultural) de segui-lo. Na atual doutrina do *stare decisis*, basta uma decisão²⁷.

Moreto²⁸ afirma que na formação do direito inglês, os juízes não dispunham de um “sistema de regras preestabelecidas” e que lhes cabia “não apenas a aplicar, mas, sobretudo revelar o direito que devia ser aplicado, retirando-o das convicções da

²⁴ ABOUD, Georges. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência Dotada de Efeito Vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493.

²⁵ CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade Tributária e Decisão Judicial**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, 2014, p. 170.

²⁶ Veja-se STRECK e ABOUD (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.p. 36-42).

²⁷CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade Tributária e Decisão Judicial**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, 2014, p.170.

²⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 75.

população”. Portanto, “não havia uma regra que obrigasse a vinculação ao precedente; havia apenas a tradição de respeitar as decisões da mesma corte ou das cortes hierarquicamente superiores”²⁹.

De acordo com a autora, foi nos idos do século XIX que o precedente judicial no *common law* passou a assumir:

(...) eficácia vinculante (*binding precedent*). No julgamento do caso *Beamish vs. Beamish*, conduzido em 1861 por Lord CAMPBELL, restou estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar sua própria autoridade nos julgamentos. O entendimento foi reiterado em 1895 no caso *Bradford vs. Pickles* e foi definitivamente reconhecido em 1898 no caso *London Tramways Company vs. London County Council*. Consolidou-se então na Inglaterra a moderna teoria do *stare decisis* (que, portanto, não nasceu junto com a *common law* e com ela não se confunde), concebida por Sir Baron Parke J., segundo a qual o precedente passa a assumir força obrigatória. Costuma ser dito que essa regra propicia uma quádrupla vantagem: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade³⁰.

A autora sustenta que a “força vinculante dos precedentes para os juízes tem seu centro de gravidade no princípio da universalização, de acordo com o qual casos similares devem ser tratados de forma análoga”³¹. Frisa também que “a esse princípio ético se associam outros fins políticos”, quais sejam:

(1) tornar os julgamentos racionais e previsíveis; (2) proteger a confiança que as decisões anteriores tenham gerado, inclusive quanto à imparcialidade do sistema judiciário; (3) permitir que os Tribunais focalizem, gradualmente, questões novas³².

Assim, avalia Moreto, quando considerado em termos gerais, o “afastamento da regra só é possível nas hipóteses em que fatos relevantes se coloquem entre a situação presente e a situação que deu origem ao precedente, diferenciando os casos”. Ocorrendo a hipótese de descumprimento, deve-se aplicar o *contempt of court* – “Aquele que viola uma decisão da corte torna-se culpado por contumácia e corre o risco de ser preso”³³.

²⁹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 75.

³⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p.p. 75-76.

³¹ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 76.

³² MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 76.

³³ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012, p. 76.

Essencialmente, o efeito vinculante das decisões depende da posição hierárquica do prolator da decisão. O julgamento normalmente vincula a própria corte (eficácia interna ou horizontal) e os órgãos hierarquicamente inferiores (eficácia externa ou vertical). O precedente judicial não deve ser automaticamente aplicado; antes, os elementos objetivos do caso que gerou o precedente e a regra jurídica que sustenta a decisão (*ratio decidendi*) devem ser cotejados com o caso concreto.

Outro ponto a ser considerado, de acordo com Victor Vasconcelos de Miranda³⁴, é que a normatividade de um precedente se encontra na *ratio decidendi*. Verificando-se a similitude da base fática, a regra jurídica consubstanciada na *ratio decidendi* do caso precedente é aplicada. Entretanto, aduz, “quando não houver a identidade – compreendida como *identidade substancial* – não há que se falar em aplicação do *precedente*”³⁵. Victor. Vasconcelos de Miranda observa que:

Basicamente, a distinção relaciona-se com a argumentação de que os fatos relevantes do precedente (*material facts*) ou a lógica da decisão extraível da fundamentação (*substantive rationales*) não são aplicáveis aos fatos do caso em julgamento em virtude de suas especificidades, desautorizando a incidência da norma do precedente³⁶.

Nestas hipóteses, adverte Miranda, realiza-se o que o *common law* denomina de *distinguishing*. “A distinção representa, então, a disparidade da *base fática* do caso-julgamento em relação ao *caso-precedente*, que desautoriza a subordinação do caso-julgamento à *ratio decidendi* do precedente”. Deste modo, percebe-se que *distinção* “nada mais é do que a suficiência das diferenças entre os casos que afasta a regra do precedente, impedindo que ela projete efeitos jurídicos no caso em julgamento”³⁷.

Observa o autor que a utilização da técnica de distinção não é “uma carta em branco à arbitrariedade dos julgadores”, pois, não se trata de um “critério discricionário de aplicação do precedente”³⁸. Miranda afirma que os julgadores que, porventura,

³⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

³⁵ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

³⁶ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

³⁷ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

³⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

tentarem:

Realizar distinções incabíveis com base em fatos irrelevantes (imaterial facts) ou critérios irrelevantes são facilmente descobertos pelos advogados e outros juízes, que posteriormente identificam a atuação desrespeitosa do julgador, o que acaba comprometendo a própria credibilidade do julgador e mesmo do judiciário. Assim, o poder de distinção que é facultado aos julgadores não significa uma concessão à arbitrariedade, mas, sim, a necessidade de respeito ao precedente e à sua normatividade³⁹.

Miranda sustenta que, para correta operacionalização da *distinção* no sistema de precedentes, deve haver uma adequada compreensão acerca da *ratio decidendi* do precedente, para então, “verificando-se os fatos materiais do caso precedente” – os que são identificados como substanciais à tomada da decisão no raciocínio judicial –, “cotejá-los com o caso em julgamento com a finalidade de definir se há ou não subordinação ao caso precedente”⁴⁰.

A demonstração de “diferenças fáticas ou de não incidência da *ratio decidendi* no campo de atuação do caso em julgamento” é, segundo Miranda⁴¹, propriamente, a distinção expressa. O autor destaca que o passo inicial para realização da distinção é a separação, no caso precedente, do que diz respeito à *ratio decidendi* “daquilo que se materializa em *obiter dictum*”⁴², de modo que se possa aferir qual é a normação do precedente”. Deve-se, portanto, afirma Miranda:

(...) separar os fatos que são materialmente importantes daqueles que são desimportantes para compreensão da *ratio decidendi*, e depois alocá-los nas categorias assimiláveis, que funcionarão como diretrizes à identificação da subordinação ou não à unidade fática do caso julgamento com o caso precedente⁴³.

³⁹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 168.

⁴⁰ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 169.

⁴¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 169.

⁴² Observe-se, neste sentido, o que afirma Daniel Carneiro Machado: “A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* se mostra fundamental em um sistema de precedentes vinculantes, como o proposto pelo CPC/2015, na medida em que o efeito vinculante reside somente no elemento essencial da fundamentação, isto é, na parte do ato decisório que compõe a *ratio decidendi*”. (MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 234).

⁴³ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 169.

A distinção sustenta⁴⁴, não implica abandono da norma do precedente, “apenas na imprestabilidade daquele padrão normativo para servir de fundamento justificador à tomada da decisão no caso em julgamento”. O autor aduz que a diferença fática entre os casos, no entanto, nem sempre é suficiente para optar-se pela inaplicabilidade do precedente. É que os fatos, afirma, “não são absolutamente iguais”. Portanto, argumenta Miranda:

(...) é preciso argumentar a distinção à luz dos fatos materialmente importantes – *material facts* – e que justificam o afastamento da norma do precedente. Do contrário, ter-se-ia um sistema ilógico e não operativo, já que qualquer distinção fática entre os casos autorizaria o desrespeito ao padrão de conduta que restou estratificado na norma do precedente⁴⁵.

Por esse motivo, afirma o autor, para fins da distinção, não é suficiente que o julgador aponte que são “fatos divergentes”, mas, sim, que “argumente motivadamente e de forma racional como as distinções entre os casos desautorizam a conclusão jurídica firmada no precedente, e que, via reflexa, autoriza o afastamento da norma do precedente”⁴⁶.

Por seu turno, a técnica de superação – *overruling* –, de acordo com Miranda⁴⁷, é voltada ao dinamismo do sistema de precedentes. Segundo o autor, tal ocorre porque que ela “viabiliza a superação do entendimento anteriormente sedimentado e que não mais apresenta os valores de consistência sistêmica e congruência social, devendo, portanto, ser superado”⁴⁸. Segundo o autor, o *overruling*:

(...) viabiliza a evolução do direito, sem irromper com os predicados que qualificam a utilização dos precedentes judiciais. Bem utilizado, o *overruling* promove o próprio *stare decisis*, todavia, sobre outra vestimenta. É de rigor anotar que o direito não é estanque, tampouco pode sê-lo diante das normas que são construídas pelos julgadores; esta é a principal razão para que não haja o engessamento da ordem jurídica e que consubstancia a funcionalidade da superação. Não há,

⁴⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 170.

⁴⁵ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 170.

⁴⁶ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 170.

⁴⁷ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 196.

⁴⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 196.

logicamente, ruptura com a ideia de obrigatoriedade de observância dos precedentes, entretanto, aqueles que não mais se revestem dos predicados qualificadores precisam ser expurgados do sistema, e isto se dá através da técnica de superação⁴⁹.

A superação do precedente, afirma Miranda, se dá “quando se constata as suas condições de superabilidade e que estão materializadas na falta do padrão de congruência social e consistência sistêmica da norma do precedente”, e, também, quando se verifica que os valores que dão suporte ao *stare decisis* “não são mais identificáveis, como a estabilidade, a isonomia e a própria confiança justificada, que não justificam mais a permanência de observância àquela norma jurídica – *ratio decidendi*”⁵⁰.

Assis⁵¹, por seu turno, identifica que, tanto *distinguishing* quanto *overruling* e o *reversal*, constituem-se como *judicial departures*⁵² – que são:

(...) casos especiais de afastamento de uma regra ou de um princípio inscrito em uma decisão pretérita, desenvolvidos dentro da teoria dos precedentes e que são plenamente compatíveis com a doutrina do *stare decisis*⁵³.

Segundo o autor⁵⁴, a distinção entre o *overruling* o *distinguishing* é que, neste último, o afastamento do precedente não implica seu abandono e, sim, apenas sua “não aplicação em determinado caso concreto”, o que pode ocorrer por meio da “criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial”, ou,

⁴⁹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 196.

⁵⁰ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 196.

⁵¹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 313. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

⁵² “O *stare decisis* consubstancia uma doutrina que sistematiza os precedentes no centro da *common law* através da extração da *ratio decidendi* e das *obiter dicta* para a incidência indedutiva em casos posteriores; despoja os precedentes de caráter absoluto e consagra um gênero de métodos de decisão voltados para a alteração das orientações jurisprudenciais em um contexto de produção judicial do direito (*judge make-law*), como o *distinguishing*, o *overruling* e o *reversal*, denominados *judicial departures*” (ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, 2015, p.p. 312-313. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295).

⁵³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 313. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

⁵⁴ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 313. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

através de uma “interpretação restritiva desta norma”⁵⁵.

Luiz Fux e Fernando Pessôa Silveira Mello⁵⁶, por seu turno, asseveram que, nos dias atuais, é possível perceber-se uma “perspectiva inovadora da dimensão em que o Estado-juiz deve desenvolver sua atividade jurisdicional na busca por segurança jurídica, previsibilidade e razoabilidade”. A ideia de se uniformizar a jurisprudência apresenta-se, desta forma, como garantia inexorável do primado da segurança jurídica. De acordo com os autores, este processo de valorização da jurisprudência no âmbito do sistema judicial brasileiro:

(...) vem ganhando contornos cada vez mais fortes durante os últimos anos e teve como catalisador inicial a promulgação da Constituição Federal de 1988 com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, colocando fim à supremacia absoluta da atividade legiferante e fazendo ascender institucionalmente o Poder Judiciário⁵⁷.

Os autores afirmam que o advento da Carta Republicana de 1988 alargou o campo de utilização das ações diretas e dotou com maior autonomia o Procurador-Geral da República ao “eliminar a hipótese de sua exoneração *ad nutum*”, bem como aumentou o “número de legitimados aos referidos instrumentos concentrados”⁵⁸, e criou:

(...) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade⁵⁹, cujas decisões produzem efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta de todas as esferas⁶⁰.

De igual forma, afirmam os autores, a alteração do texto constitucional por meio

⁵⁵ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de **A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 313. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

⁵⁶ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 50.

⁵⁷ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 36.

⁵⁸ Artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

⁵⁹ Emenda Constitucional n. 3, de 1993.

⁶⁰ Art. 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988.

da Emenda Constitucional 45, de 2014, “inovou ao criar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que igualmente serão de observância obrigatória”⁶¹. Nesse sentido, esclarecem:

(...) tanto as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade como os verbetes sumulares vinculantes constituem importante mecanismo para uniformizar a interpretação do texto constitucional com efeitos obrigatórios ⁶².

Fux e Mello⁶³ sustentam que, seguindo o mesmo direcionamento, “também o legislador infraconstitucional introduziu outros instrumentos que buscam valorizar a jurisprudência, primeiramente na vigência do Código de Processo Civil de 1973”⁶⁴. Tais instrumentos são:

O incidente de uniformização de jurisprudência⁶⁵; a possibilidade do relator inadmitir monocraticamente recursos que contrariassem súmulas ou jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, ou desse provimento a recursos que abrigassem tais situações⁶⁶; o afastamento do cumprimento do *full bench* no controle de constitucionalidade incidental quando já existente precedente do Supremo Tribunal Federal ou da própria corte incumbida do julgamento do feito⁶⁷; a desnecessidade do reexame necessário em condenações da Fazenda Pública de acordo com a jurisprudência do STF ou de Tribunal Superior⁶⁸; a repercussão geral do recurso extraordinário nos termos da Emenda Constitucional 45/2014 e a inauguração da via dos

⁶¹Art. 103-A da CRFB/88. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁶² FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessoa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessoa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 35.

⁶³ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessoa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessoa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 36.

⁶⁴ Neste sentido, veja-se ainda: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34.

⁶⁵ Artigo 476 do CPC de 1973, sem correspondente no CPC de 2015.

⁶⁶ Lei n. 9.756/1998 que alterou o art. 557, *caput* e parágrafo 1º, do CPC de 1973.

⁶⁷ Lei n. 9.756/1998 que alterou o art. 481, parágrafo único, do CPC de 1973.

⁶⁸ Lei n. 10.352/2001 que alterou o art. 475, parágrafo 3º, do CPC de 1973.

recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos⁶⁹.

Os autores afirmam que o Novo Código de Processo Civil de 2015⁷⁰ afigurou-se como “um ícone de transformação do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pela função central que os precedentes assumiram no sistema processual”⁷¹. Verificou-se um grande progresso nos “instrumentos de uniformização de jurisprudência, que passaram a existir também nos tribunais de segundo grau”⁷². Fux e Mello argumentam:

O prisma da boa-fé do Estado-Juiz se materializa com um sistema coerente e racional que preserva a segurança jurídica e fortalece a crença social no Poder Judiciário, preocupação central contida no art. 926 do CPC/2015: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁷³.

Quanto à obrigatoriedade de observância dos precedentes, Miranda⁷⁴ adverte que, nesse tema, prevalece a corrente sustentada por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, a qual relaciona esta obrigatoriedade somente àqueles emanados das Cortes Supremas, uma vez que estas detém a “função constitucional de uniformização da interpretação da Constituição Federal e da legislação federal”. Miranda sustenta que, para os autores citados, não se trata “apenas de um critério formal ou quantitativo, mas sim material e qualitativo”, sendo que, por esta razão, não

⁶⁹ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 36.

⁷⁰ Lei n. 13.105/2015.

⁷¹ Veja-se: FUX, Luiz; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios. In: GUERRA, SIDNEY; BARROSO FILHO, JOSÉ; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. **30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**: da teoria constitucionalista aos tribunais superiores. Curitiba: Instituto Memória, 2018, p. 164.

⁷² FUX, Luiz; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 36.

⁷³ FUX, Luiz; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 36.

⁷⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 36.

são considerados precedentes aqueles dispostos pelo art. 927 do NCPC/2015 caso não se verifique o “compartilhamento majoritário dos fundamentos determinantes suficientes, claramente identificáveis, nos pronunciamentos judiciais para constituição de precedentes obrigatórios”⁷⁵.

1.2 A Objetivação dos Julgados, o Papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal e o Microssistema de Precedentes Vinculantes no CPC/2015

Ainda de acordo com Fux e Mello⁷⁶, a objetivação dos julgados do Supremo Tribunal Federal “encerra um paradoxo existente até então: a depender da capa do processo⁷⁷, as decisões prolatadas pelo plenário do STF poderiam acarretar efeitos completamente distintos”. De fato, observam os autores:

(...) em caso de controle concentrado de constitucionalidade, a tese firmada vincularia os demais órgãos do Poder Judiciário e a própria Administração Pública, enquanto que na hipótese de controle difuso, a decisão da Corte Maior se limitaria a produzir efeitos *inter partes* de forma a solucionar a lide privada travada nos autos. Não é esse Supremo Tribunal Federal que o país precisa e a realidade brasileira suporta⁷⁸.

Os autores⁷⁹ prosseguem com sua análise, alertando que o papel do Supremo Tribunal Federal limitado à análise dos “casos sub examine nos limites estritos de seus instrumentos” é uma “perspectiva ultrapassada” que esvaziava a “função de guarda da Constituição Federal” frente à:

⁷⁵ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 36.

⁷⁶ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

⁷⁷ “Capa do processo” aqui entendida como a depender do instrumento jurídico a ser utilizado com o propósito de se demandar a tutela jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

⁷⁹ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 44.

(...) possibilidade dos órgãos inferiores na estrutura do Poder Judiciário – Tribunais e Juízes – permanecerem livres e sem qualquer obrigação de seguir o entendimento por ele firmado, se fazendo necessário que todo processo subisse a escada hierarquizada judicial tão cara à sociedade para a palavra final⁸⁰.

Como consequência deste cenário, aduzem que a aproximação do sistema do “*common law* e do *stare decisis* com o *civil law* adotado pelo Brasil é, deveras, caminho sem retorno rumo à racionalização das decisões judiciais, da segurança jurídica e da crença no Poder Judiciário”⁸¹.

No entanto, Fux e Mello⁸² advertem que a “mudança de paradigma da objetivação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige parâmetros e contornos melhor definidos”. Para que se dê a construção desses parâmetros, segundo os autores, será necessário empreender um “intenso trabalho jurisdicional da Corte com intenção pedagógica aos Tribunais, Juízes e demais intérpretes e operadores”. Descrevem⁸³ descrevem o papel do Supremo Tribunal Federal na persecução deste objetivo como:

(...) proativo, desenvolvidor do direito, que fixa teses prospectivas, preocupa-se com a solução em massa dos litígios, unifica a interpretação do direito – cuja autoridade emana dos poucos casos que julga em análise inversamente proporcional⁸⁴.

⁸⁰ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 44.

⁸¹ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

⁸² FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

⁸³ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

⁸⁴ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 40.

Nesta mesma direção se coloca o Novo Código de Processo Civil, Lei Federal n. 13.105/2015⁸⁵, que, de acordo com os autores⁸⁶, é responsável por introduzir no direito pátrio “a sistemática até então inovadora do regime de formação de precedentes vinculantes com a intenção clara de se prestigiar a jurisprudência estável, íntegra e coerente”, como pode ser constatado na letra da lei:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente⁸⁷.

Em razão desta disposição legal, os Juízes e os tribunais brasileiros passaram a ter a obrigação de observar e cumprir não apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmulas vinculantes⁸⁸, mas também os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados⁸⁹.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a obrigatoriedade de observância⁹⁰ das teses firmadas no âmbito destes instrumentos processuais

⁸⁵ Com as alterações posteriores, em especial as provenientes da Lei Federal n. 13.265/2016.

⁸⁶ FUX, Luiz; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. O papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal: a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o sistema de precedentes obrigatórios in FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO Fernando Pessôa da Silveira. **A Constituição da República – segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do STF**. Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 45.

⁸⁷ “O conceito de jurisprudência estável determina que não deve ocorrer frequente alteração de entendimentos consolidados, isto é, os tribunais estão obrigados a respeitar os seus próprios entendimentos. Jurisprudência íntegra é aquela que foi desenvolvida historicamente pelo respectivo tribunal levando em consideração todos os fundamentos trazidos em julgamentos que versaram sobre os mesmos fatos, enquanto que jurisprudência coerente é o dever do tribunal decidir de forma igual casos análogos, aplicando o mesmo raciocínio jurídico a situações idênticas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016, p. 490).

⁸⁸ A vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem como a observância obrigatória às súmulas vinculantes, decorrem de mandamento direto da Constituição Federal nos artigos 102, parágrafo 2º, e art. 103-A.

⁸⁹ Art. 927 do Código de Processo Civil de 2015.

⁹⁰ Aduz: “(...) conforme entende a doutrina amplamente majoritária, o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, ‘observarão’ significa aplicação de forma obrigatória”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016, p.p. 492-493).

constituem o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas normas exigem ampla participação e cognição para os debates de forma a alargar o canal de fundamentação aplicável, as conferindo a maior publicidade possível⁹¹.

Diante destas novas regras processuais⁹² que introduziram no ordenamento jurídico nacional a obrigatoriedade de observância dos precedentes, ou seja, das decisões emanadas do Poder Judiciário, há nítida demonstração da aproximação entre os sistemas jurisdicionais do *common law* e do *civil law* e a imprescindibilidade do respeito aos precedentes no Brasil⁹³.

O modelo de segurança jurídica pretendido pelo sistema do *civil law* por meio do primado da lei e sua estrita aplicação não fora satisfatório mediante a proliferação de decisões judiciais divergentes, passando-se a exigir o sistema de precedentes que assegura a segurança jurídica no *common law* através do *stare decisis* pelo princípio do *treat like cases alike*⁹⁴.

1.3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no CPC/2015

Thiago Freire Fortunato da Silva⁹⁵ reconhece que, originariamente, o direito processual civil tinha como objeto de estudo os litígios individuais, e, conseqüentemente, a legislação pertinente a essa matéria encontrava-se disciplinada objetivando a regulamentação de litígios específicos, entre dois indivíduos.

Contudo, em razão das mudanças verificadas na sociedade, bem como do desenvolvimento dos meios de produção, e, em especial, após o surgimento das *class actions* no direito norte-americano e o advento de outras espécies de litígios,

⁹¹ Neste procedimento de formação e aplicação de precedentes, Fredie Didier Jr. destaca a participação do *amicus curiae*, a intervenção do Ministério Público e ampla publicidade do mesmo (DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 15 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 707).

⁹² O estudo minucioso destes instrumentos processuais não é objeto da futura dissertação, mas sim a análise da mudança do paradigma com a inserção do microsistema de precedentes obrigatórios introduzido em 2015, de forma a se alterar a perspectiva de prolação das decisões judiciais no Brasil.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 81.

⁹⁴ Casos similares devem ser tratados do mesmo modo. Veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p.82.

⁹⁵ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 10.

observou-se a necessidade de inovar as bases teóricas e procedimentais, a fim de tutelar “novos direitos oriundos daquelas espécies de litígios. Assim, surgiram os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”⁹⁶.

Com o advento desses direitos, pontua Silva⁹⁷, surge a concepção de processo coletivo. Para disciplinar essa litigância, foram editados alguns diplomas, tais como a Lei 4.717/1965, que regulamenta as ações populares e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a ação civil pública. Tais diplomas legais, conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor, compõem o sistema de ações coletivas.

Apesar do surgimento desse sistema, observa Silva⁹⁸, ainda remanesceram as demandas repetitivas que, “a despeito da regulamentação das ações coletivas, se multiplicavam”. No entanto, observou-se que as ações coletivas não foram suficientes para resolver as demandas de massa.

Silva⁹⁹ identifica alguns dos motivos pelos quais as ações coletivas não abrangeram todas as demandas repetitivas, dentre eles, aponta o autor: o número insuficiente de associações, de modo que a maioria das ações coletivas tem sido proposta pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, tendo como consequência não alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento; a restrição da atuação das associações; a inadmissibilidade das ações coletivas, em alguns casos; O regime da coisa julgada coletiva, que contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas; A restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, dentre outras limitações¹⁰⁰.

⁹⁶ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 11.

⁹⁷ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 11.

⁹⁸ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 11.

⁹⁹ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 12.

¹⁰⁰ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 12.

Do exposto, é possível perceber, como destacado pelo autor¹⁰¹, que o “regime jurídico do processo coletivo serve aos direitos individuais homogêneos, mas não serve para a tutela jurídica de direitos coletivos homogêneos nem de questões processuais repetitivas”. Ademais, observa:

O art. 928, do Código de Processo Civil brasileiro define como casos repetitivos as decisões proferidas em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos. Além disso, assevera em seu parágrafo único que essa espécie de julgamento poderá ter como objeto questões de direito material e processual. Importa salientar o fato de o recurso de revista repetitivo, o qual está previsto na Lei 13.015/2014 e afeto ao processo do trabalho, também integra o rol de casos considerados repetitivos, a despeito de não gozar de previsão expressa no rol do art. 928¹⁰².

Silva¹⁰³ afirma que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos repetitivos (extraordinário, especial e de revista) estão inseridos no âmbito da jurisdição de massa, pois envolvem uma litigiosidade repetitiva: não se voltam nem à tutela do direito exclusivamente individual nem à tutela do direito coletivo, envolvendo elementos das duas categoriais, o que impõe um processo legal específico para sua efetivação. Nesse sentido, Juliane Dias Facó¹⁰⁴ argumenta:

Dentro do panorama delineado, pode-se falar atualmente em três tipos de litigiosidade no ordenamento brasileiro, quais sejam: a) individual ou “de varejo”, cuja dogmática está presente no sistema tradicional do CPC/73, de caráter individualista; b) coletiva, englobando direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, em que os sujeitos são grupo de pessoas indeterminadas ou determináveis, normalmente representados pelo Ministério Público ou associações (legitimação extraordinária); c) em massa, de alta intensidade ou repetitiva, amparada, em regra, por direitos individuais homogêneos que conduzem “à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa”¹⁰⁵.

¹⁰¹ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 12.

¹⁰² SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 12.

¹⁰³ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 13.

¹⁰⁴ FACÓ, Juliane Dias. Litigiosidade Repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao Processo do Trabalho in **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, Ano V, n. 7, Mar. de 2016, p. 2.

¹⁰⁵ FACÓ, Juliane Dias. Litigiosidade Repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao Processo do Trabalho in **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, Ano V, n. 7, Mar. de

Segundo Silva¹⁰⁶, ambos, os recursos repetitivos e o IRDR, compõem dois microsistemas: “o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação de precedentes obrigatórios”. Tratando de forma sucinta dos microsistemas propriamente ditos, o autor esclarece:

O microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos é formado por normas que caracterizam a conexão por afinidade. Esta nomenclatura se deve ao fato de que os autores das causas repetitivas preenchem os requisitos para serem litisconsortes por afinidade. Porém, por alguma razão, ingressaram individualmente com suas demandas. Ressalte-se que a afinidade entre as causas está presente em algumas questões comuns de fato e de direito, como preceitua o inciso III, art. 113, CPC10. Assim, os casos repetitivos são identificados por versarem pela mesma questão de direito e são suspensos até o julgamento, o qual no Brasil ocorre por meio do sistema denominado de causa-piloto¹⁰⁷.

O autor aponta que, como decorrência do disposto no art. 926, CPC, “os tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la estável e íntegra e coerente” (2017, p. 15). Conseqüentemente, deverão tanto os tribunais quanto os juízes, “observar os acórdãos dos mecanismos que compõem o microsistema, conforme dispõe o art. 927, III, CPC” (2017, p. 15). Silva adverte que, após a formação do precedente obrigatório, “este serve de fundamento para diversos dispositivos do código, tal como o julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III, CPC) e a dispensa da remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III, CPC)”¹⁰⁸.

Daniel Carneiro Machado¹⁰⁹, por seu turno, destaca que a introdução do IRDR “trouxe problemas teóricos e práticos muito relevantes e graves”, pois o novo instituto vem provocando:

(...) questionamentos à constitucionalidade da competência dos

2016, p. 2.

¹⁰⁶ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 10.

¹⁰⁷ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 14.

¹⁰⁸ SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017, p. 15.

¹⁰⁹ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 69.

tribunais ordinários como Cortes de Precedentes, do efeito vinculante das decisões proferidas no IRDR e sua compatibilidade com o contraditório substancial e o papel do juiz na interpretação do direito¹¹⁰.

Machado adverte, ainda, que o IRDR, suprime o direito do autor da demanda individual em optar por prosseguir ou suspender sua ação individual, que “ficará sobrestada automaticamente, submetendo-se aos efeitos vinculantes do julgamento do IRDR”. O autor, também, questiona a falta de controle da representação – essencial para assegurar a “efetiva participação dos interessados no incidente de coletivização e conferir legitimidade ao julgamento dotado de efeitos vinculantes”¹¹¹.

Do exposto, coloca-se, portanto, a pertinência de se verificar – a partir da formação (pretendida) deste microssistema de precedentes – a atuação do STF como corte de vértice, do qual deve emanar a fixação das teses jurídicas e a observância às suas interpretações, de forma a preservar-se a segurança, a previsibilidade e a garantia efetiva modelo processual previsto constitucionalmente, visando, com isto, que o jurisdicionado possa ter seus direitos e garantias preservados, em especial, como será visto nos capítulos posteriores, no âmbito da Justiça Militar.

1.4. A Suspensão das Demandas Repetitivas em Primeiro Grau e o Julgamento do Incidente

O advento do Novo Código de Processo Civil, como anteriormente observado, introduziu no direito brasileiro a sistemática do regime de formação de precedentes vinculantes com a intenção clara de se prestigiar a jurisprudência estável, íntegra e coerente. Este microssistema dos precedentes obrigatórios denota a mudança de paradigma que hoje se evidencia, resultado do acúmulo excessivo de feitos em todo o Poder Judiciário.

Em especial o Supremo Tribunal Federal não pode revestir-se de “corte de varejo” que julga milhares de processos diariamente. Pelo contrário, deve ser

¹¹⁰ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 69.

¹¹¹ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p.69.

desafogado, privilegiando-se o julgamento de casos relevantes, otimizando a sua prestação jurisdicional como “corte de vértice”, fixando teses jurídicas e impondo a observância às suas interpretações de forma a gerar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados e, assim, resguardando e protegendo a federação¹¹².

A postura do Supremo Tribunal Federal vem sendo objeto de alterações em sua jurisprudência, dando claros sinais de que há uma transição de sua função reativa¹¹³ para uma função mais proativa – preocupando-se com os efeitos prospectivos de suas decisões, seja para prevenir violações de legalidade, seja para fomentar a evolução e a transformação do próprio direito¹¹⁴.

Recente postura adotada em julgamentos do Supremo Tribunal Federal indica essa tendência ao longo dos últimos anos – das características subjetivas para o objetivo, em diversas plataformas processuais, não mais apenas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Sobre essa postura:

(...) O procedimento recursal tem ganhado, na atualidade, por força principalmente da jurisprudência dos Tribunais Superiores, características típicas dos processos objetivos. O fenômeno pode ser chamado de objetivação do processo civil ¹¹⁵.

No julgamento da Reclamação n. 4.335/AC¹¹⁶, o plenário do Supremo Tribunal Federal admitiu o cabimento de reclamação constitucional a quem comprovasse efetivo prejuízo em face de decisão da Suprema Corte prolatada em ação subjetiva, no caso habeas corpus. Em outras palavras, o STF reconheceu a admissibilidade de reclamação por pessoa que não foi parte no processo subjetivo paramétrico com o fito de se perquirir os efeitos de possível descumprimento do Decisum – emprestando,

¹¹² CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Consolidação da “Objetivação” no Novo Código de Processo Civil. Revista de processo, vol. 265, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, março de 2017, p. 43.

¹¹³ Função reativa: quando a intervenção da corte se limita apenas a afastar eventual violação do direito e neutralizar seus efeitos, também definida como controle de legitimidade ao verificar a correta aplicação da lei nos casos concretos pelos juízes inferiores (TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 120).

¹¹⁴ Taruffo deixa claro que nada impede que uma Suprema Corte desempenhe funções reativas e proativas concomitantemente (TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 120).

¹¹⁵ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Consolidação da “Objetivação” no Novo Código de Processo Civil. Revista de processo, vol. 265, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, março de 2017, p. 43.

¹¹⁶ O pano de fundo do julgamento referia-se à possibilidade de progressão de regime aos condenados por crimes hediondos nos termos de entendimento firmado pelo STF no HC 82.959/SP (Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 20/03/2014).

assim, efeitos erga omnes à decisão anteriormente prolatada em controle difuso, em clara manifestação de objetivação da tese firmada^{117 118}.

A mesma tendência de objetivação do controle difuso tem exemplo na Reclamação n. 2.280/RJ¹¹⁹, em que o Supremo Tribunal Federal ampliou a tese por ele firmada em processo subjetivo¹²⁰ e permitiu a cassação de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça¹²¹ que a desrespeitou.

No âmbito do recurso extraordinário, há igualmente sinais claros da tendência à objetivação dos julgados da Suprema Corte. As leis que versam sobre o controle concentrado de constitucionalidade, Leis 9.868/99 e 9.882/99, permitem a modulação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade mediante quórum qualificado do plenário do STF¹²². A previsão é restrita às ações desta jurisdição concentrada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ocorre que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.917¹²³, o Supremo

¹¹⁷ Eventual desnecessidade de atuação do Senado Federal (art. 52, X, da CF/88) para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal foi defendida pelo relator, mas não constitui entendimento da Suprema Corte.

¹¹⁸ É de se ressaltar, porém, que o cabimento de reclamação constitucional como na hipótese admitida na Reclamação n. 4.335/AC vem sendo objeto de constantes aprimoramentos e ajustes no Supremo Tribunal Federal, especialmente em decorrência da proliferação deste instituto após o específico precedente – o que, no entanto, não afasta a tendência de objetivação das decisões da Corte.

¹¹⁹ Rcl 2.280/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento de procedência dos pedidos formulados na Reclamação (DJ de 18/04/2008), mas pendente de julgamento dos embargos de declaração opostos (despacho de 07/10/2015, DJ de 13/10/2015).

¹²⁰ Recurso Extraordinário n. 153.371, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 24/04/1997.

¹²¹ Não constitui análise deste artigo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas vale consignar que: "(...) O Superior Tribunal de Justiça também parece seguir a trilha do Supremo Tribunal Federal, aumentando o cabimento da reclamação, admitindo-a a hipóteses que, tradicionalmente, não seriam admitidas. Basta notar a admissão de reclamações contra decisões de Turmas Recursais a partir da Reclamação 3752/GO (que levou à edição da Resolução STJ 12/2009). Isso para impor a observância da jurisprudência do STJ também às Turmas Recursais e Juizados Especiais, já que não cabível o recurso especial" (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A reclamação no novo CPC – Fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento?* In **Revista de Processo RePro** 244 junho 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 14).

¹²² Art. 27 da Lei 9.868/99: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹²³ RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24/03/2004.

Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, havendo necessidade de se resguardar a segurança jurídica na espécie, é possível modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário. A mesma inteligência fora utilizada no Recurso Extraordinário n. 370.682, em que o Ministro Ricardo Lewandowski assim se manifestou, reconhecendo expressamente a fixação de teses que produzirão efeitos erga omnes mesmo que oriundas de processos subjetivos:

(...) Os fundamentos, que autorizam a modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva, se aplicam, *mutatis mutantis*, aos processos de índole subjetiva. No ponto, citando jurisprudência da Corte nesse sentido (RE 197.917/SP, DJU, 07/05/2004), assentou que, embora se esteja tratando, no caso, de processos subjetivos, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*¹²⁴.

De forma expressa e literal, conforme consignado no voto, se declara que a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal produzirá efeitos erga omnes ainda que proferida em processos subjetivos, em clara alusão à evolução da jurisdição constitucional¹²⁵.

Houve também entendimento do Supremo quanto à dispensa do requisito do prequestionamento no julgamento do AgRg no AI n. 375.011¹²⁶, em que a Corte reconheceu a sua não ocorrência, mas considerou que era imprescindível valorizar sua função de último intérprete da Carta Republicana e seus precedentes, expressamente consignando que seria possível a flexibilização do requisito de admissibilidade do prequestionamento quando se estivesse diante de tema já definido pelo plenário do STF¹²⁷.

Também nessa perspectiva de objetivação sobreveio norma do novo Código

¹²⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Consolidação da “Objetivação” no Novo Código de Processo Civil in **Revista de processo**, vol. 265, São Paulo, Revista dos Tribunais, março de 2017, p. 24.

¹²⁵ Há também outro precedente bastante ilustrativo do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal que, embora não se alinhe à jurisprudência atual majoritária da Corte, induz a objetivação quando necessária à efetividade das decisões judiciais por ela prolatada. O julgamento do Recurso Extraordinário n. 298.694 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23/04/2004) permitiu a adoção da tese de “abertura da causa de pedir recursal”, isto é, possibilitou ao Supremo Tribunal Federal apreciar questões e fundamentações estranhas ao pleito recursal de forma a se prover ou desprover o recurso extraordinário com parâmetro no texto integral da Constituição Federal – em dissonância do entendimento prevalecente na Corte.

¹²⁶ AgRg no Ai n. 375.011, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 28/10/2004.

¹²⁷ ROQUE, André Vasconcelos in FUX, Luiz (coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo: Método. 2013, p. 440.

de Processo Civil que determina que eventual pedido de desistência de recurso submetido ao rito dos repetitivos não impedirá a análise da questão:

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Além desses sinais emanados de precedentes da Suprema Corte brasileira, há um julgamento recente que retrata a intenção do Poder Judiciário de fazer valer suas interpretações, ainda que sem amparo normativo.

O julgamento do *Habeas Corpus* n. 127.900¹²⁸ pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em março de 2016 ilustra bem a vontade da Suprema Corte em atribuir efeitos erga omnes e vinculante às suas decisões, ainda que desamparada das normas processuais (ou ao arrepio da lei):

EMENTA

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

(...)

3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).

4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a

¹²⁸ HC n. 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 11/03/2016.

seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

A *quaestio juris* submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal nos autos deste habeas corpus referia-se à aplicação, ou não, do interrogatório do acusado como último ato da instrução processual penal militar, eis que o Código de Processo Penal Militar¹²⁹ dispõe diversamente do Código de Processo Penal Comum. Os pedidos formulados no *writ* se resumiam à declaração de nulidade da Ação Penal Militar, com a consequente renovação da instrução processual penal.

No âmbito do Superior Tribunal Militar, a jurisprudência até então era absolutamente pacífica no sentido de que se aplica o Código de Processo Penal Militar em virtude do princípio da especialidade, afastando-se a Lei 11.719/2008¹³⁰ na Justiça Militar da União, entendimento inclusive sumulado naquela Corte Superior de Justiça:

Súmula 15/STM. “A alteração do artigo 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”. (BJM Nº 01, de 04.01.13, DJe Nº 070, de 18.04.13; republicada no DJe Nº 149, de 02.09.14).

Ao julgar o *Habeas Corpus*, o plenário do STF, em votação unânime¹³¹, denegou a ordem, mas entendeu que o interrogatório deve ser o último ato da instrução processual penal, ainda que a legislação militar contenha dispositivo

¹²⁹ Art. 302 do CPPM. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas.

¹³⁰ Foi a Lei Federal n. 11.719/2008 que alterou o Código de Processo Penal no artigo 400.

¹³¹ O Ministro Marco Aurélio votou vencido em relação à modulação dos efeitos, mas acompanhou a tese meritória. Ausentes os Ministros Cármen Lúcia e Luiz Fux.

especial em sentido contrário. Ocorre que ao denegar a ordem, o Supremo Tribunal Federal deixou de socorrer o paciente no *mandamus*, remédio heroico tipicamente subjetivo, e fixou tese jurídica para determinar que a norma contida no artigo 400 do Código de Processo Penal comum fosse aplicado indistintamente a todos os processos penais militares¹³² a partir da publicação da ata daquele julgamento.

A fixação de tese realizada de forma expressa pela Suprema Corte assemelhou-se aos verbetes sumulares, mas na perspectiva obrigatória das Súmulas Vinculantes em decorrência da natureza objetiva a que se conferiu o julgamento e que fora objeto de discussão específica pelos Ministros¹³³:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – (...) Portanto, a questão agora é saber se essa é uma competência que nós devemos exercer, desde logo, e generalizar essa regra, que valeria para o processo penal comum, e nós a generalizamos também para o processo especial. É só uma questão de definir se essa é uma competência nossa ou se essa é uma competência que deve ser deferida ao legislador.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Sem nenhuma repercussão sobre os processos em que o interrogatório já tenha ocorrido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, sem nenhuma repercussão; a partir da publicação da ata deste julgamento, como nós fazemos nas ADI's e na repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estamos julgando caso concreto, Presidente. Vamos transformar o *habeas corpus* em processo objetivo?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas nós somos uma Corte Suprema, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sei que não se tem órgão com competência para apreciar o merecimento das nossas decisões. Mas, por isso mesmo, devemos uma fidelidade maior ao Direito positivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Nós somos uma Corte Suprema, nós não temos que aguardar que os milhares de processos venham aqui, um a um. Não vamos nos despir da supremacia (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não podemos tudo. Podemos o que está autorizado pelo Direito positivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É a guarda da Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria de dizer só que já fizemos modulação de efeito em casos semelhantes. Por exemplo, na hipótese, a questão da progressão do crime hediondo. Inicialmente, todos sabem, o Tribunal declarava

¹³² O STF fez uma cisão, porém: o artigo 400 do CPP aplicar-se-ia após a publicação da ata do julgamento do HC 127.900 a todos os feitos que ainda não tivessem a instrução processual encerrada.

¹³³ Notas taquigráficas extraídas do andamento processual no site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

constitucional a impossibilidade de progressão em caso de condenação por crime hediondo. Depois, adotando, inclusive, uma posição do ministro Marco Aurélio, houve por bem dizer que tendo em vista o "Princípio da Individualização da Pena" era de se impor, sim, a progressão de regime. E declarou inconstitucional, portanto, o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Sua Excelência há de se lembrar, mas havia uma preocupação do Tribunal àquela época; foi, também, um *habeas corpus*, inclusive, histórico, porque um daqueles feito pelo próprio paciente, réu, e o impetrante foi alguém que trouxe seu pleito; ele estava preso e trouxe essa questão. É do tipo de um caso Gideon brasileiro. Mas não mereceu tamanha divulgação, um aparato cinematográfico, como esse que tem nos Estados Unidos. (...)

Então, nós, naquele *habeas corpus*, dissemos que quem estivesse cumprindo a pena em regime integralmente fechado agora poderia evoluir, passava a fazer jus à progressão. Mas aqueles que já tivessem cumprido a pena em regime integralmente fechado não poderiam ir a juízo pedir responsabilidade civil do Estado porque, do contrário, teria havido erro judiciário e tudo mais. Portanto, não é incomum que o Tribunal faça isso em processo de índole subjetiva, mas com essa conotação ampla. Tanto é que, naquele caso, também, assentamos que, em função do novo entendimento, ficavam os ministros autorizados a decidir monocraticamente o *habeas corpus*. Vossa Excelência também há de se lembrar.

De modo que é importante que fixemos, porque, no fundo, acaba ocorrendo, quando a gente está discutindo uma tese como esta - e eu, também, cumprimento a Defensoria Pública pela iniciativa. É claro que estamos discutindo, mas tendo em vista a situação concreta; estamos discutindo a tese, por isso, inclusive, o debate.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Ministro Gilmar, Vossa Excelência citou um caso da Suprema Corte Americana. Em um outro caso da Suprema Corte Americana, que é o conhecidíssimo caso "*Roe vs. Wade*", sobre aborto, quando a Suprema Corte Norte Americana decidiu sobre o direito a aborto, a criança já tinha 3 anos de idade. Aqui nós julgaríamos prejudicado e não enfrentaríamos a tese nunca.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Em última análise, Presidente, estaremos aplicando o Código de Processo Civil, que ainda não entrou em vigor, no que trará norma segundo a qual, havendo desistência do recurso, mas tendo sido admitida a repercussão geral, poderemos julgar, não o caso concreto, mas em tese (...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. E tantos outros. Então, a mim me parece que o encaminhamento é correto e é condizente com os ditames de justiça porque, quando a gente pensa que estado de direito tem, sim, a dimensão da legitimidade, da legalidade, de outro lado, tem a dimensão da segurança jurídica.

Então, a mim me parece que este encaminhamento é correto. Por quê? Realmente, como já foi apontado aqui, inclusive pelo ministro Celso, é muito difícil dizer: "Bom, mas esta passa a ser a nova concepção, mais condizente do direito ao contraditório e a ampla defesa." E a gente diz: "Mas isso não se aplica ao procedimento especial". Isso fica, é uma rima pobre.

A mera leitura do debate transcrito torna incontroversa a postura do Supremo

Tribunal Federal de não se apegar à literalidade das normas processuais, vez que se utiliza dos valores e princípios do sistema de precedentes obrigatórios – estes, ainda que criticados por grande parte da doutrina, com previsão e permissão legal – no campo do processo penal, cujas regras silenciam neste aspecto. E esse parece ser o caminho da jurisprudência.

Há, ainda, outras características decorrentes deste julgado que corroboram esta tendência. Isto porque o julgamento do HC 127.900 difere muito do ocorrido quando do precedente bastante conhecido relativo à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, HC 82.959/SP, uma vez que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 26134 antes de resolver definitivamente o ponto em questão acerca da produção, ou não, de efeitos erga omnes por decisão em controle difuso.

Em outras palavras, no que diz respeito aos efeitos discutidos na Reclamação n. 4.335/AC, a superveniência da aprovação da Súmula Vinculante¹³⁵ acabou por tornar o reconhecimento expresso da amplitude da decisão da Suprema Corte no HC 82.959/SP secundária – o que, definitivamente não ocorreu no julgamento do HC 127.900.

Outro exemplo manifesto do reconhecimento dos efeitos gerais decorrentes da tese jurídica firmada¹³⁶ pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900 foi a observância imediata deste entendimento por parte do Superior Tribunal Militar que determinou, logo após a publicação da ata do referido julgamento, o cancelamento da Súmula 15 daquela Corte Superior Castrense:

¹³⁴ Súmula Vinculante n. 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

¹³⁵ Art. 103-A da CF/88. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

¹³⁶ Fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

CANCELAMENTO DE SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DO STM¹³⁷

– O Plenário do Superior Tribunal Militar, na 12ª Sessão Administrativa, de 27 de abril de 2016, por unanimidade, aprovou a proposta apresentada pela Comissão de Jurisprudência do STM de cancelamento da Súmula 15.

Veja-se que houve o cumprimento imediato da tese jurídica extraída do HC 127.900 por parte do plenário do STM – sem que houvesse qualquer instrumento vinculante ou coercitivo, em patente reconhecimento da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal de forma a prestigiar não somente a estrutura formal do Poder Judiciário brasileiro, mas também privilegiar a segurança jurídica e o fomento à confiança nas decisões judiciais.

Outra característica importante deste precedente do plenário do STF refere-se à amplitude da tese jurídica definida: além de conferir efeitos gerais à decisão de se inverter a ordem do interrogatório do acusado no processo penal militar mesmo com previsão especial distinta no Código de Processo Penal Militar, o Supremo Tribunal Federal foi além. É que o remédio heróico fora impetrado em face de decisão judicial emanada pela Justiça Militar da União, mas os efeitos da orientação jurisprudencial ultrapassaram os limites da Justiça Federal Especializada Militar: atingiu também os processos penais eleitorais e todos os procedimentos penais regidos pela legislação penal especial¹³⁸ – sem que houvesse pedido formal neste sentido, bem como sequer participação de atores destes outros ramos no feito. Foi, sem qualquer margem de dúvida, precedente representativo da mudança de paradigma do papel contemporâneo do Supremo Tribunal Federal.

É inevitável a rediscussão e a análise do sistema judiciário nacional, das regras constitucionais e das infraconstitucionais para se garantir uma maior segurança jurídica e permitir, por óbvio, a evolução do próprio direito que deve acompanhar as reais necessidades do povo em que se estabeleceu de forma a garantir a pacificação social. No entanto, a solução para o combate à insegurança jurídica de hoje não permite a criação de outra: a das decisões judiciais emanadas de mera vontade do julgador, com risco manifesto de que potencialmente podem reduzir e suprimir direitos e garantias fundamentais¹³⁹. É necessária a compreensão de que a consciência do

¹³⁷ DJe n. 8, de 17/05/2016.

¹³⁸ Literalidade da tese jurídica fixada no HC 127.900.

¹³⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

querer se submete à ciência do dever.

1.5. O processamento do IRDR, a Natureza Jurídica da Decisão Padrão e a Necessidade de Fundamentação

A nova sistematização processual inaugurada pelo NCPC/2015 tornou imperiosa a reflexão sobre o processo de formação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais brasileiros. Tal é o que constata Miranda¹⁴⁰, para o qual a *inovação* normativa advinda do novel diploma legal alterou, de forma substancial, a sistemática de observância das decisões judiciais. O autor observa que:

Ressalvadas algumas disposições já vigentes na época do CPC/1973 – e que foram remodeladas –, trata-se de uma reestruturação complexa. O fato é que houve uma ruptura paradigmática com a forma de atuação da jurisdição com a entrada em vigor do CPC/2015. Essa reestruturação normativa feita pelo legislador reflete, invariavelmente, uma preocupação com a normatividade e previsibilidade das decisões judiciais e com o sistema de precedentes, o que ocasionou, por conseguinte, o redimensionamento das funções dos tribunais brasileiros¹⁴¹.

As decisões capitularizadas no art. 927, avalia Miranda¹⁴², transpõem para o direito pátrio valores imanentes ao *stare decisis* – promoção da isonomia, estabilidade, integridade, coerência, segurança jurídica, previsibilidade e calculabilidade do tráfego jurídico –, impondo a obrigatoriedade de observância ao conteúdo decisório. De fato, observa o autor:

A estipulação pelo legislador de um rol de decisões que titularizam uma credibilidade diferenciada no sistema – consubstanciadas em precedentes de observância obrigatória – é uma das principais chaves operacionais do novo Código de Processo Civil na busca pela qualificação da tutela jurisdicional. Mas, quer nos parecer que não se pode conceber um sistema em que se esteja voltado à parametrização de padrões decisórios modelares sem que haja um recrudescimento no processo de formação da *ratio decidendi* – que é o que efetivamente vincula no precedente¹⁴³.

¹⁴⁰ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁴¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁴² MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁴³ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

Dessa maneira, o autor sustenta que, para que se verifique a presença de um “pronunciamento judicial vinculante”, necessário se faz que, além da previsão legal inserta no art. 927 do CPC/2015, haja confirmação que “tenha se revestido o processo decisório dos caracteres que elegemos como elementos estruturantes do discurso judicial universalizado da *norma do precedente*”¹⁴⁴.

Para o autor em tela, a “chave hermenêutica do problema normativo dos precedentes obrigatórios dispostos no CPC/2015” é o “procedimento e os predicados” que devem ser seguidos no processo de formação destas decisões, e não propriamente o “*pronunciamento judicial* que restou tarifado no art. 927”¹⁴⁵.

Miranda¹⁴⁶ analisa identifica “os elementos estruturais à construção da *ratio decidendi*” que devem ser observados para que se constate a existência de uma “*ratio decidendi* vinculante”:

(i) centralização da discussão, com a delimitação objetiva sobre o quê constituirá objeto de análise pelos tribunais; (ii) preocupação com a formação de um debate qualificado pela pluralidade qualitativa de argumentos; (iii) representatividade dos agentes intervenientes no processo de formação do padrão decisório; (iv) contraditório participativo como elemento indispensável à construção da tese jurídica funcionalizado em razão do diálogo cooperativo entre as partes; (v) compartilhamento majoritário do fundamento determinante e, por fim, (vi) publicidade dos pronunciamentos judiciais paradigmáticos¹⁴⁷.

Para Miranda, para formação do padrão decisório exprimido pela *ratio decidendi* é essencial “a qualidade e a contraposição argumentativa provenientes de um ambiente plural e dialógico entre os participantes, com amplitude de contraditório coparticipativo e com a intervenção de agentes que detenham representatividade”¹⁴⁸ Desta forma, segundo o autor, é possível projetar o *treat like cases alike* – o tratamento isonômico dos jurisdicionados – e com isso, promover:

¹⁴⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁴⁵ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁴⁶ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁴⁷ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁴⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

(...) a segurança jurídica e a previsibilidade através do discurso de justificação argumentativa em cotejo com a realidade fática mediante as assimilações consistentes entre as categorias fático-jurídicas albergadas no caso-precedente e no caso-julgamento¹⁴⁹.

Miranda¹⁵⁰ sustenta que a estrutura normativa disposta pelo NCPC/2015 no que se refere a determinadas decisões judiciais “impõe, *forçosamente*, a reflexão sobre o próprio modelo de atuação das partes e dos julgadores”. De fato, de acordo com o autor, é necessário tecer reflexões sobre o modo como “se opera com os fatos do precedente” (2017, p. 199). Miranda enfatiza a importância de uma “*virada cultural* na conduta das partes na invocação dos precedentes em conjunto com o julgador no momento de aplicação do direito, com o destaque ao recrudescimento da fundamentação”. De acordo com o autor, considerando-se o sistema que emergiu do NCPC/2015, verifica-se a “inviabilidade de se assumir como *ratio decidendi* opiniões singularizadas dos julgadores”, mostrando-se, portanto, imprescindível a “convergência majoritária dos fundamentos determinantes para que se possa construir a *ratio decidendi*”¹⁵¹.

Destaca¹⁵² a necessidade indeclinável de se proceder a uma “releitura do voto condutor do acórdão na construção de um padrão decisório que comunguem de argumentos determinantes à solução da questão jurídica posta”. E, em consonância, aponta o “equivoco da pretensão reducionista e exegética de que o significado da *ratio decidendi* está adstrito ao que o juiz quis lhe dar ou mesmo ao texto da decisão”, enfatizando que a interpretação do precedente “consubstancia a própria construção da *norma jurídica*”, e que tal não pode ser feito de “maneira literal, via de regra, tampouco resta pronta e acabada do próprio julgamento”. Neste sentido, o autor declara:

A norma do precedente é diferente do texto do precedente, portanto, é errônea a redução à fundamentação ou a qualquer combinação de elementos da decisão que advém, da mesma maneira que não se deve reduzir o conteúdo da norma legal ao texto da lei. Em igual

¹⁴⁹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁵⁰ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁵¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 197.

¹⁵² MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

sentido, é equívoca a redução da *ratio decidendi* à tese jurídica ou à ementa da súmula¹⁵³.

Por fim, Miranda adverte que a “dinâmica operacional diante dos precedentes judiciais” deve ser analisada em especial pelo “comportamento das partes e dos julgadores em face do precedente”, e observa que, assim sendo, afasta-se uma “atuação mecanizada da atividade jurisdicional”, o que propicia um “maior grau de responsabilidade para os sujeitos integrantes da relação processual potencialmente paradigmática”¹⁵⁴. O autor sustenta que a *ratio decidendi* não se materializa numa “estanqueidade à norma jurídica”. Em verdade, aduz, os instrumentos reativos¹⁵⁵ constantes na sistemática dos precedentes são essenciais à oxigenação do sistema jurídico¹⁵⁶.

Faz, porém, uma relevante advertência¹⁵⁷: o problema do “ementismo” no direito brasileiro, pois alega não ser possível se depreender todo o espectro de atuação da *ratio decidendi* a partir da ementa. O autor destaca que ementa não é precedente e que isto deve ser considerado como uma “premissa fundamental para o desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais”. De acordo com o autor, isso se dá “porque a ementa não é capaz de traduzir toda a *aptidão normativa* que existe no precedente, em detida análise, na *ratio decidendi* adotada para resolução da questão jurídica discutida”¹⁵⁸. De fato, argumenta o autor:

As ementas funcionam como facilitadores do discurso, mas estão longe de esgotarem toda a significação do conteúdo existente e que subjaz na decisão judicial. Por isso mesmo é que sua função se liga mais à característica catalográfica do que à racionalidade do sistema de precedentes obrigatórios¹⁵⁹.

¹⁵³ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁵⁴ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁵⁵ São estes: superação, distinção, superação antecipada, transformação, sinalização e modulação dos efeitos.

¹⁵⁶ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 199.

¹⁵⁷ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

¹⁵⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

¹⁵⁹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

Miranda observa que as ementas, bem como as súmulas, são “incapazes de representar a *ratio decidendi* de um caso e não devem pretender extrapolar a sua função indexadora para justificar a tomada de decisões”¹⁶⁰. De fato, argumenta:

(...) as ementas não podem ser utilizadas ou mesmo funcionalizadas como se representassem o núcleo do precedente, porque efetivamente não o são. Veja-se, então, que a ementa funciona apenas como um indexador da decisão judicial junto aos repertórios jurisprudenciais, facilitando-se o acesso à informação nela contida¹⁶¹.

Desta forma, alega que, para que se identifique a *ratio decidendi*, é indispensável que se proceda “uma análise cautelosa dos fatos subjacentes ao caso”, assim como, sejam levadas em consideração as razões jurídicas aportadas pela argumentação desenvolvida¹⁶².

A partir destas considerações preliminares é oportuno aproximar respostas à necessidade de compatibilização do novel instituto – IRDR – com as garantias processuais dos jurisdicionados no âmbito da Justiça Militar. Para tanto, necessário se faz considerar a natureza jurídica da decisão padrão IRDR e sua fundamentação, o que será feito seguindo a proposta de Daniel Carneiro Machado¹⁶³, que buscou abordar criticamente O IRDR, considerando suas hipóteses de cabimento e legitimidade, bem como seu procedimento e efeitos do julgamento no âmbito da Justiça Militar, verificando se estará garantida, a participação das partes, sua representatividade, considerando, inclusive atuação do *amicus curiae* e, ainda, a repercussão na atuação jurisdicional do juiz de primeira instância.

Com relação à representatividade, Machado alerta com especial ênfase sobre seu controle de adequação nos procedimentos “dotados de eficácia vinculante e *erga omnes*”, pois isto é imprescindível para:

(...) se resguardar o contraditório como direito de influência no julgamento e, por conseguinte, para legitimar a sujeição de terceiro ao

¹⁶⁰ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

¹⁶¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

¹⁶² MIRANDA, Victor Vasconcelos de. Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017, p. 23.

¹⁶³MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

resultado de um processo no qual não participou diretamente. No caso, a representatividade dos sujeitos processuais merecerá especial atenção na medida em que, a depender da tese jurídica definida, o provimento jurisdicional construído pelo julgamento do incidente não só beneficiará os terceiros titulares dos direitos individuais homogêneos (isomórficos), mas também os prejudicará em caso de julgamento desfavorável (*pro et contra*), vinculando os julgadores de primeira instância¹⁶⁴.

Pelo que foi exposto, destaque-se que o presente trabalho de pesquisa buscará elucidar, no âmbito da Justiça Militar, a compatibilidade do IRDR com o contraditório substancial e verificar se há, como bem o colocou Machado, em primeiro lugar, “previsão de mecanismos obrigatórios e eficazes que assegurem a participação efetiva dos titulares do direito controvertido”, e, em segundo lugar, a preservação da “atuação independente do magistrado na construção do provimento”, visto serem estas, “garantias essenciais do modelo constitucional do processo”, cuja inobservância fere de morte o Estado Constitucional de Direito¹⁶⁵.

¹⁶⁴ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 13.

¹⁶⁵ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 13.

2. O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

O presente capítulo tem por escopo refletir sobre o papel do Superior Tribunal Militar na jurisdição constitucional e as garantias constitucionais do processo, trazendo ao debate fundamentos do Processo Penal Militar, objeto de atuação do STM.

Na primeira seção examinar-se-á o Direito Penal Militar, os pilares fundamentais da disciplina e hierarquia, o sistema do escabinato e a fixação das teses jurídicas; na segunda seção será considerada a natureza do Superior Tribunal Militar; na terceira seção, a Lei de Organização da Justiça Militar da União e as alterações da Lei 13.774/2018; na quarta seção, a competência penal originária do Superior Tribunal Militar, a perda de posto e patente dos oficiais das Forças Armadas e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Regimento Interno do STM.

Finalmente, na quinta e última seção, serão analisadas as garantias constitucionais do processo aplicadas ao Processo Penal Militar.

2.1. O Direito Militar, o Sistema do Escabinato e a Fixação das Teses Jurídicas

Ao Direito Penal Militar incumbe proteger e preservar os fundamentos do serviço militar: a hierarquia e a disciplina. Portanto, observe-se, são esses os bens jurídicos fundamentais sobre os quais o Código Penal Militar se ergue. Nesse sentido, é oportuno destacar as palavras do Ministro Marco Antônio de Farias que afirma:

Em tempo de guerra, o emprego prioritário das Forças Armadas é marchar para o enfrentamento do conflito armado. No tempo de paz, o preparo e as atividades operativas e administrativas têm o objetivo de internalizar, em seus efetivos, o rol de valores e de princípios que conduzem à defesa da integridade das instituições nacionais e da soberania do País. Em qualquer dessas situações, a hierarquia e a disciplina compõem o alicerce que sustenta o sagrado compromisso do cumprimento do dever a qualquer custo. São duas singelas palavras que encerram gigantes bases principiológicas a serem preservadas. É trabalho paulatino de conscientização, em que não se pode admitir qualquer tipo de ruptura, provocado por agente, militar ou não, sob o risco de restar comprometida a própria razão de existência das Forças Armadas¹⁶⁶.

Os princípios da hierarquia e da disciplina são inerentes à organização militar, ao Direito Penal Militar, ao Direito Processual Penal Militar e ao Direito Administrativo

¹⁶⁶ FARIAS, Marco Antônio de. Traduzindo hierarquia e disciplina in **Revista de Doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar**. Brasília, Superior Tribunal Militar, Volume 26, Número 2, Janeiro/2017 a Junho/2017.

Disciplinar Militar. Por conseguinte, o zelo pela observância e rigoroso cumprimento dos mesmos deve ser parametrizado por regras especiais, tendo por pressuposto a existência de uma justiça especializada.

Hierarquia e disciplina se encontram presentes, de forma constante, em todas as figuras típicas que compõem essa legislação específica, seja como elemento principal ou secundário, pois constituem as bases organizacionais das Forças Armadas¹⁶⁷.

Os valores centrais da hierarquia e disciplina não, apenas, regem a carreira militar, eles legitimam a existência do direito penal militar e da Justiça Militar. Desta forma, verifica-se a imperiosa necessidade de uma norma especial que considere as peculiaridades e características da vida militar e que seja capaz de harmonizar-se com a estrutura, e funções a ela inerentes. Sem que tal norma existisse e se mostrasse efetiva, não seria possível atender aos fins constitucionais das Forças Armadas.

Portanto, como fatores essenciais para a organização das Forças Armadas, a hierarquia e a disciplina¹⁶⁸ estão previstas, também, no artigo 142 da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem ¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Verifique-se o artigo 42 da Constituição Federal de 1988: “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de maio de 2020.

¹⁶⁸ Os conceitos basilares de hierarquia e disciplina militar também podem ser encontrados na legislação infraconstitucional, no artigo 14, §§ 1º e 2º da Lei nº 6.880/1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares: “Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade. § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880compilada.htm Acesso em 20 de maio de 2020.

¹⁶⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 de maio de 2020.

Desta forma, é possível perceber que, como consequência lógica da hierarquia e disciplina, decorre o dever de obediência, pelo qual o subordinado está obrigado a acatar e executar os comandos emanados de seu superior hierárquico, excetuando-se o caso de ordem manifestamente ilegal.

Destaque-se, nesse sentido, que hierarquia consiste na distribuição ordenada dos poderes em escala de subordinação sucessiva. A disciplina Militar, por seu turno, em consonância com o que dispõe o artigo 8º do Decreto Federal 4.346/2002 – RDE – consiste em observar e acatar integralmente as leis, regulamentos, normas e disposições, bem como cumprir, rigorosamente, o dever, impondo-se a todos e a cada um dos membros do corpo militar. Veja-se:

Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

§ 1º São manifestações essenciais de disciplina:

I - a correção de atitudes;

II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço; e

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

§ 2º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

Para assegurar o pleno funcionamento e emprego das Forças Armadas e, com isso, garantir que seus fins pudessem ser alcançados, no ano de 1808¹⁷⁰ foi criado o Conselho Supremo Militar, primeira Corte de Justiça instalada no Brasil. Desde então, pontua Nelson Lacava Filho¹⁷¹, “várias foram as leis e os Códigos Penais Militares promulgados” sendo oportuno destacar que, ao longo de sua trajetória histórica como segmento ímpar da justiça brasileira, a Justiça Militar esteve sempre presente, desempenhando seu papel na defesa das instituições jurídico-políticas do país, de modo que “muitos dos momentos de sua evolução confundem-se com os primeiros passos da República, afirmando-se, de uma forma ou de outra, de forma decisiva para a sedimentação de um espaço democrático”.

¹⁷⁰ A criação da Justiça Militar Brasileira se deu no dia 1º de Abril de 1808 por meio de alvará assinado pelo Príncipe Regente Dom João. Veja-se: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016.

¹⁷¹ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 19.

De fato, o autor observa que à proclamação da República seguiram-se diversos ordenamentos militares:

(...) como o Código Penal da Armada, em 1891, estendido ao exército em 1899. Mudanças várias outras ocorreram na década de 1929, com a promulgação de diversos ordenamentos. Em 1938 foi baixado o Código de Justiça Militar, que vigorou até 1969, quando, procurando-se implementar mudança completa na legislação penal do país, implantou-se o Código Penal Militar, ainda em vigor¹⁷².

Por seu turno, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Artur Vidigal de Oliveira¹⁷³ sustentam que para conferir o máximo de eficácia às diretrizes republicanas, em especial no que diz respeito à viabilização do acesso à justiça e à salvaguarda das garantias processuais, “a jurisdição não pode quedar-se inerte”, pois os desafios que hoje se colocam diante do Estado Constitucional de Direito necessitam de uma Justiça Militar “proativa, à frente de seu tempo, e apta a enxergar a legislação anterior (*justiça de ontem*) com os olhos postos na Constituição da República (*justiça de hoje*)”. Por conseguinte, os autores enfatizam:

As reformas (justiça de amanhã) não podem deixar de considerar as especificidades das Forças Armadas, razão primeira da existência da Justiça Militar da União e fundamento para a composição colegiada de seus órgãos julgadores¹⁷⁴.

Não se trata, entretanto, como desavisadamente é suposto, da “justiça dos militares”, advertem Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Artur Vidigal de Oliveira¹⁷⁵, já que a jurisdição militar ocupa-se da “natureza do crime seja qual for a condição (militar ou civil) do agente, ou do local onde foi perpetrado”.

Os autores advertem que é preciso considerar a Justiça Militar a partir de suas especificidades, uma vez que:

Trata-se da justiça que tutela a hierarquia, a disciplina, o serviço, os deveres e os demais valores militares, imprescindíveis à consecução da missão constitucional das Forças Armadas, que resguardam um

¹⁷² LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 19.

¹⁷³ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016, p. 19.

¹⁷⁴ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016, p. 20.

¹⁷⁵ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016, p. 19.

dos fundamentos da existência do Estado: a soberania (...). Se, por um lado, a defesa da pátria depende da capacidade das Forças Armadas, estas dependem da efetiva prestação jurisdicional para a preservação de seus valores fundamentais, sem os quais não seria possível a realização de sua missão constitucional¹⁷⁶.

Por esta razão, para a realização da missão constitucional das Forças Armadas, sustentam os autores, é necessário existir uma justiça especializada no trato dos assuntos de seu interesse, em especial, quando considerado o papel alargado que as mesmas desempenham, hodiernamente, na seara da segurança pública¹⁷⁷.

Por seu turno, Fernando José Armando Ribeiro¹⁷⁸ pontua que a ampliação do sistema formal de acesso à Justiça é insuficiente se não for possível uma reestruturação do Judiciário apta a “produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daqueles a que elas se destinam”. O autor aduz que para tal ocorra não basta, apenas, o conhecimento técnico-jurídico ou normativo, sendo necessário que, além disso, se busque por:

(...) uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será chamado a resolver. A moderna hermenêutica nos ensina que o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. O caso concreto reflete uma nova situação na qual o intérprete tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente com a busca de reconstrução da intenção original do legislador, mas da mais correta apropriação das pré-compreensões envolvidas no contexto de aplicação¹⁷⁹.

Para Ribeiro não há sentido em concentrar esforços no aprimoramento das dimensões estrutural, procedimental e material do acesso à Justiça se estas iniciativas

¹⁷⁶ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016, p. 20.

¹⁷⁷ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil**. São Paulo, Migalhas, 2016, p. 20.

¹⁷⁸RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 177.

¹⁷⁹RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 177.

não se manifestarem como possibilidade concreta e factível de acesso a uma ordem jurídica justa¹⁸⁰, o que, reconhece, depende, em última instância, da efetividade do Estado Democrático de Direito. Contudo, prossegue o autor, é necessário considerar, com especial atenção, o papel dos intérpretes-aplicadores, daqueles que têm por incumbência a análise, avaliação e julgamento do caso *in concreto*, uma vez que:

(...) o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, pois seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete, em termos gadamerianos, remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições¹⁸¹.

É neste ponto que se coloca a prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual). Segundo o autor, em seu âmbito de atuação é possível perceber a “importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna”¹⁸².

Ribeiro observa que a Justiça Militar – como ramo especializado do Poder Judiciário –, ainda é desconhecida, não apenas pela maior parte dos cidadãos, como também pelos próprios profissionais do Direito. Tal fato a torna “alvo de críticas que, na maioria das vezes, apenas atestam este desconhecimento”¹⁸³. A incompreensão, argumenta o autor, começa pelo seu próprio nome, pois, “ao confundir o adjetivo militar com militarismo, e este com autoritarismo e autocracia, muitos são levados a pensar que a Justiça Militar seja um legado de regimes despóticos que se instalaram no Brasil”, o que, em sua avaliação, não corresponde à realidade, pois “a Justiça

¹⁸⁰ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 178.

¹⁸¹ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 179.

¹⁸² RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 178.

¹⁸³ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 179.

Militar federal¹⁸⁴, que possui jurisdição sobre as forças armadas nacionais, é na verdade o mais antigo órgão do Poder Judiciário no Brasil, tendo sido criado quatro anos antes do próprio Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵.

Neste ponto, é oportuno destacar que um dos elementos mais característicos da Justiça Militar, alvo das mais contundentes críticas, é, justamente, o escabinato, o qual se passa a considerar na subseção seguinte.

2.1.1. O Escabinato

De acordo com Ribeiro,¹⁸⁶ o sistema do escabinato¹⁸⁷ não apresenta nenhuma

¹⁸⁴ No que concerne às Justiças Militares estaduais, o autor observa que “foi com a Constituição (democrática) de 1934 que foi lançado o fundamento normativo para a sua criação. Merece destaque especial o fato de que, já sob a égide da Constituição de 1988, além de terem sido expressamente inscritas como órgão do Poder Judiciário, tanto a Justiça Militar federal quanto a estadual, houve um notável fortalecimento desta última, com a substancial ampliação de sua competência advinda da EC/45, de 2004. A partir de então, além de processar e julgar os crimes militares previstos no CPM, a Justiça Militar estadual assumiu também competência cível, antes pertencente à Varas da Fazenda Pública e Autarquias da Justiça Comum, passando a julgar ações judiciais contra atos disciplinares militares. Foi profunda a transformação operada na Justiça Militar estadual desde então. Com o crescimento geométrico do número de processos, terminou por ser também alterado o próprio perfil dos Tribunais de Justiça Militar, que deixaram de ser Cortes de feições tipicamente penais, para tornarem-se também tribunais de caráter civil-administrativo. Todavia, como campeia o desconhecimento sobre a Justiça Militar, muitos ainda não se deram conta desta realidade, 8 anos depois e, quando se referem aos números da Justiça Militar estadual, fazem menção apenas a seus feitos criminais”. Veja-se: RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p.p. 179-180.

¹⁸⁵ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 180.

¹⁸⁶ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 180.

¹⁸⁷ Necessário considerar as críticas endereçadas ao escabinato, como a apresentada por Susi Castro: “Os juízes militares dos conselhos de justiça, entretanto, atuam de forma independente em relação ao juiz togado, formando livre convencimento, com poder de voto, e com competência em matéria criminal, sem que lhes sejam atribuídas garantias assecuratórias de independência e imparcialidade. Apesar de o art. 18 da lei 8457/92 determinar que ‘os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada’, eles exercem uma função jurisdicional temporária, de forma que a vitaliciedade poderá ser aplicada ao cargo e ao posto militar, mas jamais à condição de componente de órgão jurisdicional. Os juízes militares também não desfrutam de independência funcional jurisdicional. Enquanto reunidos nos conselhos, atuam como juízes, mas ainda nos corredores da justiça militar são dependentes das forças a que servem, estão alocados na hierarquia militar, sujeitos às regras militares, devendo cumprir ordens de seus superiores, bem como emitir ordens aos seus subordinados. Atuam exatamente como é vedado aos magistrados, conforme o art. 95, I da CF/88: ‘Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I—exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério’” (CASTRO, Susi. Mais togas e menos sabres: ampliação de competência dos juízes togados na justiça militar brasileira e o princípio do juiz natural in **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, 20-40, 2017, p. 139. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3045>)

incompatibilidade com a moderna teoria do direito. Aduz o autor:

Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico¹⁸⁸.

Para Ribeiro, ainda que não se questione a competência do juiz singular, a Justiça Militar será sempre necessária, já que este não dispõe dos elementos necessários para instruí-lo no conhecimento das “idiossincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas”¹⁸⁹.

Ribeiro sustenta que a prática dos julgamentos na Justiça Militar – tanto na esfera Federal, quanto na Estadual – evidencia a importância das “pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna”¹⁹⁰. O autor destaca que em seu âmbito de atuação, a Justiça Militar apresenta algumas variáveis que “conferem aos julgamentos dos seus órgãos, ainda maior coerência e legitimidade”. Ribeiro sustenta que:

(...) diferentemente do Tribunal do Júri, na Justiça Militar existe participação conjugada tanto de juízes leigos (militares com vasta experiência profissional) como de juízes togados (detentores de conhecimento técnico-jurídico) na decisão final de processos de competência dos Conselhos de Justiça (em se tratando de julgamentos de 1ª instância) e em todas as decisões colegiadas, em se tratando dos Tribunais de Justiça Militar ou do Superior Tribunal Militar. Merece destaque também o fato de que, segundo o CPPM (art. 438, parágrafo 2º), nos julgamentos dos órgãos colegiados de 1ª instância (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça), a redação final da sentença deve ficar ao encargo do Juiz de Direito (togado) que o preside. Este, no entanto, deve evidentemente reproduzir, ainda que vencido, a decisão majoritária¹⁹¹.

188 RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 178.

189 RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 193.

190 RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 193.

191 RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 193.

Observe-se que a Justiça Militar, desde sua criação, tem em seu primeiro grau de jurisdição o colegiado denominado Conselho de Justiça, constituído por um Juiz civil togado – no âmbito da Justiça Militar da União trata-se do Juiz Federal da Justiça Militar¹⁹² e na Justiça Militar dos estados, de um Juiz de Direito –, somado à participação de quatro Juízes Militares temporários.

Desta forma, o escabinato¹⁹³, ou Conselho de Justiça é o órgão colegiado que, em primeira instância, tem por incumbência o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei quando cometidos por militares¹⁹⁴. Sua composição, por sua vez, engloba civis e militares e pode se dar através do Conselho Especial de Justiça ou do Conselho Permanente de Justiça. Ambos são compostos por quatro juízes militares e presididos por um juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar¹⁹⁵. Vale o registro de que com a promulgação da Lei Federal 13.774/2018 que alterou a Lei Federal 8.457/1992 (Lei de Organização Judiciária Militar), os acusados civis, ainda que em coautoria com militares, passaram a ser processados e julgados monocraticamente pelos Juízes Federais da Justiça Militar.

Em razão das peculiaridades inerentes às atividades das Forças Armadas, mostra-se necessário que a atividade militar seja regulada por uma legislação especial e que os militares que pratiquem crimes militares sejam julgados por aqueles que conhecem o cotidiano da vida castrense.

As decisões emanadas pelo escabinato são mais sensíveis à vida castrense e, desta forma, se mostram justas em relação aos acusados militares que estão sujeitos aos princípios da hierarquia e disciplina, uma vez que harmonizam a formação técnico-

¹⁹² Nomeclatura dada pela Lei Federal n. 13.774/2018 que transformou o cargo de Juiz-Auditor em Juiz Federal da Justiça Militar.

¹⁹³ É necessário esclarecer que a atuação dos juízes militares aqui considerados não se equipara a dos jurados no Tribunal do Júri, onde estes apenas respondem aos quesitos elaborados pelo Juiz. Na Justiça Militar, em contraste, os votos dos militares equivalem ao voto do juiz togado.

¹⁹⁴ Os Conselhos de Justiça, após a edição da Lei Federal n. 13.774/2018, somente possuem competência para processar e julgar acusados militares e desde que não figurem na Ação Penal Militar em coautoria com civis (esses são julgados monocraticamente pelo Juiz Federal da Justiça Militar).

¹⁹⁵ Observe-se que, no que diz respeito ao Conselho Especial de Justiça, deve haver entre eles, um oficial-general ou oficial superior, sendo este o de maior nível hierárquico dentre os juízes ou o mais antigo, em caso de igualdade de posto. Por outro lado, quanto a ambos os conselhos, é oportuno destacar: o que os diferencia é a competência que cabe ao Conselho Especial de Justiça para processar e julgar oficiais (exceto oficiais-generais) nos delitos previstos na legislação penal militar, já que o Conselho Permanente de Justiça, ao contrário, tem por incumbência processar e julgar militares que não sejam oficiais, bem como os civis – sublinhe-se, no caso somente da Justiça Militar da União.

jurídica dos juízes togados com a experiência profissional dos magistrados de carreira da Justiça Militar. De fato, como pondera Maria Elizabeth Teixeira Rocha¹⁹⁶, o escabinato permite aliar “a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras¹⁹⁷, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos magistrados civis”.

O Juiz Fardado atua com a mesma independência e o mesmo peso decisório do Juiz Togado, decidindo por livre convencimento, baseado na lei e no conteúdo probatório. No entanto, aduz Jairo Paes de Lira¹⁹⁸, para o bom exercício desse grau de jurisdição, cabe ao Juiz Militar “dotar a si mesmo da consciência do dever de participar ativa e intensamente de todos os atos instrutórios e, conseqüentemente, de conhecer em extensão e profundidade todos os processos em que atue”.

Como se pode depreender dos parágrafos anteriores, o sistema do escabinato é característico da Justiça Militar brasileira e ocupa lugar central em sua estrutura. Ele cumpre função essencial ao seu adequado funcionamento, garantindo a correção, qualidade e legitimidade de suas decisões e assegura, como bem o coloca Fernando José Armando Ribeiro¹⁹⁹, o acesso a uma justiça justa.

O escabinato, argumenta Ribeiro²⁰⁰, possui “lastro conceitual de enorme vigor” e apresenta “uma face de surpreendente atualidade” quando comparado ao “modelo de interpretação e aplicação lógico-silogístico apregoado por escolas positivistas” que, hodiernamente, encontra-se em vias de superação.

O conhecimento de suas especificidades mostra-se necessário, em especial, face ao desafio que se põe diante da Justiça Militar com a recente adoção do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em suas instâncias, o que faz emergir a

¹⁹⁶ ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira. **A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988**. Âmbito Jurídico, v. 1, 2011.

¹⁹⁷ Os militares do ápice da carreira referem-se aos ministros militares do Superior Tribunal Militar: os 4 (quatro) generais de exército, 3 (três) almirantes de esquadra e 3 (três) tenentes brigadeiros do ar.

¹⁹⁸ LIRA, Jairo Paes de O juiz fardado nos conselhos da justiça militar estadual in **Cad. Jur., Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v 6, nº 3, jul./dez. 2004, p. 61.

¹⁹⁹ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 196.

²⁰⁰ RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, p. 196.

questão de seus efeitos, particularmente, no que tange à fixação de teses jurídicas, conforme se verá a seguir.

2.1.2 A Fixação de Teses Jurídicas

Não se pode negar que o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao incorporar ao Direito Pátrio o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instrumento que se propõe a solucionar a massificação crescente de demandas no Poder Judiciário – um problema que, sem sombra de dúvidas, já se tornou crônico na realidade do país²⁰¹.

No que tange ao objeto de julgamento do IRDR, observa-se acalorada discussão entre os juristas, pois paira sobre ele fundada dúvida acerca de seu propósito – fixação de tese jurídica abstrata ou julgamento do caso concreto com a resolução do conflito subjetivo que o enseja.

Tal discussão mostra-se pertinente, pois entre um julgamento que busca a fixação de uma tese jurídica e um julgamento que tem por escopo a apreciação das especificidades do caso concreto, as diferenças são marcantes.

Ocorre que, embora o CPC/2015 tenha apresentado, minuciosamente, os elementos procedimentais para o julgamento do IRDR, pouco disse sobre a decisão que servirá como paradigma decisional para os casos futuros.

É preciso tratar com cautela medidas legais que visam atender aos ditames da celeridade, pois não se pode, no afã de alcançá-la, correr o risco de se sacrificar os elementos que possibilitam a prolatação de uma decisão justa e, com isso, desrespeitar a garantia fundamental do acesso à adequada prestação jurisdicional. Sem que se atente para isto, não é possível construir uma ordem jurídica justa, para a qual, a celeridade, por si só não basta, em especial quando a segurança jurídica se vê ameaçada.

²⁰¹ Neste sentido, veja-se: BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016, p. 2, para os quais “(...) a crise de efetividade do processo judicial e a descrença na capacidade de o Estado resolver, com isonomia, os conflitos que se multiplicam em proporção geométrica na sociedade, impuseram ao legislador brasileiro a adoção de mecanismos para a diminuição do número de litígios e a resolução mais rápida e eficaz das lides propostas – tudo para assegurar a tutela mais adequada do direito material das partes”.

Postas, preliminarmente, tais considerações, impõe-se refletir acerca da fixação da tese jurídica abstrata pelo IRDR. Para tanto, mister se faz perquirir o sistema de precedentes adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo João Paulo Alvarenga Brant e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau²⁰², o CPC/2015, importou, parcialmente, o sistema de precedentes norte-americano, o que implica um conjunto de mudanças e ajustes necessários no “modelo de interpretação e aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro”²⁰³.

Disto decorre, pontuam os autores, que se proceda a um “exame legal e doutrinário sobre a matéria no direito comparado”, para que, então, se possa compreender seus reflexos no sistema de precedentes no direito brasileiro, atentando para “os riscos decorrentes do decisionismo e da arbitrariedade judiciais”. Nesse sentido, Brant e Thibau²⁰⁴ observam que a aproximação entre o sistema brasileiro, que pertence a família romano-germânica, e a tradição anglo-americana do *common law* foi reforçada com o incremento da utilização dos precedentes na atual legislação processual do país. Acredita-se que de sua aplicação poder-se-á obter solução para os litígios repetitivos de forma rápida, isonômica e eficiente. No entanto, advertem os autores:

(...) a mera importação de um mecanismo já testado na tradição do direito comum (*common law*) traz riscos já conhecidos. Os percalços enfrentados pelos norte-americanos, cujo sistema inspirou a reforma, devem ser evitados na incorporação aos costumes brasileiros²⁰⁵.

Desta feita, mostra-se relevante a comparação realizada no primeiro capítulo do presente trabalho entre o sistema de precedentes brasileiro e a doutrina do *stare decisis*. É necessário observar as diferenças entre ambos, pois, em contraste com o que ocorre no sistema do *common law*, o CPC de 2015 estabelece que os precedentes

²⁰² BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016, p. 1.

²⁰³ BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016, p. 1.

²⁰⁴ BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016, p. 2.

²⁰⁵ BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016, p. 2.

são formalmente vinculantes.

Pode-se depreender do referido texto legal que o IRDR tem por objetivo a fixação de teses jurídicas. Tal é o que se infere da análise de seus aspectos processuais e procedimentais. De fato, o que se percebe é o que o IRDR abstrai o conflito subjetivo, direcionando-se para a fixação de uma tese jurídica autônoma e externaliza uma tendência, em vias de consolidação, de adotar-se uma maior objetivação do processo para, acredita-se, possibilitar a resolução de conflitos massificados.

Ocorre que, ao divorciar-se das circunstâncias fáticas que instruem o processo, aplicação do IRDR pode redundar em julgamentos despersonalizados, incapazes de solucionar o conflito subjetivo com o mínimo de justiça, o que, curiosamente, terminaria por concretizar as aspirações que buscaram forjar o “juiz *bouche de la loi*”, conforme aponta Jairo Bisol²⁰⁶ em sua tese de doutorado:

“(...) não é possível uma hermenêutica concebida como aparato teórico-metodológico pelos quais o pensamento jurídico moderno pretendeu garantir à lei um sentido “correto”, um sentido único e verdadeiro desentranhável pelo manejo adequado das técnicas de interpretação. Não há dúvida ter sido indispensável ao pensamento jurídico moderno emprestar um suposto sentido unívoco ao texto legal para se garantir a separação radical das funções de elaboração e aplicação do direito; em síntese, imprimir racionalidade ao exercício do poder, criando um mundo racional onde o jurista é um técnico politicamente irresponsável, um autômato da subsunção: *la bouche de la loi*”.

Do que foi acima exposto, é possível perceber que, indo além da “separação radical das funções de elaboração de aplicação do direito”, como colocado por Bisol, a fixação das teses jurídicas²⁰⁷ não pode desconsiderar as circunstâncias fáticas, embora se saiba que os fatos aqui postos, perdem sua especificidade e adquirem a característica de uma situação fática padronizada a partir da qual se extrairá o sentido e o alcance da norma²⁰⁸.

Para conferir a este estudo que ora se apresenta maior fundamentação, é

²⁰⁶BISOL, Jairo. **O vazio e o inacabado da lei: para uma teoria fragmentária do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PPGD – Faculdade de Direito, Recife, UFPE. 2004, p. 148.

²⁰⁷ Tais considerações acerca da fixação das teses jurídicas com a incorporação do IRDR à Justiça Militar serão devidamente examinadas no terceiro capítulo deste trabalho de pesquisa.

²⁰⁸ TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 63.

necessário considerar-se a natureza do Superior Tribunal Militar, sua organização, competência, bem como as garantias constitucionais que se aplicam ao Processo Penal Militar, conforme será feito nas seções seguintes.

2.2 A Natureza Jurídica do Superior Tribunal Militar: Tribunal Superior ou Tribunal de Apelação?

Zavarucha e Mello Filho²⁰⁹ registram que o Supremo Tribunal Militar foi criado em 18 de junho de 1893, pelo Decreto Legislativo nº 149. Esta Corte herdou a competência antes atribuída ao Conselho Supremo Militar e de Justiça, só que com composição diversa: quatro ministros da Armada, oito do Exército e três togados, totalizando quinze. O mesmo decreto regulou o exercício da presidência do Tribunal, cuja atribuição coube ao oficial “general mais graduado que dele fizesse parte”.

Quase três décadas após sua criação, observam os autores, o Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar e “reduziu a nove o número de ministros do STM, sendo dois da Armada, três do Exército e quatro togados, estes escolhidos entre os auditores de segunda entrância ou entre bacharéis em direito com seis anos de prática, de preferência magistrados”²¹⁰. O mesmo decreto, segundo os autores, inovou ao prescrever que o presidente e o vice-presidente da corte fossem escolhidos através de eleição²¹¹.

Zavarucha e Mello Filho apontam que em 1926 deu-se nova alteração com o Decreto nº 17.231-A, que “baixou o Código de Justiça Militar, aumentou para dez o número de ministros, agora três do Exército, dois da Armada e cinco entre magistrados e bacharéis em direito”²¹².

Com o advento da Constituição de 1934, foi atribuído ao Supremo Tribunal

²⁰⁹ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 763.

²¹⁰ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 763.

²¹¹ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

²¹² ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

Militar o *status* de órgão do Poder Judiciário²¹³ e, com isso, eliminada a competência administrativa, mantendo-se a função jurisdicional. O STM, no entanto, permaneceu com o disciplinamento de sua estrutura e funcionamento na esfera infraconstitucional. Nesse mesmo ano, afirmam os autores, o número de ministros foi, novamente aumentado, “passando a onze (Decreto nº 24.802, de 14 de julho): quatro do Exército, três da Armada e quatro civis, dos quais três escolhidos entre auditores e um, entre cidadãos de notório saber em ciências sociais”²¹⁴.

Em 1941 deu-se a criação do Ministério da Aeronáutica, o que exigiu nova modificação na estrutura do Supremo Tribunal Militar, para que fosse possível incluir os integrantes da Força. Os autores destacam que, com o Decreto nº 4.235, de 6 de abril do mesmo ano, foram mantidos em onze o número de membros, “sendo três do Exército, dois da Armada, dois da Aeronáutica e quatro civis”²¹⁵.

Com a redemocratização, a corte de cúpula da Justiça Militar passou a ser denominada Superior Tribunal Militar, em decorrência da “mudança promovida pela Carta Constitucional de 1946”, tendo permanecido na esfera ordinária o disciplinamento de sua estrutura²¹⁶.

Zaverucha e Mello Filho afirmam que no ano de 1961 foi instituído, “pelo próprio Tribunal, o rodízio entre as três Armas na presidência do órgão”, e, em 1965²¹⁷, como Ato Institucional nº 2, que modificou o texto da Constituição de 1946, ampliou-se para quinze membros a composição do STM, “tal como no início do período republicano (Decreto nº 149/1893)”: quatro do Exército, três da Marinha, três da Aeronáutica e cinco civis. De acordo com os autores, a “Constituição de 1967 incorporou o texto do AI-2, transferindo para o corpo constitucional o disposto sobre a composição do STM”²¹⁸.

²¹³ Embora a Justiça Militar esteja presente em todas as Constituições do Brasil, foi somente com a Constituição de 1934 que passou a integrar o Poder Judiciário.

²¹⁴ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

²¹⁵ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

²¹⁶ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 2004, p. 764.

²¹⁷ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

²¹⁸ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o**

Zaverucha e Mello Filho²¹⁹ criticam a composição do STM, qualificando-a como “insólita”, pois, até o ano de 1934 – ano em que, a Constituição o integrou ao Poder Judiciário da União e o fez abandonar a feição administrativa –, o “então chamado Supremo Tribunal Militar tinha atribuições administrativas concorrentes com a função jurisdicional, herança do Conselho Supremo Militar”. Por esta razão, apontam os autores:

Não é de estranhar que, no exercício de funções administrativas, "coadjuvando o governo em questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, sobre as quais manifestava seu parecer" (Bastos, 1981:21), fosse o Conselho — e, depois, o Supremo Tribunal Militar — constituído majoritariamente por militares²²⁰.

No que se refere à sua atuação no julgamento dos processos criminais, três ministros togados – um relator e dois adjuntos –, atuavam em conjunto com os militares para o “despacho de todos os processos remetidos ao Conselho de Justiça e, como não poderia deixar de ser, a matéria jurídica era enfrentada e relatada por magistrados com formação jurídica. Os militares apenas votavam”²²¹.

Com a prevalência da função jurisdicional do Supremo Tribunal Militar, observam os autores o início de uma tendência à “redução do número de ministros militares e à ampliação da quantidade de ministros civis”. Também verificam que passou a vigor a exigência de suficiente conhecimento jurídico aos membros civis, que “deveriam ser escolhidos entre auditores e advogados com ao menos seis anos de prática, de preferência magistrados”.

Na mesma linha seguiu a Constituição de 1926 que, de acordo com Zaverucha e Mello Filho, teve o condão de igualar o quantitativo de membros civis e militares, sendo que os primeiros seriam originários da magistratura, “podendo, ainda, ser escolhidos entre auditores, membros do Ministério Público ou membros da advocacia. Nítida, por razões óbvias, tratando-se de um tribunal, a opção prioritária por

autoritarismo e a democracia. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

²¹⁹ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia.** Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

²²⁰ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia.** Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

²²¹ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia.** Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

magistrados de carreira nesse período”²²².

Os autores²²³, no entanto, registram que houve uma reversão nessa tendência sob a ditadura de Getúlio Vargas, quando, curiosamente, se eliminou a vertente administrativa de sua atividade e a Justiça Militar passou a integrar o Poder Judiciário, portanto, “no instante em que nada mais justificaria a presença de militares em sua composição, desequilibra-se a relação numérica em favor destes”.

De fato, aduzem os autores²²⁴, a Constituição de 1934 deixou de fazer menção à preferência por magistrados e passou a dispor que a escolha dos membros civis “se dará entre auditores e um cidadão de notável saber na área de ciências sociais”. O quadro em questão, aduzem, manteve-se a despeito de todas as oscilações políticas, sempre privilegiando a composição militar:

Injustificadamente, a redemocratização do país, em 1946, não alterou o quadro. Mantiveram-se os critérios e as quantidades. Sob novo regime autoritário, a partir de 1965, amplia-se drasticamente o número de ministros militares e, na prática, elimina-se a participação de magistrados de carreira na composição do então Superior Tribunal Militar. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, seguida pela de nº 7/77, permitiram que o STM funcionasse em turmas. Isto, infelizmente, não foi posto em prática até os dias de hoje. O STM é a exceção em relação aos outros tribunais superiores. Outro aspecto curioso diz respeito ao quórum mínimo para a reunião plenária da corte. Existindo, atualmente, dez ministros militares e cinco ministros civis no STM, nas sessões de julgamento ou administrativas, nos termos do Regimento Interno do Tribunal, artigo 65²²⁵, é necessária a presença mínima de oito ministros, sendo, no mínimo, quatro militares e dois civis. Isto embora os ministros civis sejam os detentores dos conhecimentos técnicos. (...) Com tal regra, a tendência é a de que não se realizem sessões sem a garantia da maioria dos militares, salvo na remota hipótese de estarem presentes todos os cinco ministros civis e apenas quatro ministros militares²²⁶.

Com o fim do regime militar e a posterior promulgação da Constituição de 1988,

²²² ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

²²³ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

²²⁴ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

²²⁵ Art. 65. O Plenário se reunirá, para sessão de julgamento ou administrativa, com a presença mínima de oito Ministros, dos quais, pelo menos, quatro militares e dois civis, salvo quórum especial, exigido em lei ou neste Regimento (RISTM).

²²⁶ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 767.

asseveram Zaverucha e Mello Filho²²⁷, conservou-se a “hegemonia castrense²²⁸ e a exclusão da magistratura”. No Superior Tribunal Militar, até os dias de hoje, dos quinze ministros, dez são oficiais-generais e cinco são civis. Dentre os civis, três tem origem na advocacia, um no Ministério Público Militar, e o último, escolhido dentre os juízes federais da Justiça Militar – único juiz de carreira dentre todos os demais componentes. Além do flagrante desequilíbrio na distribuição numérica, Zavarucha e Mello Filho observam:

(...) somente militares no mais alto grau da carreira podem se tornar ministros do STM. Ou seja, um general-de-exército sem qualquer conhecimento jurídico está apto a ser ministro, mas um coronel da ativa bacharel em direito não pode ser indicado. É a hierarquia militar prevalecendo sobre o conhecimento jurídico em um órgão do Poder Judiciário. Não se pode olvidar, ainda, que o presidente da República, na condição de comandante-em-chefe das Forças Armadas, situa-se em posição hierárquica superior aos ministros militares — já que estes mantêm as patentes —, o que não deixa de ser situação deveras curiosa, considerada a independência que deve marcar o relacionamento entre os Poderes da República²²⁹.

Segundo os autores, é facilmente constatável o “alijamento do judiciário” no processo de escolha de seus componentes, de modo que o STM “continuará sendo bizarra estrutura judiciária, de cuja composição o Poder Judiciário não participa”²³⁰.

²²⁷ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 767.

²²⁸ Zaverucha e Mello Filho afirmam que o Superior Tribunal Militar – STM – é uma corte que defende, “primordialmente, os interesses institucionais das Forças Armadas relativos aos bens tutelados que lhes são importantes: hierarquia, disciplina e dever militar (...) Diferentemente de outros atores políticos, as Forças Armadas detêm a capacidade de reverter, pelas armas, o processo de democratização. Por isso mesmo, seu peso na barganha política é maior do que o dos outros atores, em especial, no caso brasileiro, em que as Forças Armadas negociaram sua saída do governo em bom estado político — ao contrário, por exemplo, da Argentina, onde os militares perderam fragorosamente a Guerra das Malvinas, foram protagonistas de vários golpes palacianos e gozavam de grande impopularidade, mercê da feroz repressão praticada pelas Forças Armadas”. Continuando com a crítica, os autores enfatizam que: “a manutenção de graus de autonomia política pelos militares, variando de intensidade de acordo com cada país, é o preço pago pelos democratas para assegurar a concordância castrense em devolver o governo aos civis¹. Essa autonomia, todavia, deve ser temporária caso se almeje avançar rumo a uma democracia plena. Plena no sentido de que não apenas as instituições eleitorais funcionem democraticamente, mas também as instituições coercitivas. (ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 767).

²²⁹ Nesse sentido os autores afirmam que “mesmo perdendo competências desde 1979, quando deixou de apreciar crimes políticos, o STM continua, basicamente, com a mesma estrutura criada durante o regime militar. Ser nomeado para o STM é, na caserna, como adquirir a ‘quinta estrela’. O ministro ganha cerca do dobro do que ganharia na caserna, passa a ter remuneração superior à do presidente da República, além de se aposentar como magistrado, em vez de militar” (ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768).

²³⁰ Os autores afirmam que: (...) decorridos quase vinte anos do fim do regime autoritário, os militares seguem exercendo esse tipo de autonomia no aparelho de Estado. Uma das provas desse poder

Zaverucha e Mello Filho enfatizam que os critérios para o “recrutamento de juízes para a Justiça Militar operam contra a garantia da independência judicial”, já que se busca, sempre, “assegurar a preponderância dos militares nas cortes, criando-se ambiente propício para ingerências da caserna, com natural ameaça à imparcialidade”²³¹.

No sistema constitucional brasileiro, excluída a hipótese de nomeação para o Supremo Tribunal Federal — STF e o Superior Tribunal Militar, da escolha dos membros dos tribunais, inclusive os superiores, participa, necessariamente, a própria corte. A ideia é a da participação dos três Poderes na seleção dos integrantes das cortes. No Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho, as vagas que surgem são preenchidas por juízes togados, ocasião em que os próprios tribunais elaboram listas tríplexes a serem encaminhadas ao presidente da República, ou por integrantes da carreira da advocacia ou do Ministério Público — quinto constitucional —, circunstância em que os tribunais recebem listas sêxtuplas dos órgãos corporativos respectivos, para redução a listas tríplexes. No STM nada disso ocorre. A corte não participa do processo de escolha. Tanto os ministros militares quanto os civis são indicados à revelia do STM.

Sustentam os autores que, “se com a interveniência dos tribunais na seleção dos seus membros a interferência política é notória, quando se exclui a participação das cortes tal ingerência se potencializa”, já que, dessa forma a “base de escolha é elastecida” – e tal é o que, de fato, se verifica no STM. Contudo, os autores afirmam que o que se coloca em discussão não é a legitimidade da Justiça Militar, pelo que indagam: “admitindo-se a necessidade da existência da legislação penal militar, da Justiça Militar e de tribunais militares, o que justifica serem os mesmos constituídos por militares?” colocada a indagação, Zaverucha e Mello Filho²³² argumentam:

(...) a aplicação da hipótese legal aos fatos não pressupõe o conhecimento prévio destes pelo julgador. Tampouco intimidade com o ambiente onde eles ocorrem. Nem hierarquia entre julgador e jurisdicionado. Se assim fosse, os crimes cometidos por padres teriam de ser julgados pelo bispo; por funcionários públicos, pelo chefe da repartição; por agentes da Polícia Civil, pelo delegado. No caso dos militares, se lhes sobra conhecimento da realidade da caserna, faltam-lhes, por completo, conhecimentos jurídicos, preparo técnico, este sim

castrense reside no fato de o STM continuar sendo um enclave autoritário incrustado estrategicamente no Judiciário. Ou seja, o STM é um tribunal com características híbridas, pois apresenta traços tanto do regime autoritário como da frágil democracia em que vivemos (ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768).

²³¹ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768.

²³² ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768.

essencial. No STM, os ministros militares, em geral, não têm formação jurídica. Tanto é que os pareceres técnicos são preparados por suas assessorias, compostas por bacharéis em direito. Entre os civis, salvo o magistrado de carreira e o membro do Ministério Público, nada assegura que os advogados tenham profundo conhecimento do Direito Penal Militar²³³.

Os autores afirmam que a disciplina e a hierarquia militares “transcendem os limites dos quartéis para terem assento no Poder Judiciário, que, via de regra, deveria estar adstrito aos limites do justo”. Questionam: “De que importa a graduação se o que se pretende é a aplicação do direito onde se tem assegurado, por força constitucional, o princípio da isonomia?”²³⁴.

Os autores insistem que a atividade jurisdicional só se realiza plenamente quando aqueles que a exercem – “os juízes, cuja missão lhes foi delegada pelo Estado” – podem fazê-lo de forma imparcial e independente. Para Zaverucha e Mello Filho a “imparcialidade e independência que, com efeito, são vulneradas pelo critério de escolha dos integrantes do STM”, que acusam de ser um “típico caso de enclave autoritário no aparelho de Estado”²³⁵.

Pelas razões apontadas por Zaverucha e Mello Filho, muitas são as pressões que a Justiça Militar vem sofrendo. Ocorre que também a sociedade brasileira vem sendo afetada por inúmeras pressões de ordem interna e internacional, as quais as instituições militares não podem ignorar. Portanto, as mudanças começaram a chegar também à Justiça Castrense. A organização e o funcionamento da Justiça Militar encontram-se, ainda, disciplinados pela Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. O referido diploma, no entanto, sofreu diversas alterações relevantes com o advento da Lei 13.774/2018, conforme se verá na seção a seguir.

²³³ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768.

²³⁴ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 768.

²³⁵ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 769.

2.3 A Lei de Organização da Justiça Militar da União frente às alterações da Lei 13.774/2018

Lacava Filho²³⁶ adverte que o Direito Penal Militar brasileiro encontra-se defasado quando comparado aos instrumentos desenvolvidos pela dogmática penal. Mas não é apenas isso. De acordo com o autor, durante o século passado, tanto no Brasil quanto em outros países, as Forças Armadas foram utilizadas para “impor uma concepção ideológica de Estado”, em muitas ocasiões, ocasionando graves violações aos direitos humanos. Observa o autor que:

Em quase todas essas experiências autoritárias, os tribunais militares foram divorciados de suas tradicionais funções para o fim de impor sanções criminais não somente a militares, mas a qualquer pessoa que, por cometer infrações contrárias aos valores previamente estabelecidos pela política estatal, passava a ser considerada inimiga do regime. Dessa forma, observa-se que existe uma ideia equivocada que, necessariamente, liga os tribunais militares e o próprio direito penal militar às arbitrariedades e à contraposição de direitos humanos e, por essa razão, em muitos países, após a Segunda Guerra Mundial, os tribunais militares em tempo de paz passaram a ser extintos, e em outros, sua competência tem sido bastante reduzida, excluindo-se, principalmente, o julgamento de civis²³⁷.

O Brasil situa-se entre os países nos quais persistem os Tribunais Militares, aponta Lacava Filho²³⁸, no entanto, “há fortes correntes no sentido de sua extinção”. Para o autor, embora sejam justificáveis as preocupações com os direitos humanos e com a inegável defasagem do Direito Militar em face da dogmática penal, a melhor solução seria não sua extinção, mas sim, uma “reestruturação a fim de que esteja apto a dar atendimento às necessidades do mundo globalizado e complexo em que se vive”, cuidando-se que, ao mesmo tempo, encontre legitimação no “modelo de Estado Democrático de Direito e os tratados de Direito Humanos firmados entre os Estados”²³⁹.

²³⁶ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 263

²³⁷ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p.p. 263-264.

²³⁸ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, 264.

²³⁹ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 264

Lacava Filho²⁴⁰ afirma que, mesmo fustigada por duras críticas e severos questionamentos, não há unanimidade quanto à extinção da Justiça Militar no Brasil, embora reconheça a insatisfação com sua atuação e a impostergável necessidade de reformas. Aduz o autor:

Se há alguma divergência no que tange a manutenção de um subsistema especial a fim de abordar os delitos militares, por outro lado, no que diz respeito à necessidade de uma reforma desse sistema observa-se que há unanimidade, não apenas no que diz respeito à necessária adequação do Código Penal militar e de Processo Penal Militar à ordem constitucional de 1988 e aos tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário, mas também no que diz respeito à sua atualização no que concerne às necessidades de emprego das Forças Armadas.

Lacava Filho²⁴¹ observa que, no tocante à necessária adequação da matéria penal e processual penal militar, houve “recorrente omissão legislativa”, cabendo à jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, exercer papel decisivo na “integração do sistema repressivo castrense à nova ordem constitucional, com decisões que não raras vezes, são dotadas de inegável ativismo judicial”.

Segundo o autor²⁴², o entendimento do STF acerca da definição de crime militar, e, conseqüentemente, da própria competência da Justiça Militar da União, é de que a “interpretação do conceito de crime militar deve ser a mais restritiva possível”, ainda que se aceite a “eventual submissão de civil à jurisdição castrense”.

No entanto, o autor destaca que, embora no tocante à matéria penal propriamente dita o STF sobreponha o princípio da especialidade à lei penal comum, em matéria processual penal militar e de execução penal, o que se constata é que seus julgados tendem no sentido de:

(...) fazer incorporar ao processo penal militar as inovações da legislação processual penal e da lei de execuções penais à ritualística da Justiça Militar. Como exemplo, pode ser citado o caso da reforma do processo penal comum que transferiu o interrogatório para o final da instrução em 2008, alteração essa transferida ao procedimento penal castrense por força de decisão do Plenário do Supremo Tribunal

²⁴⁰ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 290-291.

²⁴¹ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 291.

²⁴² LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p.291.

Federal, em sede de habeas corpus²⁴³.

Por outro lado, Lacava Filho²⁴⁴ adverte que os “vetores modificadores do sistema de Direito Penal Militar não são apenas jurídicos, ou políticos”. O autor aponta que a realidade social tem sido o fator preponderante na reforma do sistema, em especial, no que tange às “novas modalidades de emprego das Forças Armadas”²⁴⁵.

Quanto ao papel e importância da Justiça Militar da União na manutenção da ordem constitucional e na defesa das instituições democráticas, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Antônio Iris da Costa Júnior²⁴⁶ entendem que:

A legitimidade da potestade pública, em todas as suas esferas, passa necessariamente pelos foros judiciais. Sobrelevar-lhe a atuação é valorizar a coesão, a congruência e a identidade do sistema constitucional, sem olvidar o que Lassalle chamaria de “os fatores reais do poder”. Nesse diapasão, a vivência bicentenária da Justiça Militar da União, cuja trajetória institucional amalgama a história do

²⁴³ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p. 292

²⁴⁴ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019, p.p. 294-295.

²⁴⁵ Reza o Art. 1º – *caput* e § único – da Lei Complementar Nº 97, de 09 de junho de 1999: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Parágrafo único. Sem comprometimento de sua destinação constitucional, cabe também às Forças Armadas o cumprimento das atribuições subsidiárias explicitadas nesta Lei Complementar.” Há que se observar que este diploma legal constitui um dos grandes temores de parcela significativa da sociedade brasileira, que interpreta a utilização do GLO – Garantia da Lei e da Ordem – como instrumento de repressão política. Embora seja compreensível a apreensão, esta se mostra infundada, pois se baseia na percepção, hoje, inapropriada, da existência e predomínio de uma matriz de pensamento único, totalitário e antidemocrático no seio das Forças Armadas. Teme-se que as “novas modalidades de emprego das Forças Armadas” signifiquem o seu uso contra o suposto “inimigo interno”, as “vozes dissidentes” que são, por excelência, a essência da vida democrática. Os cidadãos, frequentemente, não percebem que a dinâmica das guerras mudou, que o Brasil, país com maior diversidade biológica do planeta, com imensas reservas hídricas e uma cartela invejável de recursos minerais, vem sendo, constantemente, alvo das estratégias de guerra híbrida, que podem incluir ataques cibernéticos aos órgãos públicos, instituições do Estado e atividades vitais e estratégicas como as usinas de geração de energia, redes de transmissão, portos e aeroportos, além de ataques à população por meio de armas biológicas. Na atualidade, o crime transnacionalizou-se e as organizações criminosas que operam em nível global, atuam de forma silenciosa e sub-reptícia no seio da própria sociedade. Os mecanismos de controle das fronteiras do Estado se encontram fragilizados, ainda que se viva em uma alegada sociedade de hipervigilância. Não se pode esquecer, a necessária ampliação do emprego das Forças Armadas como meio de enfrentamento da realidade descrita se dá nos limites de uma Carta Constitucional garantista e o Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos cujo caráter supralegal já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Tais constatações deveriam ser suficientes para dirimir o receio de um retrocesso institucional.

²⁴⁶ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 22.

Brasil, projeta a afirmação do Estado como *ethos* e o permanente comprometimento do Poder Judiciário com a construção da legitimidade e do democratismo estatal.

Prosseguindo em suas considerações, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Antônio Iris da Costa Júnior²⁴⁷, ao refletirem sobre os desafios postos à Justiça Militar, apontam que o primeiro obstáculo a ser vencido é a “superação do estigma de Justiça corporativa”. Os autores alertam que as “estatísticas revelam o seu rigor na aplicação da lei penal castrense, inadmitindo a impunidade dos acusados quando efetivamente comprovadas a autoria e a materialidade do ato delituoso”, o que visa, acima de tudo, “proteger as Forças Armadas e os princípios que a norteiam: a hierarquia e a disciplina”. E não poderia ser diferente, enfatizam, pois, ao contrário dos civis, “os militares, detêm as armas da nação” e seria uma temeridade para a salvaguarda da vida democrática, apontam os autores:

(...) a inobservância de paradigmas rígidos de conduta na caserna, 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 tutelado pelo constituinte maior e pelo legislador como bens jurídicos a serem resguardados pela ordem normativa e social²⁴⁸.

Disto decorre, salientam os autores, a importância da Justiça Militar da União como Justiça especializada, ainda que, mesmo com duzentos anos de existência, constate-se “um profundo desconhecimento por parte da sociedade e, o que é mais grave, dos próprios operadores do direito, sobre sua competência e atuação”²⁴⁹.

Rocha e Costa Júnior²⁵⁰ aduzem que, frequentemente, a JMU é percebida como tribunal de exceção²⁵¹, traço que se entende característico dos “regimes autoritários

²⁴⁷ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 22.

²⁴⁸ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 22.

²⁴⁹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 24.

²⁵⁰ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 24.

²⁵¹ Os autores lamentam tal desconhecimento e visão equivocada da Justiça Militar, lembrando que

no país”. No que se refere a este equívoco quanto ao papel e atuação da Justiça Militar, os autores levantam oposição, argumentando:

Atesta a história brasileira sua imparcialidade e isenção em decisões memoráveis, tal qual a prolatada pelo então Supremo Tribunal Militar, quando reformou sentença condenatória proferida contra João Mangabeira pelo Tribunal de Segurança Nacional do Estado Novo, concedendo-lhe a ordem de habeas corpus – Habeas Corpus nº 8.417, de 21 de junho de 1937 – ou, ainda, quando deferiu medida liminar em favor desse writ constitucional. Quanto a esse deferimento, foi a primeira corte a fazê-lo, servindo tal decisão de precedente para o Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 41.296, de 14 de novembro de 1964²⁵².

Reafirma²⁵³ a importância da jurisdição penal castrense, considerando-a “imperiosa para a preservação da autoridade na vigilância e subordinação às ordens na corporação”, bem como para a salvaguarda dos valores centrais da atuação das Forças Armadas. Por estas razões, defendem os autores, é necessário uma “legislação própria” e uma “jurisdição especializada que possa dar garantia de sua manutenção”.

Segundo os autores²⁵⁴, esse “foro especial se constitui na condição da boa administração da Justiça”, sendo, inclusive, imprescindível a ampliação de sua competência, já que esta é decisiva para que se possa efetuar a unificação das jurisdições militares, por pertinência temática, considerando-se a alteração promovida pela EC nº 45/04²⁵⁵:

esse conjunto de percepções distorcidas levou “a Emenda Constitucional nº 45/2004 a olvidar o assento a que a Justiça Militar da União faz jus no Conselho Nacional de Justiça, omissão que a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/2005 busca reparar. Indiscutivelmente, o ingresso da Justiça Castrense federal no CNJ revela-se medida de direito para reparar tratamento inconstitucional que atenta contra a unidade da Justiça e o Poder Judiciário como órgão do Estado”. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 24.

²⁵² ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 24.

²⁵³ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 25.

²⁵⁴ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 25.

²⁵⁵ Quanto à Emenda Constitucional nº 45 é pertinente mencionar que, dentre suas principais alterações encontram-se aquelas que dizem respeito à competência das Justiças Militares dos estados, a transferência da competência para julgar os crimes militares dolosos contra a vida de civis para o

(...), mormente porque, como salientado, tanto o crime quanto a infração disciplinar militar constituem ofensas à hierarquia e à disciplina, princípios basilares não apenas para as Forças Auxiliares, mas, igualmente, para as Forças Armadas. O enfrentamento de tais desafios vem ao encontro de um Brasil que vivencia momentos de redefinições institucionais e de reconstruções jurídicas, em busca de novos paradigmas que sustentem a Justiça como valor social, a transparência como marca de atuação dos órgãos estatais, a agilidade, prontidão, eficácia (...) da ação judiciária e a própria aplicação do direito como elaboração coletiva. Prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, bem como renovar a atuação judicial, neutralizada por diversas mazelas que comprometem sua identidade conceitual e axiológica, constitui decisivo contributo da Magistratura para a edificação da nacionalidade, tão acutilada pelas vicissitudes do processo político brasileiro²⁵⁶.

As mudanças trazidas pela EC 45/04 à Justiça Militar receberam diversas críticas e estas não foram as únicas alterações que a permearam ao longo das primeiras duas décadas do presente século. Segundo Jorge César de Assis²⁵⁷, diante das circunstâncias e especificidades sociais, políticas e ideológicas que a envolvem torna-se difícil definir uma perspectiva única de sua provável evolução. O autor afirma que, a despeito de tratar-se de um processo de estruturação complexo, é possível, entretanto, identificar algumas linhas mestras a serem observadas visando à reforma ou aprimoramento da justiça castrense:

A Justiça Militar deve responder às exigências do Estado Democrático de Direito; deve igualmente ser parte integrante do Poder Judiciário considerado²⁵⁸; os Juízes, membros do Ministério Público e

Tribunal do Júri, a criação do juízo singular para os crimes militares, excetuando-se, neste caso, os dolosos contra a vida, perpetrados contra civis, e a ampliação da competência das Justiças Militares Estaduais para julgar atos disciplinares.

²⁵⁶ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425, p. 26.

²⁵⁷ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 6.

²⁵⁸ Assis tece algumas considerações pertinentes que convém mencionar: “a Justiça Militar deve ser parte integrante do Poder Judiciário do Estado considerado. Isso permite verificar que enquanto alguns países se adequam a este modelo (Portugal, Espanha, Brasil, Cabo Verde), um número considerável de Estados soberanos possui uma Justiça Militar sem suporte constitucional e, igualmente, que não faz parte do Poder Judiciário, ficando separado deste. Na Constituição da maior potência mundial inexistente algum conceito que possa corresponder a algo que signifique tratamento específico à Justiça Militar. É claro que os Estados Unidos é um país beligerante, em permanentes operações de guerra, e sua justiça militar é singular, com o direito militar aplicado pelas ‘Cortes Marciais’, gerais, especiais e sumárias, com uma concentração de poder considerável nas mãos do comandante. O sistema americano opera inclusive com um Código onde não existe o princípio da reserva legal ou da legalidade nos crimes militares. Este fato importante não passou despercebido para Octavio Augusto Simon de Souza, para quem é um fato que o direito penal militar americano, ao contrário do direito brasileiro, rejeitou o

Advogados que atuam na Justiça Militar devem independência funcional e estar cercados de garantias e prerrogativas que os habilitem a exercer bem seu mister; a competência da Justiça Militar deve ser estabelecida em conformidade com aquilo que a sociedade espera dela naquele momento e; os princípios aplicáveis ao direito comum devem também sê-lo ao direito militar, resguardadas apenas as peculiaridades que informam as instituições militares²⁵⁹.

Assis²⁶⁰ defende que “a Justiça deve continuar sendo militar – é essa a essência da prestação jurisdicional que envolve as forças armadas e policiais militares”. No entanto, afirma que a participação de juízes militares deve ficar “restrita à composição dos conselhos de justiça, o escabinato, formando o amálgama entre a formação jurídica do juiz auditor²⁶¹ e a experiência de caserna dos juízes militares”.

O mesmo se aplica às funções do Ministério Público, que, segundo o autor, apenas devem ser exercidas por membros da Instituição – civis. Tal é o que, também, se aplica aos defensores – advogados profissionais, que devem manter-se afastados, dos oficiais militares²⁶².

Assis enfatiza a necessidade da participação dos civis na Justiça Militar, afirmando que Juízes togados, membros do Ministério Público e advogados, “todos civis, cercados de garantias e independência funcional, irão garantir uma melhor prestação jurisdicional”. Segundo o autor, “o juiz da obediência não pode ser o mesmo juiz da liberdade”²⁶³.

princípio da reserva legal (ou princípio da legalidade), no que tange aos crimes militares. Não há diferença entre contravenção ou crimes, nem distinção entre infrações disciplinares e crimes, assim como na Inglaterra. Ambos estão definidos em sentido lato, bastando ver a maneira como os crimes estão definidos pelo *Uniform Code of Military Justice*”. (ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 26).

²⁵⁹ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 20.

²⁶⁰ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 20.

²⁶¹ Ressalve-se a transformação do cargo de Juiz-Auditor em Juiz Federal da Justiça Militar.

²⁶² ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 22.

²⁶³ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 22.

De acordo com o autor²⁶⁴, a competência ideal para a Justiça Militar deve ser restrita e não ampla, e “cingir-se ao processo e julgamento dos crimes propriamente (essencialmente) militares, ainda que se possam prever alguns crimes de natureza militar imprópria”:

No Brasil a competência da Justiça Militar é ampla e, a Justiça Militar da União julga inclusive os civis, tanto em crimes militares impróprios, como até mesmo nos crimes propriamente (essencialmente) militares, naqueles casos de concurso de agentes. A questão do julgamento dos civis pela Justiça Militar em tempo de paz é complexa, e deve ser uma exceção, nunca uma regra geral²⁶⁵.

Para Assis²⁶⁶, a Justiça Militar, no Brasil e no mundo, precisa continuamente adaptar-se às múltiplas exigências do Estado Democrático de Direito, em suas transformações históricas:

Cada país, em determinado momento social, com a supremacia das normas constitucionais em vigor, e, em obediência ao devido processo legislativo previamente estabelecido, irá definir qual o melhor modelo de sua Justiça Militar. Países que optaram pela solução pacífica dos conflitos, como o Brasil e Cabo Verde, devem optar por um direito militar (penal e disciplinar) cuja finalidade seja manter a disciplina e coesão daquele corpo especializado, tendo em vista o melhor desempenho de suas funções constitucionais em prol da sociedade que servem: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública.

Assis²⁶⁷ considera, no âmbito da comunidade internacional, que as reformas pretendidas, já realizadas ou hipoteticamente formuladas para o futuro, devem buscar a integração da Justiça Militar ao Poder Judiciário do Estado considerado, assegurando a seus juízes federais, promotores de justiça e advogados a “independência funcional e autonomia administrativa para bem exercerem sua difícil e nobre missão”.

²⁶⁴ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 22.

²⁶⁵ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 23.

²⁶⁶ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 18.

²⁶⁷ ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012, p. 18.

2.3.1 As Alterações Produzidas pela Lei 13.774/2018

Cícero Robson Coimbra Neves²⁶⁸ considera que há, em curso, uma importante “busca de aprimoramento da legislação penal castrense (substantiva e adjetiva)”. Para o autor, isso indica uma movimentação tendente ao reconhecimento da relevância dessa área especializada do conhecimento jurídico. Entretanto, destaca o autor:

Em se sabendo que a lei, por mais criteriosa que seja, sempre permite interpretações díspares, conflitantes, às vezes, deve-se ter muita cautela na sua aplicação ao caso concreto. A interpretação não pode resultar de uma visão enviesada, marcada por preconceitos ideologicamente construídos, como a alegação de que militares são parciais em julgamento ao integrarem os Conselhos de Justiça²⁶⁹.

De acordo com Cícero Coimbra²⁷⁰, são igualmente equivocadas, as interpretações baseadas em “suposições espúrias de que os fins justificam os meios, como já se ouviu, por exemplo, e infelizmente, que o Ministério Público prefere o julgamento pelo escabinato em função da maior propensão de o Conselho prover o postulado pelo *Parquet*”. Afirma tratar-se de um “argumento ardiloso”, que justificaria uma afirmação não menos questionável, segundo a qual “os que entendem pelo juízo monocrático querem concentrar toda a deliberação nas mãos de apenas um julgador, apenas para que não sejam contrariados em suas decisões”.

Para o autor, ambas as colocações estão equivocadas, pois desconsideram a “principal razão de existência de um Estado-Juiz a substituir a vontade das partes, que não pode ser outra senão a pacificação de conflitos pela justa distribuição de justiça”.

²⁶⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p.39. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁶⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p.39. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p.39. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Cícero Coimbra²⁷¹ mostra-se preocupado com a “justeza das decisões e com os princípios constitucionais que, com grandeza ímpar, dão as raias a serem seguidas pelo Direito Castrense” frente às significativas alterações que a Lei 13.774/ 2018 produziu na Organização da Justiça Militar da União, regulada pela Lei 8.457/92. Tais mudanças impactam o Direito Militar brasileiro como um todo e repercutem para além dos muros da justiça castrense e, portanto, merecem ser analisadas.

Neste sentido, Cícero Coimbra²⁷² sustenta que ainda que tenham ocorrido alterações expressas no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar, resta claro que, “no caso deste, a leitura deve ser feita de maneira conjunta, com as necessárias adaptações”.

O autor indica²⁷³, dentre as alterações mais relevantes trazidas pelo novel diploma, a reformulação da atividade de correição – que passa a ser dirigida por um Ministro-Corregedor; a alteração de alguns critérios²⁷⁴ para o sorteio dos Conselhos de Justiça, bem como a mudança em sua presidência²⁷⁵; o juízo monocrático, no curso da ação penal militar, em tempo de paz e a competência de primeira instância para apreciar *habeas corpus* e *habeas data*²⁷⁶.

²⁷¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 40. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷² NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 40. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 40. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷⁴ Neves aponta que alguns critérios para o sorteio dos Conselhos de Justiça mudaram: foram excluídos os oficiais dos gabinetes dos Comandantes de Força e os oficiais capelães militares.

²⁷⁵ A presidência dos Conselhos de Justiça passou para o Juiz Federal da Justiça Militar com a Lei Federal n. 13.774/2018, não havendo mais que se falar em presidência do Juiz Militar mais antigo.

²⁷⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 42. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Em substituição à atividade de correição, pontua²⁷⁷, antes exercida na Auditoria de Correição, por um juiz de primeiro grau, o Juiz-Auditor Corregedor, passou-se a ter a Corregedoria da Justiça Militar, na qual se encontra o Ministro-Corregedor, “função própria do Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar”, e, para auxiliá-lo, o Juiz-Corregedor Auxiliar. Além disso, afirma Neves:

(...) a alteração atribuiu ao Ministro-Corregedor possibilidades antes afetas ao Juiz-Auditor Corregedor e, neste movimento, revogou a alínea “c” do art. 14 da LOJMU. Essa alínea dispunha competir ao Juiz-Auditor Corregedor “nos autos de inquéritos mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, representando ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que entenda existente indícios de crime e de autoria”, pretensamente possibilitando o “desarquivamento” sem a promoção do Ministério Público Militar e, pior, com decisão já proferida e irrecurável por autoridade judiciária competente. Tratava-se da segunda possibilidade de Correição Parcial, prevista na alínea “b” do art. 498 do CPPM, finalmente sepultada definitivamente por força de lei²⁷⁸.

A presidência dos Conselhos Especiais e Permanentes de Justiça, por seu turno²⁷⁹, passou a ser exercida pelo Juiz Federal da Justiça Militar. O autor defende que essa mudança adequa-se mais à realidade da Justiça Militar, “uma vez que nas Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal, desde a Emenda Constitucional n. 45/04, a presidência é exercida pelo Juiz de Direito do Juízo Militar com excelentes resultados”.

De fato, Cícero Neves²⁸⁰ argumenta que, por tratar-se de “órgão do Poder

²⁷⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 42. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 42. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁷⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 42. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁸⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 43. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Judiciário e não de órgão de uma corte marcial”, faz-se necessário que a condução dos trabalhos seja dirigida por um juiz togado, “melhor conhecedor das minúcias e da liturgia do procedimento, sem demérito aos juízes militares”.

Por outro lado, no que diz respeito ao conhecimento do pedido de *habeas corpus*, como anteriormente apontado, afirma²⁸¹ que a Lei Federal n. 13.774/18 reconheceu ao Juiz Federal da Justiça Militar a competência para julgar “os *habeas corpus*, *habeas data* e mandados de segurança contra ato de autoridade militar praticado em razão da ocorrência de crime militar”²⁸².

Cícero Neves²⁸³ sublinha a inauguração do juízo monocrático na Justiça Militar da União em tempo de paz como um dos aspectos mais relevantes advindos do referido diploma legal. Salaria que na atual redação do inciso I-B do art. 30 da mesma Lei:

(...) compete ao Juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente, processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do CPM, e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo. A competência dos Conselhos de Justiça, em adição, ainda está prevista nos incisos I e II do art. 27 da LOJMU, consistindo em processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar, no caso do Conselho Especial de Justiça, e processar e julgar militares que não sejam oficiais, nos mesmos delitos.

No entanto, critica a redação do texto legal, ao mencionar o inciso I do art. 9º do CPM, sustentando que, ainda que a melhor compreensão imponha que o civil, assim como o militar inativo, “apenas pode cometer crime militar quando houver subsunção nas hipóteses do inciso III desse mesmo artigo”. Em outros termos, coloca o autor:

²⁸¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 43. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁸² Como exceção à competência do juiz federal encontra-se o crime praticado por oficial-general (inciso I-C do art. 30 da LOJMU).

²⁸³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 43. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

(...) por expressa previsão do inciso III (“considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II”), ainda que se trate de crime militar do inciso 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”), deverá haver o enquadramento neste inciso, de maneira que não se mostra possível o cometimento de crime militar por civil diretamente no inciso I do art. 9º do CPM.

Outra crítica levantada diz respeito à falta de clareza da redação do diploma legal no que concerne à competência para processar e julgar militares inativos e ex-militares, já que, o inciso II do art. 27, ao tratar do Conselho Permanente de Justiça, recorre à palavra “militares” em lugar de “praças” – em contraste com o inciso precedente que, ao se referir ao mesmo Conselho Especial de Justiça, utiliza-se da palavra “oficiais”. Essa redação, de acordo com o autor, pode dar margem à interpretação de que “todos os oficiais, na ativa ou na inatividade, ao praticarem crimes militares serão julgados pelo Conselho Especial de Justiça, enquanto praças, somente as da ativa seriam julgadas pelo Conselho Permanente de Justiça, isso com a aplicação do art. 22 do CPM”²⁸⁴.

O autor aponta tratar-se de uma compreensão equivocada, pois, em primeiro lugar, a competência aludida pelo art. 30 da LOJMU restringe-se a civil, “onde, obviamente, não se enquadra praça na inatividade”. Por outro lado, prossegue, embora o art. 22 do CPM conduza à interpretação de que a palavra “militar” sempre tenha por referência o militar da ativa²⁸⁵, sua aplicação restringe-se ao próprio CPM, “em interpretação autêntica contextual, não se espraiando para outras normas, ainda que qualificadas como normas castrenses”²⁸⁶. Desta forma, Neves sustenta que, à luz dos artigos 27 e 30 da LOJMU, crime militar:

(...) praticado por oficial da ativa ou inativo, exceto oficial-general, quando haverá competência originária do Superior Tribunal Militar, será processado e julgado pelo Conselho Especial de Justiça; quando

²⁸⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 43. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁸⁵ Nos termos do referido Código, “incorporada às Forças Armadas”.

²⁸⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 44. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

for praticado por praça da ativa ou na inatividade será processado e julgado pelo Conselho Permanente de Justiça; finalmente, em sendo o caso de prática de crime militar por civil, a competência será monocrática, do Juiz Federal da Justiça Militar, que também será competente para processar e julgar oficiais e praças, da ativa ou na inatividade, quando em concurso com civil ²⁸⁷.

O autor frisa, no entanto, que a lei não deixa claro a que órgão caberá a competência para “processar e julgar os casos em que, no momento do crime, o autor era militar, mas, no curso da persecução, perde essa condição por algum ato administrativo ou judicial, ostentando a condição de ex-militar”. Diante disto, argumenta, duas posições poderão se estabelecer²⁸⁸:

(...) a primeira entendendo que no exato instante em que o autor do crime se torna ex-militar, passa à condição de civil e, portanto, inaugura-se a competência monocrática²⁸⁹. (...) Em outra vertente, pode-se compreender que a fixação da competência se dará no momento da prática do delito, não importando que o autor perca a condição de militar no curso da persecução, seguindo a competência colegiada. Esta a interpretação mais adequada, como se demonstrará adiante²⁹⁰.

No que diz respeito ao julgamento de civis pela Justiça Militar, Neves²⁹¹ propõe, para o bom entendimento da circunstância que o afeta, uma análise da justificativa de

²⁸⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 44. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 de março 2020.

²⁸⁸ Vale mencionar que a discussão e interpretação acerca da competência para processar e julgar civis, ex-militares à época do delito, foi a questão jurídica central do único IRDR julgado pelo Superior Tribunal Militar até a data do encerramento da presente pesquisa e que se será analisado no capítulo 3.

²⁸⁹ O autor observa que é esta a visão que parece dominar na primeira instância do Poder Judiciário castrense, qual ocorre na 3ª Auditoria da 3ª CJM, em Santa Maria/RS. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 44. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁹⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 44. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁹¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

encaminhamento do Projeto n. 7.683/2014 – que originou a Lei n. 13.774/18, na qual se lê:

Nesse contexto, destaca-se a necessidade do deslocamento da competência do julgamento dos civis, até então submetidos ao escabinato dos Conselhos de Justiça, para o Juiz-Auditor: se por um lado é certo que a Justiça Militar da União não julga somente os crimes dos militares, mas sim os crimes militares definidos em lei, praticados por civis²⁹² ou militares; de outro, é certo também que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, conseqüentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares. Assim, passará a julgar os civis que cometerem crime militar²⁹³.

Adverte²⁹⁴ que as principais críticas diziam respeito ao fato de militares julgarem civis, realidade que “existia pelos Conselhos de Justiça, em havendo a competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar – cargo de natureza civil e concursado, sem vínculo com as Forças Armadas”. O autor aponta, quanto ao ataque à possibilidade de civis serem julgados pela Justiça Militar, que se trata de um tema que não é desconhecido ou recente, sendo, de fato, há muito discutido e tendo sido, recentemente, objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 289, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República no ano de 2013, na qual pede-se que seja:

(...) dada ao artigo 9º, incisos I e III, do CPM, interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou

²⁹² Neste ponto, Gonçalves Ribeiro enfatiza que: “Embora não declaradamente nesse sentido na justificativa – que se ateu à não vinculação do civil à hierarquia e disciplina – a inauguração da competência monocrática para processar e julgar civis na Justiça Militar da União – frise-se que a Justiça Militar dos Estados e do Distrito federal não julgam civis, por restrição expressa da norma constitucional, especificamente no § 4º do art. 125 da CF –, buscou, também, amainar as ácidas críticas sobre o fato de uma corte castrense julgar pessoas que não são militares”(RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas conseqüências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328)

²⁹³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁹⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

estadual²⁹⁵.

Em outra ocasião, salienta²⁹⁶ a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), por meio da Nota Técnica n. 08/2017/PFDC/MPF, manifestou-se sobre o tema tecendo críticas ao Projeto de Lei da Câmara n. 44/2016, o qual teve por resultado, justamente, na promulgação da Lei Federal n. 13.491/17.

Cícero Coimbra desataca que a referida nota teve por objetivo “atacar a questão sobre o processo e julgamento do crime doloso contra a vida de civil, mas, de maneira tangencial, reporta-se ao julgamento de civis por uma Justiça Militar que não possui autonomia em relação às Forças Armadas”²⁹⁷.

Segundo Cícero Coimbra²⁹⁸, na nota supracitada, a PFDC questiona a

²⁹⁵ Os autos da ADPF n. 289 estão conclusos ao relator desde o dia 15 de maio de 2020, aguardando julgamento. Neves destaca que o seu questionamento “tinha por base a realidade dos Conselhos de Justiça e não a novel competência monocrática por Juiz Federal da Justiça Militar”. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 de março 2020)

²⁹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p.45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

²⁹⁷ De acordo com Neves, a Nota Técnica “parte de disposições de instrumentos de Direitos Humanos em que, pretensamente, haveria a restrição aplicável ao caso brasileiro, nos seguintes termos: Tal compreensão tem amparo em prescrições constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – ‘Pacto de São José’, e da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, especificamente aquelas que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais. O Relator Especial sobre a Independência dos Juízes e Advogados da ONU, Leandro Despouy, observou, contudo, em seu segundo relatório apresentado à Assembleia Geral, em 25 de setembro de 2006: ‘Nos últimos anos o Relator Especial tem notado com preocupação que a extensão da jurisdição dos tribunais militares continua representando um grave obstáculo para muitas vítimas de violações de direitos humanos em sua busca por justiça. Em um grande número de países, os tribunais militares continuam julgando militares responsáveis por graves violações de direitos humanos, ou julgando civis, em franca violação dos princípios internacionais aplicáveis a essa matéria, e que em alguns aspectos transgridem inclusive suas próprias legislações nacionais’”. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 de março 2020).

²⁹⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 45. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

imparcialidade da Justiça Militar brasileira, afirmando que, em razão de sua “composição e organização – não goza de autonomia em relação às Forças Armadas”, não podendo, portanto, “ser reconhecida como isenta para processar atos graves que foram praticados por militares contra civis, por ordens das mais altas autoridades da instituição”²⁹⁹.

O autor afirma que avaliando a posição da PFDC evidencia-se “uma visão equivocada da realidade das Justiças Militares no Brasil” tal é que se pode verificar na Nota Técnica n. 02/2017, do Ministério Público Militar:

Os exemplos apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, citados na Nota da PFDC, referem-se a casos de cortes marciais, ou seja, situações em que os órgãos de julgamento integram a estrutura das Forças Armadas. No Brasil, as Justiças militares integram o Poder Judiciário, nos termos dos artigos 123 a 125 da Constituição Federal, portanto não havendo relação de subordinação às instituições militares. Embora reconheça essa estrutura, a PFDC insiste na tese de não autonomia das Justiças Militares, o que leva a outra impropriedade – para não dizer ofensa –, qual seja, ignorar ou considerar irrelevante a atuação do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União na persecução criminal militar ³⁰⁰.

Aduz³⁰¹ que a referida Nota Técnica ao questionar a imparcialidade da Justiça Militar, desconsidera que na promoção de justiça encontra-se o Ministério Público Militar, “integrado por membros aprovados em rígido certame e detentores de cargo de natureza civil – aliás, exatamente como ocorre com os membros do Ministério Público Federal”. A atuação do MPM, enfatiza o autor, tem o condão de assegurar “a correção de eventuais desvios na distribuição de justiça, com os recursos pertinentes”.

²⁹⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

O autor³⁰² aponta, ainda, que o posicionamento esposado pela PFDC também menospreza o essencial papel da Defesa “majoritariamente exercida pela Defensoria Pública da União na Justiça Militar da União – que, de maneira aguerrida e competente, busca a correção de equívocos nas Decisões, não raramente alcançando o Supremo Tribunal Federal”.

Cícero Coimbra³⁰³ rechaça, com alguma ironia, as críticas ao julgamento de civis pela Justiça Militar da União ao afirmar que estas:

(...) perdem o chão com a competência monocrática do Juiz federal da Justiça Militar, exceto, claro, se continuarem a entender, ofensivamente, que não apenas os membros do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União vinculam-se às Forças Armadas, mas também os Juízes Federais da Justiça Militar, cargo provido também após aprovação em rigoroso concurso de títulos e provas.

Outra questão abordada pelo autor³⁰⁴ diz respeito à compreensão sobre o processamento e julgamento de ex-militares à luz da nova lei. Neves afirma é necessário delimitar a situação a ser analisada, pois se trata do caso em que o autor do delito possuía a condição de militar no momento da sua prática, e, no curso da persecução criminal perdeu essa condição:

O exemplo mais recorrente é o do militar em prestação do serviço militar inicial que pratica o crime militar e, no curso do processo, é licenciado pela administração militar. No caso de autores que eram militares à época do delito e que, posteriormente, por qualquer razão, tenham perdido essa condição, a interpretação deve ser no sentido de que deve haver o início ou o seguimento do processo perante o escabinato. Caso ainda não tenha havido recebimento da denúncia, ao recebê-la, o Juiz Federal deverá convocar ou sortear o Conselho de Justiça, conforme o caso. Caso já exista processo em curso e,

³⁰² NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

então, ocorra a perda da condição de militar do réu, deverá o processo seguir sob a competência do colegiado³⁰⁵.

Entretanto, adverte³⁰⁶, não é isso que vinha ocorrendo em grande parte das Auditorias das Circunscrições Judiciárias Militares³⁰⁷, nas quais, nos processos já instaurados, por exemplo, por via de Despacho, “os Juízes Federais da Justiça Militar estão dissolvendo (ou deixando de convocar) os Conselhos e seguindo em competência monocrática – em alguns casos, utilizam-se da expressão ‘avocar’ o processo, embora tenham a mesma hierarquia do órgão colegiado, como órgão julgador”. Nestes casos, afirma o autor, “com o devido respeito, já ocorre uma primeira afronta à competência”, já que, órgão jurisdicional que detêm a competência para processar e julgar o caso, a partir “do recebimento da denúncia, foi o colegiado, o escabinato, cabendo apenas a ele, a partir de então, nos exatos termos do inciso V do art. 28 da Lei nº 8.457/92, “decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento”³⁰⁸.

Cícero Coimbra não concorda com a interpretação de que o Juiz Federal da Justiça Militar seja competente para processar e julgar civis ex-militares, e, afirma, ainda que o fosse, a decisão pela incompetência do escabinato deve ser declarada por este próprio colegiado, “posto se tratar de questão de direito enfrentada após o recebimento da denúncia”³⁰⁹. De fato, o autor argumenta:

³⁰⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 46. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰⁷ Registre-se, novamente, que a tese jurídica pretendida pelo Parquet das Armas com o ajuizamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (único precedente julgado pelo STM até o encerramento da pesquisa) consubstanciou exatamente a manifestação de Cícero Robson Coimbra Neves como descrita e que será analisado no último capítulo.

³⁰⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. **Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 47. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁰⁹ Neves menciona o parecer do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Clauro Roberto de Bortolli, que, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 103-31.2019.7.00.0000, declarou: “o Conselho Permanente de Justiça é competente, inclusive, para reconhecer sua incompetência”. NEVES, Cícero

Ao decidir monocraticamente pela competência monocrática – *permissa venia* para as palavras repetidas – o Juiz Federal pratica ato de competência do Conselho, nos exatos termos do acima citado inciso V do art. 28, ou, em outras letras, invade competência do Conselho Permanente de Justiça. (...) cabe ao escabinato processar e julgar ex-militares, desde que ostentassem a condição de militar na época do delito, mesmo diante da nova redação dos arts. 27 e 30 da Lei nº 8.457/92³¹⁰.

Autoriza essa conclusão, sustenta³¹¹, o fato de a lei processual penal militar “adotar um critério penal para definir a competência, atrelando a condição do agente no momento do delito”, o que implica que, para “fixar a competência monocrática é o instante em que o crime é cometido” que conta: “sendo civil naquele instante, fixa-se a competência monocrática; sendo militar, no mesmo momento, haverá competência do escabinato”.

A justificativa do Projeto que originou a lei 13.774/18, registra³¹², “evidencia

Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 47. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁰ Cícero Coimbra apresenta como exemplo a Correição Parcial nº 7000264-75.2018.7.00.0000, julgada em 22 de maio de 2018, que teve por relator o Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, cuja ementa transcreve: “CORREIÇÃO PARCIAL. QUESTÃO CUJA RESOLUÇÃO COMPETE AO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. NULIDADE DE DECISÃO MONOCRÁTICA. DEFERIMENTO EM PARTE. Na exata dicção do artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.457/1992, compete aos Conselhos de Justiça ‘decidir as questões de direito e as de fato suscitadas durante a instrução criminal ou Julgamento’. A Juíza-Auditora, ao decidir pela ‘sustação do processo’, invadiu a competência do Conselho Permanente de Justiça, chamando, para a hipótese, a nulidade preconizada no artigo 500, inciso I, do Código de Processo Penal Militar. Em que pese ter sido rotulado pela Magistrada a quo como ‘despacho mero expediente’, o ato questionado é efetivamente uma decisão, mais precisamente uma decisão interlocutória simples, em face de conter inescindível carga decisória, resolutive de sua questão de fato e de direito suscitada pelas partes no curso do Processo. Deferimento, em parte, da Correição Parcial para anular o ato judicial atacado e para determinar que os requerimentos do MPM e da DPU sejam submetidos à apreciação do Conselho Permanente de Justiça, a quem cabe decidi-los. Decisão unânime”. Neves menciona o parecer do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Clauro Roberto de Bortolli, que, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 103-31.2019.7.00.0000, declarou: “o Conselho Permanente de Justiça é competente, inclusive, para reconhecer sua incompetência”. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 47. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020).

³¹¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 47. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹² NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan.

essa preocupação com o momento do delito”, destacando o necessário deslocamento da competência do julgamento dos civis, “até então submetidos ao escabinato dos Conselhos de Justiça, para o Juiz-Auditor”. O autor enfatiza que a Justiça Militar da União não julga apenas os crimes dos militares, mas, sim, “os crimes militares definidos em lei, praticados por civis ou militares”.

Observa³¹³ que os “civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna” e, por conseguinte, não é adequado que suas condutas sejam julgadas por militares, cabendo-lhes, no entanto, julgar os civis que cometerem crimes na condição de militares. O autor observa:

No caso de ex-militares, que chegam a essa condição por qualquer razão, tem-se que a hierarquia e disciplina, no momento do crime, foram efetivamente violadas, ainda que de forma mediata, pelo autor que era militar, situação que não é reparada com a simples perda da condição de militar do autor. No caso de civis, no momento da prática do delito – embora a hierarquia e a disciplina sejam valores constitucionalmente consagrados e, portanto, é um dever de todos assimilá-los e protegê-los –, não estão eles sujeitos aos rigores que envolvem a hierarquia e a disciplina, argamassa que dá solidez aos fundamentos das instituições militares³¹⁴.

Quanto ao juízo monocrático para ex-militares, destaca³¹⁵ que a “manutenção do processo monocraticamente conduzido”, neste caso, fere o “princípio do juiz natural ou legal”. O autor explica que o referido princípio traduz a “inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente, quer para o processo, quer para o julgamento, proibindo-se qualquer forma de determinação de tribunal para casos

– jun., 2019, p. 47. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 48. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 48. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁵ Extraído dos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

determinados”, pois se trata de um “desdobramento do princípio da igualdade”³¹⁶.

Admitir que a perda da condição de militar mude automaticamente a competência para o juízo monocrático, é permitir que o acusado escolha, em momento que lhe aprouver, o órgão de julgamento, ferindo o princípio constitucional em comento, possibilitando suprimir do escabinato a apreciação de importantes fatos. No espectro de proteção do princípio do juiz natural, em outros termos, está uma garantia de que não se poderá, no Poder Judiciário, escolher determinado órgão julgador para apreciar a questão, sob pena de colocar em risco à tão necessária imparcialidade do magistrado³¹⁷.

Neves sustenta que a presença dos juízes militares para a escorreita distribuição de justiça é fundamental “para a exata compreensão do fato, em todas as suas peculiaridades”, sendo isso, por sinal, o que “exatamente justifica a existência da Justiça Militar”. Os juízes fardados, podem, esclarece o autor, julgar apropriadamente:

(...) de maneira imparcial e com a necessária profundidade na análise fática, em crimes próprios de caserna, como no caso do crime de abandono de posto, do crime violência contra superior e do crime de deserção, crimes esses praticáveis por militares – que podem posteriormente perder essa condição³¹⁸.

Obviamente, adverte, que o Juiz Federal da Justiça Militar tem as adequadas condições que o habilitam a apreciar o fato e julgá-lo com imparcialidade, no entanto a “presença dos juízes militares permite o conhecimento dos impactos do delito nas fileiras de maneira mais próxima”³¹⁹. De fato, sustenta, a supressão dos Conselhos,

³¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 48. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 49. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 49. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 49. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

“apenas porque o autor do fato deixou de ser militar, implicará no julgamento de um delito típico da vida militar, sem a experiência dos juízes militares que compõem o escabinato”. Este pode ser, reflete Neves, “o início do fim da Justiça Militar, vez que, se os juízes militares não farão falta para a distribuição de justiça ao caso concreto, em crimes como os mencionados, para que, afinal, manter uma estrutura do escabinato, notadamente mais dispendiosa ao Erário?”³²⁰.

O autor considera que a segurança jurídica também será afetada e cita como exemplo o caso da deserção. Afirma que, caso se “pacifique a tese de que o fato de ser militar da ativa na deserção de praças especiais e de praças não estáveis seja apenas condição de procedibilidade e não de prosseguibilidade”³²¹ – “um processo de deserção pode conhecer momentos em que o réu é militar da ativa, deixa de sê-lo e volta à ativa”.

No caso de uma deserção praticada, esclarece³²²:

O autor será militar da ativa no momento do delito. mas com a consumação, em sendo praça não estável, será excluído do serviço ativo. Até este momento, como já ocorre, as deliberações na persecução criminal, são de competência do Juiz Federal da Justiça Militar, porquanto ainda não há processo. Capturado o autor do fato, será ele reincluído e o Ministério Público oferecerá a denúncia que, recebida, submeterá o autor à competência do Conselho Permanente de Justiça. Caso no curso da instrução desse processo, cometa nova deserção, será, uma vez mais, excluído, o que, prevalecendo a interpretação contrária, remeteria a primeira deserção à competência monocrática. Caso seja capturado, novamente, será reincluído, firmando a competência para a segunda deserção, se houver denúncia recebida, do Conselho Permanente de Justiça, mas, também e mais importante, restituindo a competência do escabinato para o

³²⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte , vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 49. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³²¹ Cícero Coimbra aponta o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 146.355/RJ, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgado pela Primeira Turma, em 22 de junho de 2018. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte , vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 50. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020).

³²² NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual, Belo Horizonte , vol. 3, n. 1. jan. – jun., 2019, p. 50. Disponível em: <<https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/87>>. Acesso em: 16 mar. 2020.

primeiro processo de deserção, e assim por diante.

Desta forma, salienta, percebe-se que poderá haver em um mesmo processo, alternadamente, “competência colegiada, monocrática, colegiada, monocrática etc., a depender de quantas deserções o autor esteja disposto a praticar, o que trará extrema insegurança jurídica às partes, não só à acusação, mas também à defesa”, já que não será possível conhecer previamente “o órgão de julgamento que pronunciará o decreto condenatório ou absolutório”. A instabilidade que se flagra em tal circunstância, adverte, poderá “fomentar o estabelecimento de uma estratégia de escolha do órgão julgador do crime de deserção, voltando-se à lesão ao princípio do juiz natural”, como já observado.

Ao reavaliar as alterações propostas pelo novel diploma, é possível perceber que, de fato, a Lei 13.774/2018 tem por escopo promover mudanças significativas na Organização Judiciária Militar (Lei 8.457/92). O projeto de Lei que a originou, de autoria do Superior Tribunal Militar, resultou, presumidamente, na modernização da Organização Judiciária Militar frente aos novos cenários nacionais, embora ainda estejam pendentes outras transformações necessárias.

Como visto, com a promulgação da Lei Federal n. 13.774/2018, foi transferida para o Juiz Federal da Justiça Militar da União a competência para o julgamento de civis que praticam crimes militares definidos em lei – antes, tanto os crimes militares praticados por civis quanto os crimes cometidos por militares eram julgados, na primeira instância, pelos Conselhos de Justiça – órgãos colegiados e compostos por quatro Juízes Militares e o Juiz Federal.

O julgamento de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança, referentes à matéria criminal, impetrados contra ato de autoridade militar passou, também, ao Juiz Federal. Anteriormente, todos esses recursos eram julgados pelo Superior Tribunal Militar, sem considerar-se a patente do processado.

Os Conselhos de Justiça, por sua vez e como também já mencionado, passaram a ser presididos por juiz togado – um Juiz Federal da Justiça Militar – o que, presumidamente, dará maior celeridade aos julgamentos, uma vez que o mesmo juiz conduzirá todo o processo. Anteriormente, os militares que exerciam a função de juízes nos conselhos eram escolhidos por meio de sorteios e substituídos periodicamente.

E também as atividades correicionais na Justiça Militar da União sofreram profundas transformações. É o Ministro-Corregedor³²³ quem passa a desempenhar as atividades de orientação judiciário-administrativa, fiscalização e inspeção das auditorias – tarefas que, anteriormente, ficavam a cargo do Juiz-Auditor Corregedor, um juiz de primeira instância³²⁴.

2.4 A Competência Penal Originária do STM, a Perda de Posto e Patente dos Oficiais das Forças Armadas e o IRDR no Regimento Interno do Superior Tribunal Militar

Jorge Zaverucha e Hugo Cavalcanti Melo Filho³²⁵ apontam que a existência de clara e bem definida linha institucional de “separação entre as jurisdições civil e militar” constitui um dos principais indicadores de uma “relação civil-militar democrática”. Para os autores, a redução da jurisdição militar é essencial para prevenir emergência de regimes autoritários, no qual civis, via de regra, ficam “sujeitos a julgamentos em tribunais militares”. Por isso mesmo, argumentam, “as Justiças Militares de países democráticos não julgam civis em tempo de paz e só julgam os militares que cometeram crimes propriamente militares”, ou mesmo, sequer “possuem Justiça Militar em tempo de paz (Dinamarca, Finlândia, Noruega, Áustria, Alemanha)”.

Os autores afirmam que a abrangência da jurisdição militar é diretamente proporcional ao grau de autoritarismo do regime e inversamente proporcional à robustez das instituições democráticas. A Justiça Militar, nestes casos, apontam Zaverucha e Mello Filho, “é usada como instrumento autoritário de controle social da população civil”. Como exemplo, recorrem às conclusões da *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, criada no Chile em 1990 pelo presidente Patricio Aylwin: “um fator que facilitou os abusos cometidos durante a era Pinochet foi o Código Penal Militar. Vários de seus artigos facilitaram a violação dos direitos humanos de

³²³ Atribuição exercida pelo Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar.

³²⁴ O cargo de Juiz-Auditor Corregedor foi transformado em Juiz-Corregedor Auxiliar do Ministro-Corregedor.

³²⁵ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

muitos chilenos”³²⁶. No que se refere ao Brasil, afirmam que:

(...) a transição do autoritarismo rumo à democracia não teve o condão de determinar a redução da excepcional competência instituída pelo regime militar, mantendo a sua ampla jurisdição sobre civis em tempo de paz. Inalterada, restou a elástica tipificação do crime militar, construída no período de maior recrudescimento do regime autoritário, que permite, de um lado, a sua aplicação a civis e, de outro, a discriminação injustificável entre os integrantes das Forças Armadas e militares estaduais das Polícias Militares³²⁷.

Os autores sustentam que, mesmo com o processo de redemocratização do país consolidado na Carta Constitucional de 1988, grande parte da estrutura da Justiça Militar – incluso o STM – estabelecida no auge do regime militar, pelo Ato Institucional nº 2, de 1965, manteve-se conservada, bem como foram mantidos os mesmos critérios de atuação e recrutamento de seus membros, “marcado por elevado grau de interferência política”³²⁸. Ainda, de acordo com os autores:

Acresça-se que, em pleno século XXI, o STM continua a julgar civis por crimes militares cometidos em período de paz. Isto constrange o processo de criação de um Estado de direito no Brasil, pois os julgamentos militares tendem a favorecer a eficiência e certeza sobre a razoabilidade. Afora que, em caso de dúvida, tais julgamentos favorecem, mais frequentemente, os acusados do que os acusadores³²⁹.

Para Zaverucha e Mello Filho, a democracia brasileira apresenta um “caráter híbrido”, do qual o STM é um indicador. Os autores indagam por que razão não é possível avançar-se rumo a uma democracia plena e sugerem introduzir a “variável risco político” para compreender essa dinâmica:

Quando os conservadores acham que a esquerda ainda é, mesmo que parcialmente, revolucionária e que sua adesão à democracia é instrumental, procuram manter um relacionamento privilegiado com os militares. Vínculo estreito que possa se reverter em apoio, quando necessário. As invasões de terra por parte do Movimento dos sem Terra e o receio de que o mesmo caia na clandestinidade; a ocupação de prédios públicos pelo Movimento dos sem Teto e as greves das

³²⁶ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³²⁷ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³²⁸ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³²⁹ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

Polícias Militares, em especial das praças, são exemplos de fatos atuais que induzem desconfiança nos segmentos conservadores, prontos a se insurgirem contra qualquer risco de desmanche da economia de mercado, base da democracia liberal. Nesse contexto, a cultura do medo trabalha contra a democratização, pois induz desconfiança entre os atores políticos, em vez de cooperação. Quem tem medo tende a procurar segurança, como a propiciada pelo poder armado³³⁰.

Em síntese, sustentam Zaverucha e Mello Filho, é uma estratégia conhecida dos conservadores buscar cultivar e manter um bom relacionamento com as Forças Armadas “para que possam reprimir possíveis insubordinações populares e, no limite, golpear a frágil democracia existente”. Os militares, por seu turno, “entendem a natureza do jogo e cristalizam a estratégia de manter o seu protagonismo em arenas políticas não militares”. Desta forma, explicam, “tornam mais explícita a simultaneidade dos interesses castrenses com os da sociedade”³³¹.

2.4.1 A Competência Penal Originária do STM

Para Zaverucha e Mello Filho, o jogo político que operacionaliza interesses corporativos ocupa os espaços institucionais e, um desses espaços, na visão dos autores, é, justamente, o Superior Tribunal Militar. Não sendo “à toa que a corte conservou praticamente inalterados sua estrutura, seu funcionamento e, principalmente, os critérios de recrutamento de seus membros durante o processo de redemocratização do país”, bem como na reforma do Poder Judiciário³³², oportunidade desperdiçada, colocam os autores, “para a definição de novos parâmetros estruturais do tribunal e, até mesmo, para sua extinção”, o que revela, claramente, “o poder de veto que detêm os conservadores – maioria no Congresso e interessados na manutenção do *status quo*, quando o assunto é a reformulação da Justiça Militar”³³³.

O STM, considerados os modelos competencial, funcional e estrutural

³³⁰ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³³¹ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³³² ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 764.

³³³ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

vigentes, extrapola os limites de ação de um órgão do Judiciário, restritos à resolução de conflitos, para se erigir como instrumento de controle de importante aspecto da vida social. Em matéria criminal, o STM constitui-se em braço jurídico dos interesses institucionais das Forças Armadas, como evidência o desfecho do caso Riocentro. Isto contribui para fortalecer, no Brasil, a existência de um governo pela lei (*rule by law*) em vez de um governo da lei (*rule of law*)³³⁴.

Zaverucha e Mello Filho frisam que as Forças Armadas não abrem mão de que “a maioria dos juízes do STM seja composta por militares da ativa, exatamente porque, desse modo, podem controlar mais facilmente suas decisões”³³⁵. Este arranjo institucional, portanto, atende aos interesses das Forças Armadas, como instituição. E tais juízes são escolhidos com o fito de representá-las, argumentam³³⁶.

A eliminação do caráter militar do STM, sustentam os autores³³⁷, representaria mais do que “mera filigrana constitucional”. Antes, “constituiria transformação de importante alcance político, considerando ser o Judiciário um dos Poderes do Estado”, o que poderia, acreditam, “impulsionar outras mudanças institucionais no sentido de provocar o fortalecimento do Estado de direito e, conseqüentemente, o aprofundamento da democracia brasileira”. Ocorre que, segundo os autores, o Brasil ocupa uma “zona política cinzenta” onde:

(...) não se avança, definitivamente, no sentido de uma democracia sólida, nem se faz um retorno à ditadura. O STM é um típico exemplo desse hibridismo institucional, por possuir tanto características democráticas como autoritárias. Como vertente de ingerência castrense em área extramilitar —, no caso, o Judiciário —, o STM produz decisões eivadas de parcialidade, em um desvirtuamento de sua função jurisdicional, terminando por contribuir para postergar a consolidação da democracia no Brasil³³⁸.

A Justiça Militar da União, na primeira instância, e o Superior Tribunal Militar, na última instância, julgam os crimes militares cometidos por integrantes das Forças

³³⁴ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

³³⁵ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

³³⁶ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 765.

³³⁷ ZAVERUCHA, Jorge; MELLO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

³³⁸ ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004, p. 766.

Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) ou por civis que atentem contra a Administração Militar federal.

Os Juízes e Conselhos de Justiça de primeiro grau e os ministros do STM julgam os crimes militares que se encontram previstos no Código Penal Militar. Estes crimes se dividem em duas categorias, quais sejam: crimes próprios³³⁹ e crimes impróprios³⁴⁰. Os primeiros são aqueles que só podem ser cometidos por militares que estejam em atividade. Os segundos podem ser cometidos por militares e por civis.

O Superior Tribunal Militar possui duas competências originárias principais: a decisão sobre a perda de posto e patente de oficial militar, e o julgamento de oficiais gerais quando praticam crimes militares.

2.4.2 O IRDR no Superior Tribunal Militar

De acordo com o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – RISTM – é o Plenário do STM que irá decidir o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. No julgamento da Ação Penal Originária, bem como dos recursos dela decorrentes e do IRDR, exigir-se-á a presença de todos os ministros em exercício.

O pedido de instauração do IRDR deverá ser dirigido ao Presidente do Tribunal por ofício – pelo juiz ou relator –, por petição³⁴¹ – pelas partes –, ou, de igual maneira, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

O Ministério Público Militar deverá intervir, obrigatoriamente, no Incidente e assumir sua titularidade caso haja desistência ou abandono. Observe-se que o Incidente será processado em autos apartados e, caso tenha sido suscitado no bojo de recurso ou processo de competência originária do Tribunal, deverão os autos ser apensados ao processo principal.

Após o Plenário de o Superior Tribunal Militar julgar o Incidente e fixar a tese jurídica, a ser cumprida a partir da publicação do acórdão, passará, então, a julgar o

³³⁹ Veja-se: crimes de deserção e de abandono de posto.

³⁴⁰ Veja-se: crimes de peculato-furto, lesão corporal e homicídio.

³⁴¹ Ambos, ofício ou petição, deverão ser instruídos com os documentos comprobatórios do preenchimento dos pressupostos para a instauração do Incidente. Há que se ressaltar que a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas em função da ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

recurso ou o processo de competência originária de onde adveio o Incidente.

Para avaliar a legitimidade do ministério público militar para arguir o IRDR e de seu cabimento em matéria criminal é necessário considerar que o referido incidente tem cabimento quando se observa, simultaneamente, a efetiva repetição de processos nos quais sejam suscitadas controvérsias sobre a mesma questão unicamente de direito e haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica³⁴².

2.4.3.1 As Class Actions

De acordo com André Vasconcelos Roque³⁴³, a origem do sistema brasileiro de tutelas coletivas radica-se nas chamadas *Class Actions* norte-americanas, sendo este um tema que ainda apresenta inúmeros aspectos a serem estudados pela doutrina.

Até os anos 1990, comenta o autor, as obras publicadas no Brasil continuavam “apegadas à doutrina italiana, sem consultar diretamente as fontes estadunidenses”. Isto perdurou, afirma, até o trabalho pioneiro de José Rogério Cruz e Tucci³⁴⁴. No entanto, Roque³⁴⁵ observa que, ainda hoje, muitos aspectos não foram abordados profundamente pela doutrina pátria.

O tema merece particular atenção, pois, não há como fugir do desafio de dar maior efetividade ao acesso à justiça, o que, nas palavras de Kazuo Watanabe³⁴⁶, significa ter atendido o direito a uma prestação jurisdicional não apenas célere, mas minimamente justa.

A crescente preocupação com as garantias individuais, a defesa e salvaguarda dos direitos fundamentais e a busca por uma efetivação, cada vez mais completa e ampla, da proteção ao cidadão esbarra, contudo, não apenas na dificuldade de acesso à justiça, como também nas carências do próprio sistema judiciário, incapaz de lhes

³⁴² Tal é o que dispõe o art. 976 do CPC 2015.

³⁴³ ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador, Editora JusPodivm, 2013, p. 22.

³⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. ***Class Actions e mandado de segurança coletivo***. São Paulo, Saraiva, 1990.

³⁴⁵ ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador, Editora JusPodivm, 2013, p. 22.

³⁴⁶ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. ***Participação e processo***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130.

dar tal almejado tratamento.

Diante da incapacidade do Judiciário em resolver um crescente número de controvérsias coletivas, emergiu o Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, no qual se buscou implementar instrumentos aptos a solucionar tais demandas e alcançar um patamar superior de efetivação dos direitos do cidadão.

Inspirado pelo modelo norte-americano das *class actions*, o ordenamento jurídico brasileiro já vinha adotando uma série de ações coletivas em matérias atinentes à defesa do consumidor e do patrimônio público, meio-ambiente, proteção à criança e ao adolescente, como pode ser constatado em diversos diplomas legais, tais como: Lei da Ação Civil Pública³⁴⁷, Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴⁸, Código de Defesa do Consumidor³⁴⁹, entre outras leis do período que teve início da década de 80 do século XX.

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno³⁵⁰, pode-se definir a *class action* do direito norte-americano como o procedimento no qual “uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”. O autor aponta que seu cabimento é restrito às hipóteses nas quais:

(...) a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado-juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência³⁵¹.

Bueno ressalta a existência de precedentes jurisprudenciais “onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como *class action*”. Com efeito, comenta o autor, “em se tratando de *class action*, somente o autor (indivíduo ou

³⁴⁷ Lei nº 7.347/1985.

³⁴⁸ Lei nº 8.069/1990.

³⁴⁹ Lei nº 8.078/1990.

³⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

³⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

pequeno grupo de indivíduos) deve preencher os requisitos da competência jurisdicional³⁵².

Segundo Bueno, as *class actions* se originam no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, “procedimento no qual era possível propor uma ação ou sofrer uma ação por intermédio de partes representativas (*representative parties*)”³⁵³. Seus requisitos, por sua vez, assemelhavam-se aos da atual *class action*:

(...) porquanto tinham cabida quando o número de pessoas envolvidas no litígio era muito grande, de forma a inibir sua reunião, quando os membros deste grupo compartilhavam entre si um interesse comum na questão a ser julgada e, finalmente, quando as partes nomeadas eram representantes adequadas dos interesses daqueles que não figuravam, pessoalmente, no processo³⁵⁴.

Bueno afirma que, “reunidas, cumulativamente, todas estas exigências, o julgamento da ação seria obrigatório para todos os membros do grupo, tivessem, ou não, participado diretamente da relação processual”³⁵⁵. De acordo com o autor, em seguida, com o advento da *Federal Equity Rule 38* de 1912, deu-se a primeira definição normativa das *class actions*, através das disposições que instituíram requisitos essenciais:

(...) inviabilidade da participação de todos os membros da classe no processo; adequada representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual; presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da classe, que, por seu turno, é formada, do ponto de vista substancial, por todos aqueles sujeitos aos quais a questão pode ser considerada comum³⁵⁶.

³⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

³⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

³⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

³⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

³⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 93.

Bueno³⁵⁷ salienta que, posteriormente as *class actions* passaram a ser reguladas pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, sendo que a principal preocupação, neste momento, era descrever suas hipóteses de cabimento. As ações eram classificadas³⁵⁸, aponta o autor, “com base em critério que levava em conta a natureza da afirmação de direito (*character of the right*)”.

O autor aponta que a classificação em uma ou outra espécie de *class action* era relevante “diante da diferenciação de seus respectivos regimes jurídicos, com destaque às diferentes espécies de provimento jurisdicional que poderiam ser solicitadas e às sentenças que teriam efeitos vinculantes para todos os membros da classe”³⁵⁹.

Esta distinção, aponta Bueno, foi tratada pelos escritos pioneiros de José Rogério Cruz e Tucci::

Antes da reforma de 1966, a Regra 23 (...) ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do *character of the right* deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era joint ou common - a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia: “*bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit*”. Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas

³⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 95.

³⁵⁸ Nesse sentido, Bueno aponta o trabalho de Luiz Kubinszky (KUBINSZKY, Luiz, "A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress)" in *Revista de Processo*, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 153/154) "Devido à autorização legal do Congresso em 1934, a Corte Suprema adaptou em 1938 as 'Regras Federais de Processo Civil', unificando o direito comum e a equidade, realizando o mais avançado e moderno sistema de prática em Códigos de Processo. O Código, conforme seu imediato sucesso, é ainda hoje o modelo de formas processuais" (...) "... o sistema codificado foi adotado por 32 Estados, bem como estão em vigor nas cortes federais as mencionadas regras federais de processo. Os Estados remanescentes foram classificados como tendo inclinações para o sistema codificado, ou, simplesmente, como continuando com o processo de direito comum".

³⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 95.

dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: “*bound only the parties before the court*”³⁶⁰.

As características principais deste diploma, segundo Bueno são as seguintes:

- a) A classe deve ser extensa o suficiente de forma que impossibilite, ou, ao menos, não se mostre conveniente, a “reunião de todos seus membros individualmente considerados em um só processo”;
- b) As questões levadas à Corte têm que ser comuns, isto é: “deverão ser questões de direito ou de fato comuns para toda a classe”;
- c) O autor (ou os autores) das *class actions* deve demonstrar que é “representante típico da classe”;
- d) O objeto da ação ou da defesa – “a *class* pode figurar, de acordo com o sistema norte-americano, também no polo passivo da relação jurídica processual” – deve típico, “característico, da classe”³⁶¹.

A *Federal Rule 23*, adverte Bueno, “com a redação mais recente, exige, ainda, que a situação fática cuja tutela se busca seja, cumulativamente, uma das hipóteses que arrola nos três itens de sua *subdivisions* (b)”³⁶².

Reunidas as condições que indica, prossegue Bueno, a ação “poderá ser recebida e processada como *class action*”. Portanto, além dos “*prerequisites* que elenca na *subdivision* anterior (a) e anotados nos parágrafos precedentes”, verifica-se a necessidade, para uma primeira hipótese, de que as ‘ações propostas pelos (ou em face dos) indivíduos considerados enquanto tais, possam dar ensejo a situações juridicamente indesejáveis”³⁶³.

³⁶⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. ***Class Action’ e Mandado de Segurança Coletivo***, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 26.

³⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. A *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in ***Revista de Processo***, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.

³⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. A *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in ***Revista de Processo***, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.

³⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. A *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in ***Revista de Processo***, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.

Assim, aponta Bueno:

Se diversas ações propostas individualmente pelos (ou em face dos) indivíduos, que poderiam ser reunidos e tratados como uma *class* para fins processuais, criarem o risco de decisões inconsistentes, dando ensejo à definição de padrões incompatíveis de conduta à parte oposta à da *class* ou, ainda, se a ação individual de um só dos membros pudesse causar prejuízos aos interesses de outros membros da classe não envolvidos em ações também individuais, terá lugar a promoção de uma *class action*³⁶⁴.

Bueno reflete que, neste contexto, “o vetor da igualdade justifica este tratamento da ação como coletiva: com uma penada, estará definida qual a situação normativa que deve ser a prevaiente”. Uma vez preenchidas, aponta, “as condições do regular processamento da *class action*, todos aqueles que participem, direta ou indiretamente (por meio do *representative*), da relação processual serão afetados pelo quanto decidido”³⁶⁵.

Neste ponto, Bueno coloca uma questão pertinente:

Como sustentar, sem receio de violar aquele verdadeiro pilar do Estado de Direito, que determinadas situações não estejam sujeitas ao pagamento de certo tributo, enquanto que outras – que não tragam em si qualquer fator de discrimen que justifique tratamento diverso – devam sujeitar-se àquela mesma exação, independentemente do montante monetário?³⁶⁶

Bueno remonta às questões levantadas por Liebman no curso da análise das ações concorrentes, isto é, “aqueles casos em que há pluralidade de partes para impugnação de um mesmo ato jurídico, sendo irrelevante a participação de todos para a validade (existência) da relação processual, porque a hipótese não reclama litisconsórcio definível como necessário”³⁶⁷. Bueno, ainda considerando as reflexões

³⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.

³⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 97.

³⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92- 151.

³⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92- 151.

de Liebman, propõe:

Imagine-se o caso de um acionista pretender evitar a realização de assembleia de uma dada sociedade anônima. Desde que sua pretensão não seja acolhida, os efeitos da sentença de rejeição serão sentidos por todos os demais acionistas, mesmo por aqueles que não se dirigiram ao Poder Judiciário. Defendia Liebman, em continuação, que a procedência da ação extinguiria todas as outras ações, com mesmo objeto, propostas pelos demais acionistas diante do exaurimento dos respectivos interesses (jurídico) de agir. Para evitar o problema – e, ao menos entre aqueles países da *civil law*, as críticas sempre feitas à possibilidade de se ter a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* –, aquela ação do primeiro acionista poderia ser recebida como uma *class action*. Fosse assim e a decisão seria vinculante a todos aqueles que, individualmente, poderiam ter agido em juízo contra aquele mesmo ato. A doutrina norte-americana não deixa de apontar, entretanto, que o recebimento pela Corte desta ação como uma *class action* – o papel do juiz nestes casos é decisivo, (...) obedece a razões de conveniência e a razões práticas”³⁶⁸.

Bueno adverte que, a segunda situação fática que deve estar presente, além dos requisitos elencados na *Federal Rule 23* para que “seja possível a instauração de uma *class action* relaciona-se com aquelas hipóteses em que a parte oposta à classe tenha atuado ou tenha se recusado a atuar de acordo com padrões geralmente aplicáveis para toda a classe”. Relaciona-se, prossegue o autor, a espécie com “ações envolvendo os *civil rights*”, pelo que o pedido a ser formulado “deve ser cunho injuntivo³⁶⁹ ou seu respectivo declaratório, em benefício de toda a classe”.

Como exemplo típico do caso de cabimento desta *suit*, Bueno aponta a “ação movida para inibir alegada discriminação racial, religiosa ou sexual, poluição ambiental, etc”. O autor afirma que na doutrina norte-americana, estas *class actions* “não admitem a formulação de pedido de cunho patrimonial, ao menos enquanto seja esta a tutela principal solicitada”³⁷⁰.

De fato, é possível perceber que a experiência norte-americana “não pode ser desprezada, mas não é capaz de oferecer soluções para todos os problemas observados nas ações coletivas brasileiras”, como bem aponta André Vasconcelos

³⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92- 151.

³⁶⁹ injunctive relief.

³⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92- 151.

Roque³⁷¹.

Roque aconselha a abrir o “horizonte de discussão do direito comparado” e consultar outras fontes que não apenas a doutrina estadunidense. De fato, Roque observa que:

O Brasil ocupa uma posição de vanguarda em termos de tutela coletiva entre os países da *civil law*. Muito embora seja necessário abrir os horizontes e considerar as experiências de outros países, além dos Estados Unidos, não se pode esquecer que, no âmbito das ações coletivas, ao contrário do que ocorre com outras áreas do direito, o ordenamento jurídico brasileiro constitui o verdadeiro paradigma para os países de tradição romano-germânica, incluindo a Europa continental. O legislador no Brasil, agiu de forma desbravadora, ao construir, a partir da década de oitenta do século passado, um modelo de processos coletivos sem precedentes na *civil law*³⁷².

Quatro décadas já se passaram e, no entanto, o uso das ações coletivas no Brasil parece ainda não dispor de instrumentos adequados e efetivos para o trato dos conflitos e demandas coletivos. Nesse contexto, cabe examinar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – o IRDR – para que se possa verificar e demonstrar (ou não) sua real eficácia como instrumento de tutela coletiva, em especial, como pretende analisar o presente trabalho de pesquisa, no âmbito do Superior Tribunal Militar, o que será feito no capítulo seguinte. Antes, porém, cabe refletir sobre as garantias constitucionais do Processo Penal Militar.

2.5 As Garantias Constitucionais do Processo aplicadas ao Processo Penal Militar

As garantias previstas no artigo 5º, incisos LIV e LV da Carta Magna de 1988, estabelecem que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa aplicam-se aos acusados e litigantes em geral, não fazendo, a esse respeito, distinção entre os cidadãos civis ou militares.

Desta forma, os direitos fundamentais dispostos no art. 5º impõem a observância das normas constitucionais, também, no âmbito da Justiça Militar, sendo, por conseguinte, inadmissíveis que esses direitos sofram limitações, ainda que em

³⁷¹ ROQUE, André Vasconcelos in FUX, Luiz (coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo: Método. 2013, p. 642.

³⁷² ROQUE, André Vasconcelos in FUX, Luiz (coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo: Método. 2013, p. 644.

nome da hierarquia e da disciplina, princípios basilares do Direito Militar, que, só podem encontrar validade e efetividade quando fundamentados no respeito ao Estado de Direito e à ordem constitucional.

Nesse sentido, Olinda Vicente Moreira³⁷³, em um estudo comparado sobre o direito militar português e brasileiro, atentou para a questão dos princípios regentes do Direito Penal Militar nos sistemas jurídicos atuais. A autora observou o que neles há em comum e notou a existência de princípios básicos que:

(...) diante da sua aceitação nos mais variados ordenamentos jurídico-penais positivos de origem romano-germânica, firmam-se como um paradigma mínimo para a interpretação e a aplicação das normas penais. Tais princípios, quando não positivados, são produto dos conceitos do direito penal, das ligações entre ramos do direito ou mesmo de características próprias do domínio normativo penal que vinculam tanto o Poder Legislativo quanto o aplicador da lei³⁷⁴.

Moreira³⁷⁵ considerou a natureza especial do direito penal militar, o que, em sua visão, conduz, “inexoravelmente, à ideia de que este ramo do direito está indissociado do direito constitucional e, em larga medida, do direito penal comum, naquilo que com ele não conflitar”, sendo-lhe, por esta razão, aplicáveis os princípios da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade e proporcionalidade.

O princípio da legalidade ou da reserva legal, afirma Moreira³⁷⁶, é o mais representativo dos princípios do direito penal, pois está, indiscutivelmente, ligado à própria concepção de um Estado de Direito, já que tem por condão limitar o “poder público sancionador àquelas hipóteses expressamente previstas na lei (*nullun crimen*

³⁷³ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 35.

³⁷⁴ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 35.

³⁷⁵ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 35.

³⁷⁶ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 36.

nulla poena sine lege), quer dizer, o Estado-Legislador somente alcança legitimidade punitiva através de lei, a qual vincula o Estado-Juiz”.

Quanto ao princípio da intervenção mínima, Moreira³⁷⁷ aduz que a sanção penal é, sempre, a *ultima ratio*, o “derradeiro recurso a ser utilizado pelo Estado em desfavor de seus cidadãos, pois representa a mais forte e violenta intervenção estatal no âmbito das liberdades individuais”. E dessa premissa, sustenta a autora, decorre a intervenção penal³⁷⁸ legitima-se, portanto, “unicamente quando outros ramos do direito – tais como o civil e o administrativo – se mostram insuficientes ou incapazes de tutelar adequadamente determinado valor socialmente reconhecido como um bem jurídico”. Dito de outro modo, argumenta Moreira:

(...) recorrer à intervenção mínima do direito penal nas relações sociais é reconhecer dois aspectos a ela inerentes: a fragmentariedade e a subsidiariedade desse domínio. O caráter fragmentário se revela na exigência de que o direito penal “selecione” dentre as condutas humanas capazes de ameaçar ou lesionar bens jurídicos socialmente importantes, aquelas que efetivamente dependam do maior rigor punitivo estatal. A natureza subsidiária do direito penal, como é intuitivo, diz com a necessidade de primeiramente se utilizar o Estado, ou o particular (nas ações penais dependentes de representação do ofendido), de institutos extrapenais para a salvaguarda de bens jurídicos. E somente quando já empregados esses meios sem resultado satisfatório, ou quando não utilizados diante da sua manifesta ineficácia ou insuficiência, deverá o direito penal ser demandado³⁷⁹.

Disto decorre, sustenta Moreira, que a lei penal militar somente nos casos

³⁷⁷ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 36.

³⁷⁸ No âmbito castrense, a observância ao princípio da intervenção mínima, sustenta Moreira. “merece renovado cuidado, pois, como ressaltado por José López Sánchez, na evolução legislativa do direito penal militar e em relação ao bem jurídico ‘disciplina’, em especial, ‘*se ha criminalizado toda conducta indisciplinada sospechosa, atentando, con ello, diretamente contra los principios de subsidiariedade y el del carácter fragmentário del Derecho Penal*’, exemplifica, afirmando que até a entrada em vigor do Código Penal Militar espanhol de 1985, as infrações disciplinares, das leves às mais graves, recebiam tutela penal, ofendendo diretamente o princípio da subsidiariedade, na medida em que a proteção oferecida pela via disciplinar seria suficiente para reprimir, em tese, muitas das condutas até então criminalizadas. MOREIRA, Olinda Vicente. **A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro)**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

³⁷⁹ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

expressamente previstos na Constituição poderá impor quaisquer restrições aos direitos, às liberdades e às garantias e, mesmo nesse caso, “desde que essa limitação não exceda o estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, de acordo com as disposições vigentes, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto na Constituição da República Portuguesa de 1974.

Outro princípio elencado por Moreira³⁸⁰ é o da lesividade ou ofensividade. Tal princípio aponta para a ofensa de um bem jurídico protegido pela norma penal militar – ou sua exposição ao perigo –, tal é o que exige como pressuposto para a aplicação da sanção penal. Disso decorre, aduz Moreira, que ao legislador é vedada a “criminalização de condutas internas ao agente (ideias, pensamentos, convicções, desejos e sentimentos) que não tenham repercussão no mundo exterior (*cogitationis poenan nemo patitur*)”. Quanto ao tratamento doutrinário dado ao referido princípio, Moreira aponta:

(...) refere a doutrina que o princípio da lesividade tem a função de desautorizar a tipificação de simples estados ou “condições existenciais”, haja vista que o indivíduo não deve ser responsabilizado pelo que ele é, mas pelo que faz ou deixa de fazer (direito penal “de ato” e não “de autor”). Portanto, não devem ser criminalizadas as liberdades de pensamento, de crença, de consciência, de convicção filosófica, etc ³⁸¹.

Prosseguindo em suas considerações, Moreira³⁸² reflete sobre o princípio da proporcionalidade, argumentando que, se a “pena é uma medida de justiça, deve ela ser proporcional ao desvalor da conduta incriminada pela norma penal militar”. Se este princípio não for observado, o Estado poderá “agravar demasiadamente a reprimenda, dando ensejo a uma nova agressão”. Por outro lado, “ao aplicá-la em patamar

³⁸⁰ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

³⁸¹ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

³⁸² MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

insuficiente à viabilização da sua função preventiva, estará apresentando uma resposta insuficiente à exigência da adequação e da eficácia da tutela penal como legitimadores da intervenção estatal”. Portanto:

(...) a proporcionalidade limita a proteção penal conferida pelo legislador, na exata medida em que proíbe sanções penais desnecessárias, quando as lesões ao bem jurídico ensejarem um mínimo desvalor de resultado, ainda que eventualmente típicas as condutas³⁸³.

Moreira³⁸⁴ sustenta, quanto ao princípio da culpabilidade, que este veda “a responsabilização penal objetiva do indivíduo como decorrência exclusiva da produção de um resultado danoso”. Resta proibido, por conseguinte, a condenação do agente “pelo simples fato de existir uma comprovada relação de causalidade entre a conduta e a afetação do bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora”. Observa a autora:

Para que reste caracterizado o delito é preciso o implemento de requisitos adicionais. Assim, como decorrência desse princípio, a lei deve obstar a punição de pessoas inimputáveis (porquanto incapazes de compreender a norma ou de se determinarem de acordo com o sentido da mesma), de imputáveis que incorram em desconhecimento inevitável acerca da proibição contida na norma (naquilo que a doutrina denomina “erro de proibição invencível”) e, por fim, de pessoas que, não obstante conheçam a antijuridicidade da conduta, não podem agir de forma diversa diante das peculiaridades do caso concreto.

Por fim, Moreira³⁸⁵ aborda o princípio da humanidade. Observa a autora que a moderna concepção do direito penal e da função da pena parte da premissa que o objetivo da pena não é o castigo do condenado. De fato, as ordálias e as penas corporais descritas por Michel Foucault³⁸⁶ em sua obra “Vigiar e punir” são,

³⁸³ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

³⁸⁴ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

³⁸⁵ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 35.

³⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1997.

hodiernamente, inaceitáveis. Ao contrário, aduz Moreira, “o sofrimento e as aflições impostas ao apenado somente devem ser admitidos se caracterizarem uma consequência necessária da restrição ou da limitação imposta ao indivíduo em decorrência de sua conduta”. Nesse contexto, aponta a autora:

(...) não são raras as manifestações da Corte Europeia de Direitos Humanos e da CIDH no sentido de condenar a previsão e a execução de penas que possam vir a ser consideradas desumanas, cruéis ou degradantes, dentre as quais se podem incluir as penas que atentem contra a integridade física ou psíquica do agente da ação ou omissão típica. A corroborar esta afirmação, encontram-se inúmeros precedentes jurisprudenciais dessas Cortes, nos quais são reiteradas as condenações dos Estados em razão de violação ao princípio da humanidade da pena³⁸⁷.

Oliveira³⁸⁸, por seu turno, argumenta que, apesar de estar na Constituição Federal e também em textos internacionais ratificados pelo Brasil, o princípio da humanidade não é respeitado no país, sendo flagrante a discrepância entre as leis e a execução penal brasileira. Contudo, sustenta a autora, o desrespeito não ocorre apenas em função da falta de estrutura física e humana, e, sim, em razão:

(...) do entendimento adotado pelos tribunais e em razão da própria lei, que não condiz com as determinações constitucionais. Portanto, além de maiores investimentos nesta área, são necessárias políticas sociais adequadas, que não podem mais ser substituídas por medidas penais, é necessário um entendimento dos tribunais mais condizente com a humanidade das sanções³⁸⁹.

Embora o Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, tenha declarado o respeito à dignidade humana e garantido o princípio da humanidade das penas, bem como ratificado diversos tratados sobre a proteção dos direitos humanos, o que se observa, ainda hoje, é crescimento no número de casos em que se tem como protagonista a violação dos direitos fundamentais. Desafortunadamente, a Justiça Militar não está imune a este tipo de ocorrência.

³⁸⁷ MOREIRA, Olinda Vicente. A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 35.

³⁸⁸ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2014, p. 241.

³⁸⁹ OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2014, p. 241.

2.5.1 Direitos Humanos nos Tribunais Militares

Segundo Flavio Flores da Cunha Bierrenbach³⁹⁰, ex-ministro do STM, em 2006, o Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas (OHCHR³⁹¹) e a Comissão Internacional de Juristas (ICJ) realizaram o Seminário Internacional sobre Direitos Humanos e a Administração da Justiça por Tribunais Militares, em Genebra, Capital da Suíça. O autor destaca que esta foi a ocasião em que, pela primeira vez, a Justiça Militar, como instituição, foi “submetida a critérios de direito internacional público e de direitos humanos no foro das Nações Unidas”.

Esse Seminário foi precedido, pontua Bierrenbach³⁹², por estudos e debates promovidos pela UMR – *Unité Mixte de Droit Comparé* – na Universidade de Sorbonne, quando, sob a perspectiva do direito comparado, examinou-se “o tema geral da Administração da Justiça pelas Jurisdições Militares e de Exceção”.³⁹³

Segundo Bierrenbach³⁹⁴ sumário das discussões havidas no Seminário de

³⁹⁰ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 24.

³⁹¹ Office of High Commissioner for Human Rights.

³⁹² BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 24.

³⁹³ O autor traça, para o melhor entendimento do que representou o aludido Seminário, um fio condutor histórico que convém reproduzir: A questão dos direitos humanos e da administração da justiça por tribunais militares tem sido objeto de crescente interesse. No ano 2000, a Subcomissão para Promoção e Proteção de Direitos Humanos das Nações Unidas inaugurou uma série de estudos. Em 2004, a Comissão Internacional de Juristas (ICJ) organizou seminário de especialistas com esse objetivo. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 61ª Sessão, referiu-se expressa e positivamente em relação à continuidade dos estudos e debates relativos à temática da administração da justiça por parte de tribunais militares, mediante duas resoluções complementares. A primeira diz respeito à “integridade do sistema judicial”, e a segunda refere-se à “independência e imparcialidade do judiciário”, ambas adotadas em 19 de abril de 2005. Nessas resoluções foi analisado o relatório submetido pelo especialista independente Mr. Emmanuel Decaux, com o Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares, tendo sido deliberado que uma versão revista será apreciada pela Comissão de Direitos Humanos e oportunamente levada à consideração do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. (BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 24).

³⁹⁴ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado

Genebra, conduziu a algumas conclusões pertinentes. Primeiramente, evidenciou-se a inexistência de um modelo uniforme para o exercício da jurisdição militar – apenas certa “generalidade de princípios”. Em segundo lugar, prossegue o autor, constatou-se que a “legitimidade do emprego do monopólio da força justifica a especificidade da jurisdição militar”, e, acima de tudo, que os “direitos humanos constituem uma unidade internacional, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da liberdade e da igualdade se conjugam e se completam”.

Desta forma, sustenta Bierrenbach³⁹⁵, no Seminário de Genebra sedimentou-se o consenso acerca de uma proposta de programa para próximos encontros onde seriam contemplados quatro temas fundamentais:

Identificar as questões centrais enfrentadas nas cortes militares; 2) definir critérios mais claros para estabelecer limites entre infrações penais e infrações disciplinares; 3) introduzir no currículo dos magistrados militares exigências de proficiência em direitos humanos e direito internacional humanitário; 4) ampliar o coeficiente de independência dos juízes militares e fixar parâmetros mínimos necessários para que os tribunais militares alcancem independência e imparcialidade³⁹⁶.

Bierrenbach, no aludido Seminário Internacional, se propôs realizar uma “análise da sistemática recursal da Justiça Militar da União, com ênfase na competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as decisões do Superior Tribunal Militar”³⁹⁷, e, então, relaciona-la ao princípio nº 176 do Projeto de Princípios sobre a Administração da Justiça por Tribunais Militares. A esse respeito, Bierrenbach posicionou-se com uma proposta principiológica que indicava:

(...) a necessidade de revisão das decisões judiciais de primeira instância da Justiça Militar, em grau de apelação, por um tribunal

Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

³⁹⁵ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

³⁹⁶ Quanto ao último tópico, Bierrenbach, em encontro subsequente realizado no Brasil, considerou vitais as discussões acerca da independência, competência e imparcialidade da Justiça Militar, a Independência e integridade do sistema recursal e a definição do estágio em que uma decisão é suscetível de revisão por corte civil.

³⁹⁷ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

ordinário e, em qualquer caso, o controle de legalidade deve recair nas mãos do órgão supremo do poder judiciário. Ainda, segundo o princípio nº 17, o conflito de competência entre a jurisdição militar e a ordinária deve ser solucionado por órgão judicial de jurisdição ordinária, integrado por magistrados independentes, imparciais e competentes, como um tribunal supremo ou corte constitucional³⁹⁸.

Esclarece o autor que a expressão “jurisdição ordinária”, no contexto apresentado, “deve ser entendida como sinônima de jurisdição comum, entendendo-se por jurisdição comum toda aquela que não é especial”. Bierrenbach³⁹⁹ afirma que a jurisdição militar, no Brasil, “embora especial, não é jurisdição de exceção”, e que, por conseguinte, deve-se considerar que “o ordenamento jurídico brasileiro assegura a todos amplo acesso ao Poder Judiciário e duplo grau de jurisdição”.

O autor⁴⁰⁰ observa que a declaração de direitos estatuída na Constituição Federal “é clara ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da mesma forma, aduz Bierrenbach, são assegurados aos litigantes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, as garantias do contraditório e ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Contudo, afirma o autor, “não há, por certo, no texto constitucional, referência expressa à garantia processual do duplo grau de jurisdição, que decorre da própria estrutura hierarquizada do Poder Judiciário e da criação constitucional de recursos e meios de impugnação autônoma”⁴⁰¹. É no âmbito do direito internacional que ela ocorre. De fato, a garantia:

(...) surge expressamente em diversos tratados internacionais de

³⁹⁸ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

³⁹⁹ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

⁴⁰⁰ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 28.

⁴⁰¹ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

direitos humanos, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, que prevê expressamente o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal de instância superior. O mesmo se pode dizer do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também incorporado ao direito interno⁴⁰².

Bierrenbach aponta que diversas disposições normativas podem ser encontradas na declaração de direitos e garantias individuais como evidência do tratamento constitucional do processo penal. Essas normas, segundo o autor, são “reveladoras da formação, a partir da Constituição de 1988, de um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana”. A partir de então, aduz, o processo penal evoluiu de “simples instrumento de justiça em garantia da liberdade”. Dito isso, conclui, “é possível afirmar que a Justiça Militar da União conforma-se parcialmente ao princípio nº 17, sem que disso decorra a inadequação do sistema judicial moldado pelo constituinte de 1988”.⁴⁰³

Bierrenbach⁴⁰⁴ sustenta que a Justiça Militar da União atende, parcialmente, ao enunciado do princípio nº 17, pois:

1. Em tempo de paz, as decisões de primeira instância são revistas por Corte Militar, no caso o Superior Tribunal Militar, quando o princípio propõe a revisão por órgão judicial ordinário, entendido como aquele submetido à jurisdição comum ou civil, em oposição à jurisdição especial ou militar.
2. Em tempo de guerra, a lei não prevê possibilidade de revisão de decisão da justiça militar por Corte civil, nem pela via recursal nem pela via da impugnação autônoma. Há, ao contrário, expressa vedação legal de utilização do habeas corpus, no artigo 706 do Código de Processo Penal Militar, cuja constitucionalidade reputo duvidosa.
3. Os conflitos de competência entre a jurisdição militar e a civil são decididos por Cortes civis, no caso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses em que o conflito seja instaurado perante o Superior Tribunal Militar. Nesse aspecto, portanto, o princípio nº 17 é plenamente observado pela jurisdição militar brasileira.

⁴⁰² BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

⁴⁰³ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

⁴⁰⁴ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 26.

4. O sistema recursal da justiça militar é efetivo, permitindo às partes amplo acesso às Cortes superiores, com diversos recursos na lei processual penal militar que podem ser utilizados, além da previsão constitucional do habeas corpus.

5. É baixa a taxa de recorribilidade das decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar, p. 32 correspondente a 5,98%, se comparada à taxa média de 30,06% dos Tribunais Regionais Federais, apurada no Relatório Anual de 2006, disponível na página da internet do Conselho Nacional de Justiça.

6. A utilização do habeas corpus mostrou-se o modo mais eficaz para obtenção de reforma das decisões do Superior Tribunal Militar perante o Supremo Tribunal Federal. Em seis anos apurados, apenas um único recurso extraordinário foi provido.

7. A inadequação parcial da Justiça Militar da União ao princípio nº 17 não suprime a efetividade do seu sistema recursal, uma vez que há ampla possibilidade legal de revisão de suas decisões pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo às partes a utilização dos recursos e das impugnações legalmente previstas⁴⁰⁵.

Bierrenbach conclui que, a despeito de suas peculiaridades, a Justiça Militar da União, no Brasil, encontra-se em perfeita conformidade os “mais exigentes critérios de imparcialidade, integridade e independência estabelecidos nos padrões internacionais dos povos civilizados”⁴⁰⁶.

Bastos Netto⁴⁰⁷, por seu turno, ao analisar a jurisprudência da Corte IDH sobre a jurisdição militar, aferiu “vários padrões sobre a justiça castrense a partir do Direito Internacional”, propugnando pela “manutenção do caráter restritivo e excepcional da justiça militar e a vedação do julgamento de civis por foro militar, sendo que este deve ser abolido do direito brasileiro”.

Bastos Netto⁴⁰⁸ observou que há inconveniências no âmbito do direito militar pátrio, como, por exemplo, no instituto da prisão disciplinar por transgressão

⁴⁰⁵ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 27.

⁴⁰⁶ BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008, p. 27.

⁴⁰⁷ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016, p. 104.

⁴⁰⁸ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016, p. 103-128,

militar, manifestando-se sobre a “necessidade de lei formal para regulamentar esta modalidade de prisão”, pois o “direito militar brasileiro não atente este requisito, exigido pela CRFB/88 e pelo artigo 30 da CADH, restando inaplicável o instituto até que lei o regule adequadamente”. O autor argumenta que, na prisão disciplinar, “há vício de constitucionalidade e convencionalidade pela falta de lei formal”.

Ademais, Bastos Netto aduz que a restrição ao direito de habeas corpus também “não deve ocorrer no Estado Democrático de Direito, baseado na jurisprudência interamericana”. De fato, propõe o autor:

(...) o artigo 142, §2º, da Constituição, deve ser interpretado à luz do princípio *pro homine* e do entendimento pacífico e reiterado da Corte IDH, sendo certo, que o direito ao HC é uma garantia judicial indispensável, que não pode ser suspensa nem mesmo em estado de exceção⁴⁰⁹.

Portanto, conclui Bastos Netto⁴¹⁰ é imperioso que se realize o controle de convencionalidade do direito militar brasileiro, para que seja possível garantir que o ordenamento jurídico brasileiro apresente-se conforme à Convenção Americana e cumpra com as obrigações por ela estabelecidas.

O autor, contudo, não advoga aqui pelo fim da Justiça Militar, mas, sim, pela “preservação de seu caráter restrito e excepcional”. Reconhece a “importância das Forças Armadas no Estado contemporâneo” e ressalva que “direitos humanos e Justiça Militar não podem ser contrapostos, mas sim complementares”⁴¹¹.

2.5.2 Os efeitos da Lei 13.491/2017 na defesa e salvaguarda dos Direitos Humanos

Em uma avaliação crítica da Lei 13.491/2017, Luíz Gustavo Gonçalves

⁴⁰⁹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016, p. 104.

⁴¹⁰ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016, p. 104.

⁴¹¹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016, p. 105.

Ribeiro⁴¹², sustenta que o referido diploma legal teve o condão de ampliar o rol de crimes militares sem que se observasse a relação entre o “bem jurídico tutelado, não necessariamente de interesse militar, com a própria natureza da infração”. Segundo o autor, a lei em tela opera na “contramão de Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário”, uma vez que descuidou da “necessária restrição da competência da justiça castrense em prejuízo da persecução de crimes que condizem, muitas vezes, com a dignidade da pessoa humana e que, portanto, estão afetas ao juízo comum”.⁴¹³

Ribeiro⁴¹⁴ sustenta que a motivação para a criação da Lei 13.491/2017, foi justificada pela “necessidade de imprimir segurança jurídica às situações de crimes dolosos contra a vida de civis praticados em atividade de policiamento ostensivo por militares federais das forças armadas”⁴¹⁵. O autor salienta que há nela não apenas vícios de constitucionalidade, mas, principalmente, violações às Convenções Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário, o que vem produzindo uma série de consequências penais e processuais penais cujo impacto

⁴¹² RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 321.

⁴¹³ O autor reprova, enfaticamente, a Lei 13.491/2017, argumentando que cria, de forma inadequada: “(...) políticas criminais ao incrementar, em muito, o número de infrações penais de natureza militar, ignorando, por completo, a Teoria do Bem Jurídico e a tutela nacional e internacional dos direitos humanos. Eufemisticamente falando, a confusão entre política pública e política criminal ficou à margem das discussões travadas no Congresso Nacional, o que culminou em obra legislativa que uma vez mais exemplifica o caos vivido no Brasil com políticas inadequadas de segurança pública”. (RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328)

⁴¹⁴ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

⁴¹⁵ Quanto a esse ponto, Ribeiro esclarece: “Tal fato pode ser constatado pela justificativa atribuída ao projeto que culminou na edição da lei, e que já destacava, em flagrante aceitação ao caos proporcionado pela ausência de políticas públicas condizentes com a prevenção à criminalidade, o seguinte: Cumpre ressaltar que as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais, presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem. Acerca de tal papel, vale citar algumas atuações mais recentes, tais como, a ocorrida na ocasião da greve da Polícia Militar da Bahia, na qual os militares das Forças Armadas fizeram o papel da polícia militar daquele Estado; a ocupação do Morro do Alemão, no Estado do Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas se fizeram presentes por longos meses; e, por fim, a atuação no Complexo da Maré, que teve início em abril de 2014. Dessa forma, estando cada vez mais recorrente a atuação do militar em tais operações, nas quais, inclusive, ele se encontra mais exposto à prática da conduta delituosa em questão, nada mais correto do que buscar-se deixar de forma clarividente o seu amparo no projeto de lei” (RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328).

deve ser analisado. De acordo com o autor:

(...) as políticas públicas na área da segurança são açodadas e equivocadas, priorizam a repressão à prevenção e são inconsequentes quanto à pobreza na discussão e reflexão dos efeitos que produzem. Pontuar os vícios e as consequências penais e processuais penais trazidas pela lei dimensionam a importância e a relevância do texto para futuras práticas governamentais e para orientar juízos de avaliação de (in) constitucionalidade e (in)convencionalidade da lei⁴¹⁶.

Para Ribeiro, inúmeras e recorrentes são as circunstâncias em que se constata a opção por resoluções precipitadas e temerárias e, cada vez mais, testemunha-se o “policiamento ostensivo por parte das forças armadas, seja em substituição ou em reforço às atividades cotidianas de polícia de rua”. O autor argumenta que a Lei 13.491/2017 exemplifica a “clara confusão estabelecida entre política pública e política criminal, e demonstra, uma vez mais, o despreparo político para o trato de questões voltadas às atividades de segurança pública preventiva”⁴¹⁷.

Ribeiro enfatiza o aspecto referente à violação a tratados e convenções internacionais de direitos humanos, lembrando que o entendimento de restrição da jurisdição militar:

(...) é sustentado por prescrições constantes na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica —, e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em especial as prescrições que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais⁴¹⁸.

O autor aponta que, em observância aos tratados e convenções acima mencionados e “objetivando a concretização da eficácia universal dos direitos humanos”, deu-se a alteração do artigo 5º da Constituição Federal através da Emenda

⁴¹⁶ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

⁴¹⁷ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p.328.

⁴¹⁸ (RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328)

Constitucional nº 45/2004419, que, em seu parágrafo terceiro, definiu os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – aprovados, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos de seus respectivos membros –, terão equivalência com as emendas constitucionais. Ribeiro observa que o próprio Supremo Tribunal Federal, em 2008, manifestou-se no sentido reconhecer o status supralegal dos tratados e convenções incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, “ainda que antes da vigência da referida Emenda Constitucional e, portanto, mesmo que não aprovados pelo Congresso Nacional”⁴²⁰.

Ribeiro⁴²¹ afirma que, uma vez reconhecidos que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são “hierarquicamente superiores às leis, as quais lhe devem submissão”, torna-se imperioso considerar que, como “decorrência lógica, a Lei nº 13.491/91, ao expandir a competência da Justiça Militar, opôs-se aos sobreditos tratados e convenções, mostrando-se, portanto, inconstitucional”. Nesse sentido, Ribeiro argumenta:

Não se pode olvidar que, desde a promulgação da Constituição da República, tanto a produção legislativa quanto a interpretação dos tribunais superiores têm sido no sentido de reconhecer o caráter não militar de crimes praticados por militares em serviço, a fim de garantir, inclusive, que o cidadão vítima de violência policial possa ter o caso apreciado pela Justiça Comum, ex vi da construção jurisprudencial que precedeu a edição da Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça⁴²².

⁴¹⁹ Observe-se que no § 4º do referido artigo, consta que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional.

⁴²⁰ Quanto à interpretação que propugna pela tese da supralegalidade aos tratados e convenções sobre direitos humanos, Gonçalves Ribeiro sustenta que: “(...) os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...] O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328)

⁴²¹ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

⁴²² RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, 328.

No âmbito internacional, sustenta Ribeiro, são vários os precedentes na Corte Interamericana de Direitos Humanos que se manifestam contrariamente à expansão da justiça militar. Como exemplo, dentre outros, tem-se o caso Gomes Lund⁴²³, no qual o Brasil foi condenado pela referida Corte a “abster-se de empregar a jurisdição castrense para investigar e julgar militares por crimes cometidos contra civis”⁴²⁴.

Ribeiro, contudo, pontua que, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha deixado claro que a “competência da jurisdição castrense deve restringir-se aos crimes de caráter exclusivamente militares”, pode-se constatar que a Lei nº 13.491/17 “deslocou a competência do juiz natural, independente e imparcial, para uma jurisdição cujas autoridades estão vinculadas ao comando militar e, portanto, submetidas à hierarquia que caracteriza a Corporação”⁴²⁵. Diante de tal medida, pondera o autor:

Sob a égide constitucional e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em um Estado Democrático de Direito, não é crível admitir que a justiça ordinária tenha sua competência esvaziada em prol da ampliação da competência castrense, o que se repudia, inclusive, em relação à subtração da competência constitucional do Tribunal do Júri para julgamentos de crimes dolosos contra a vida, ainda que perpetrados em atividade de policiamento ostensivo por militares das forças armadas⁴²⁶.

Desde a tramitação do projeto de lei (PL 44/2016), pontua Ribeiro, a OEA manifestou sua preocupação, destacando que a medida impediria uma “investigação independente e imparcial, realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança”, já que ao ampliar a jurisdição dos tribunais militares fere-se “o princípio da igualdade perante a lei e

⁴²³ Sobre o caso Gomes Lund, veja-se: CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 12 de maio de 2020.

⁴²⁴ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

⁴²⁵ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

⁴²⁶ RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 328.

relativiza as garantias do devido processo legal e também as normas internacionais de direitos humanos”⁴²⁷.

Há, pois, destacada violação a direitos humanos, mormente em face da ampliação de competência que já deve ser tratada como excepcional. Tal constatação conduz à necessidade de considerar o controle de convencionalidade na Justiça Militar.

2.5.2.1 O Controle de Convencionalidade na defesa dos Direitos Humanos

Segundo Germano André Doederlein Schwartz e Maria do Carmo Goulart Martins Setenta⁴²⁸, nos tribunais brasileiros inexistem um “diálogo crítico entre a mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)”, ainda que a expressão “controle de convencionalidade” seja encontrada em algumas ementas. Afirmam os autores:

Embora sejam encontrados julgados, em cujas fundamentações há referências a tratados e convenções internacionais, eles nem sempre fundamentam a tomada de decisões, como no julgamento do Habeas Corpus nº 115.530 em que o STF analisou e entendeu pela constitucionalidade e Convencionalidade da Lei nº 8.457/92, que organiza a Justiça Militar da União e cria os Conselhos de Justiça, em total descompasso com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente, quando se analisa a competência da Justiça Militar da União para julgar civis, em tempos de paz⁴²⁹.

⁴²⁷ Ribeiro aponta que o “Escritório para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) expressam profunda preocupação com a recente aprovação pelo Congresso brasileiro de um projeto de lei (PL 44/2016) que altera o Código Penal Militar para que homicídios dolosos de civis cometidos por agentes das Forças Armadas sejam julgados por tribunais militares. O ACNUDH e a CIDH têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança. Os dois órgãos recordam que o Estado brasileiro ratificou vários instrumentos internacionais de direitos humanos que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018, p. 329)

⁴²⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.191.

⁴²⁹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.191.

Schwartz e Setenta⁴³⁰ recorrem aos estudos realizados pelo Juiz Federal Luiz Octavio Rabelo Neto sobre a competência da Justiça Militar para julgar civis, no qual foram analisados trinta e um casos levados à apreciação da Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH). Em 27 dos casos, o posicionamento da corte foi pela impossibilidade da Justiça Militar⁴³¹ julgar civis em tempos de paz, em entendimento contrário ao do STF, que admitiu a competência da Justiça Militar da União nessa situação ⁴³².

⁴³⁰ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.191.

⁴³¹ Como contraponto, convém mencionar trecho de reportagem citada por Rabelo Neto, na qual a Ministra Maria Elizabeth Rocha argumenta em defesa do julgamento de civis pela Justiça Militar: “Muito se discute sobre o julgamento de civis pela Justiça Militar Federal e, recentemente, o tema foi objeto de artigo de Flávia Piovesan e Juliana Cesário Alvim, publicado no GLOBO em 24 de julho”. Inicialmente, esclareça-se não se tratar de inovação legislativa introduzida pelo Código Penal Militar de 1969 nem, tampouco, legado do entulho autoritário pós-64. A norma retroage ao período imperial, à Lei 581/1850 e ao Código Penal Militar de 1867. [...] A par das digressões historiográficas, os civis processados pela Jurisdição Castrense não são apenas aqueles que desacatam militares, os quais, por imposição constitucional, devem garantir a lei e a ordem, como comumente se crê. Julgam-se lá criminosos de alta periculosidade, como os integrantes das Farc que adentram o território nacional e assassinam militares brasileiros; quadrilhas de narcotraficantes que invadem quartéis para furtar armamentos de uso exclusivo das Forças Armadas; marginais que aliciam jovens soldados e os induzem às práticas delitivas, sem olvidar o tiro de destruição, regulado pela Lei nº 12.432/2011, que, se disparado, levará a óbito o piloto e os passageiros da aeronave hostil. Poder-se-ia argumentar que à Justiça Federal ordinária caberia apreciar tais delitos, contudo, sobrecarregada de processos, não os julgaria com a necessária celeridade, além de não deter a expertise em Direito Militar. Daí, a questão há de ser ponderada com razoabilidade, tal qual fez o ministro Gilmar Mendes ao relatar o habeas corpus nº 112.848/RJ, que versa sobre arguição similar à contida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 289. Em seu voto, ofereceu interpretação conforme a Constituição sem redução de texto aos artigos 16 e 26 da Lei nº 8.457/1992, no sentido de o civil ser julgado monocraticamente pelo juiz-auditor – magistrado federal, ingresso na carreira por concurso público de provas e títulos – e não mais pelo Conselho Permanente de Justiça. Nesse mesmo norte, o Superior Tribunal Militar encaminhará à Câmara dos Deputados projeto de Lei nº 7.683/2014. Ao fim, enfatize-se jamais ter o Estado brasileiro sido demandado na Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da atuação da Justiça Militar da União (ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Julgamento de civis pela Justiça Militar e direitos humanos. *Jornal O Globo*, 29/7/2014. Apud RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência de a justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos in **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar**. Brasília/DF, STM, Volume 25 Número 2 Janeiro/2016 a Junho/2016. p.p. 131-132.

⁴³² Segundo Schwartz e Setenta, o caso ilustrativo em que a decisão do STF contrário a Corte “envolve a Lei nº 6.683/1979, a chamada lei de anistia, que foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, julgada em 29 de abril de 2010, cuja incompatibilidade com a Constituição brasileira de 1988 foi rejeitada pelo Supremo. Essa mesma lei, porém, foi considerada incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, em decisão de 24 de novembro de 2010 da Corte, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*”. (SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018,

Para Schwartz e Setenta⁴³³, na ausência de uma definição clara e de uma posição sólida e diretiva do STF quanto aos critérios para realizar o controle de convencionalidade e a falta de diretrizes para solucionar eventuais conflitos entre os tratados e a ordem interna impedem que as instâncias ordinárias o realizem⁴³⁴.

O controle de convencionalidade, sustentam Schwartz e Setenta, é, portanto:

(...) instrumento de proteção aos direitos humanos que desestabiliza as clássicas noções de aplicação apenas do direito interno, provocando o enfrentamento entre o ordenamento nacional e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, levando a um diálogo entre cortes e entre fontes do direito na busca da maior proteção ao indivíduo⁴³⁵.

Os autores argumentam que não realizar o controle de convencionalidade, negando “vigência às normas internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil e justapostas à produção normativa interna”, conduz o país em direção ao “cometimento de ilícitos internacionais” e comprometem a efetivação não apenas dos direitos humanos em si, como também de uma ordem jurídica justa⁴³⁶.

Luiz Octávio Rabelo Neto⁴³⁷, por seu turno, sustenta que a Justiça Militar da

p.192).

⁴³³ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.192.

⁴³⁴ Nesse aspecto, Schwartz e Setenta observam que, “ao mesmo tempo que o STF caracteriza os tratados internacionais de direitos humanos como normas supralegais, ou seja, acima das leis ordinárias, mas abaixo das constitucionais e, por consequência, classifica o controle de convencionalidade em posição inferior ao controle de constitucionalidade, decidiu, no recurso extraordinário nº 466.343-1 a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel – constitucionalmente prevista no artigo 5º, LXVII – com fundamento na CADH”. (SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.195).

⁴³⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p.197.

⁴³⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018, p. 197.

⁴³⁷ Apud RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência de a justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos in **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar**. Brasília/DF, STM, Volume 25 Número 2 Janeiro/2016 a Junho/2016. p.p. 131-132.

União tem, ainda, diante de si, o grande desafio jurídico de delimitar sua competência, de modo que possa “compatibilizá-la com a Constituição Federal, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos a que aderiu o Estado brasileiro”, em especial, enfatiza o autor, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

3. COMPATIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COM O PROCESSO PENAL MILITAR E SUAS ESPECIFICIDADES

O último capítulo da pesquisa objetiva, no contexto da necessária uniformização da jurisprudência e das decisões judiciais militares⁴³⁸, analisar a aplicabilidade ou não dos instrumentos constantes do microssistema de precedentes vinculantes do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 ao processo penal militar e suas características primordiais.

O capítulo divide-se em três seções. Na primeira seção será analisada a Aplicabilidade do Microssistema de Precedentes Vinculantes do Código de Processo Civil ao Processo Penal Militar e a Índole do Processo Penal Militar. Na segunda seção, realiza-se uma análise crítica do único precedente relativo ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito da Justiça Militar da União, e, então parte-se para a verificação de seus argumentos e fundamentos sob o prisma da realidade dos fatos e das normas jurídicas. Na sequência, é feita a avaliação do Voto Vencido do Ministro José Coêlho Ferreira e do Julgamento do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 pelo Superior Tribunal Militar.

Por fim, busca-se explorar as possíveis consequências, sejam positivas ou negativas, da utilização do instituto do Incidente na Justiça Castrense Federal e na seara processual penal militar com ênfase primordial nas características que distinguem esse ramo especializado do Poder Judiciário da União dos demais.

3.1. Aplicabilidade do Microssistema de Precedentes Vinculantes do Código de Processo Civil ao Processo Penal Militar e a Índole do Processo Penal Militar

O ponto de partida para se aferir a aplicabilidade, ou não, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça Militar da União é a própria compatibilidade do instituto com o processo penal militar.

Não é desconhecido dos que atuam no processo penal que os conceitos e estudos relativos à Teoria Geral do Processo quase que em sua totalidade versam

⁴³⁸ Delimita-se a pesquisa no âmbito da Justiça Militar da União, estrutura do Poder Judiciário Federal, e não aborda a Justiça Militar dos Estados, seja nos Estados onde há Justiça Militar Estadual formalmente criada (Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul), seja onde a competência está inserida em uma auditoria militar estadual vinculada ao Tribunal de Justiça (demais Estados da federação).

sobre o processo civil⁴³⁹, razão pela qual seus valores, princípios e, principalmente, sua *ratio* essencial deve ser perquirida caso a caso no procedimento de persecução penal. Importante ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 homenageia e reafirma – às vezes até amplia – uma série de princípios enraizados na Constituição Federal, como por exemplo a perspectiva do contraditório substancial, o que torna ainda mais imperiosa sua aplicação supletiva ao processo penal.

Seguindo essa ideia, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁴⁰, ao estudar a aplicação supletiva da legislação processual civil ao campo do processo penal, sustenta que “embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada ao âmbito do Processo Civil, tendo em vista que, em princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal”. Aduz ainda que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁴¹ outorga uma diretriz geral à aplicação por analogia e, pelo fato das normas de processo civil regularem institutos gerais, este é denominado direito processual comum na Consolidação das Leis do Trabalho e, assim, instrumentaliza-se como fonte supletiva e subsidiária para todos os demais ramos processuais⁴⁴² – neles incluídos os processo penal comum e processo penal militar.

Por sua vez, o próprio art. 15 do Código de Processo Civil brasileiro assim determina:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente⁴⁴³.

Embora o referido dispositivo não faça menção expressa de aplicação supletiva do CPC ao processo penal, não se trata de silêncio normativo eloquente, pelo contrário. O próprio CPP contém várias disposições ao longo de seu texto que

⁴³⁹ DIVAN, Gabriel Antinofi. Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre/RS: Elegancia Juris, 2015. Página 204.

⁴⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: forense, 2017. P. 5.

⁴⁴¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Dec-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)).

⁴⁴² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: forense, 2017. P. 5.

⁴⁴³ Lei Federal n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

reconhecem a aplicação subsidiária do CPC, especialmente o seu artigo 3º:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito⁴⁴⁴.

Hermes Zaneti Junior⁴⁴⁵, ao tratar da amplitude hermenêutica do art. 3º do CPP, categoriza a aplicação das regras processuais civis ao processo penal mediante um filtro de admissibilidade nos seguintes termos:

(...) a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC (...) Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, é possível a aplicação (...).

Renato Brasileiro de Lima⁴⁴⁶ assim também se posiciona, embora já defenda diretamente a aplicação do IRDR ao processo penal ao afirmar que:

(...) não há nenhuma razão lógica para se afastar a aplicação do novo CPC ao processo penal, até mesmo porque tal prática já era – e continuará sendo – recorrente na vigência do antigo (e do novo) CPC (...) Noutro giro, ante o silêncio do CPP em relação ao assunto, é perfeitamente possível, por exemplo, a aplicação subsidiária ao processo penal do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do novo CPC), que, doravante, poderá ser instaurado em qualquer Tribunal, inclusive nos Tribunais de Justiça dos Estados e nos Tribunais Regionais Federais (...).

Com o mesmo raciocínio, a I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) coordenada pelos Ministros Mauro Campbell e Raul Araújo, aprovou o seguinte enunciado: *“Enunciado n. 03. As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao*

⁴⁴⁴ Dec-Lei n. 3.689/1941 (Código de Processo Penal).

⁴⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). **Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. Ed. Rev., Ampl. e Atual. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 100/101.

*Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei*⁴⁴⁷”.

E a inteligência do Código de Processo Penal comum é a mesma do Código de Processo Penal Militar, veja-se:

- Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:
- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
 - b) pela jurisprudência;
 - c) pelos usos e costumes militares;
 - d) pelos princípios gerais de Direito;
 - e) pela analogia⁴⁴⁸.

Ao interpretar esse dispositivo, Cícero Robson Coimbra Neves⁴⁴⁹ afirma que:

(...) no Direito Processual Penal Militar, no entanto, além dos mecanismos postulados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (usos e costumes, princípios gerais do Direito e analogia), há, em primeira análise, dois outros a serem considerados: a aplicação suplementar da lei processual penal comum e a jurisprudência.

Especificamente em relação ao processo penal militar, pela simples leitura do *caput* do art. 3º do CPPM, a norma processual exige, para aplicação das regras do processo penal comum, que esta não acarrete prejuízo à *índole do processo penal militar*. Mas, então, deve-se também buscar densificar a ideia de índole do processo penal militar que condiciona a aplicação do CPP.

Essencialmente, o processo penal militar tem especificidades e características que lhe são próprias e singulares que buscam alcançar a própria finalidade da atividade jurisdicional da Justiça Militar da União^{450 451}, cuja competência é estritamente criminal militar⁴⁵².

Vale lembrar que o processo penal militar é único, distinto da persecução penal

⁴⁴⁷ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/>. Acesso em 28/04/2020.

⁴⁴⁸ Dec-Lei n. 1.002/1969 (Código de Processo Penal Militar).

⁴⁴⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar – volume único**. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 240.

⁴⁵⁰ Conforme desenvolvido no capítulo 2 da pesquisa.

⁴⁵¹ Embora o CPPM seja também aplicável, em regra, às Justiças Militares Estaduais, a presente pesquisa se restringe à esfera federal da Justiça Militar.

⁴⁵² Art. 124 da CRFB/88. 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.

comum existente na Justiça Estadual e Justiça Federal. Seus atores processuais são diferentes, seus órgãos jurisdicionais de primeiro grau podem ter competência colegiada pelo sistema do escabinato, assim como seu Tribunal Superior⁴⁵³. Essa sistemática, tanto orgânica como funcional, demanda regras que as prestigie e lhe permita a obtenção de seus propósitos institucionais.

Não se pode deixar de lado o fato de que os juízes militares, embora juízes de fato e de direito enquanto na composição dos Conselhos de Justiça, se subordinam ao Estatuto dos Militares e são hierarquizados entre si nas suas funções precípua, mas gozam de independência no exercício da atividade jurisdicional. Jorge César de Assis⁴⁵⁴ entende contida na índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares (honras, distinções e dignidades de seus postos, patentes e graduações), suas obrigações, veja-se:

(...) Fazem parte da índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retrataram já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a presidência do Conselho pelo oficial general ou oficial superior⁴⁵⁵ (LOJMU, art. 16, letras a e b); a prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) (...).

Vale, nesta análise, citar a ressalva trazida por Cícero Robson Coimbra Neves⁴⁵⁶, de que “o atendimento à índole do processo penal militar não pode ser imune ao teste de constitucionalidade, de sorte que, no caso concreto, se essa índole não encontrar arrimo na Constituição Federal, deverá ser alijada”.

Mas esse não pode ser o único viés de análise no campo do processo penal militar. Isto porque quando a Constituinte de 1988 estabelece que as Forças Armadas

⁴⁵³ Neste ponto, vale também buscar o capítulo 2 da pesquisa.

⁴⁵⁴ ASSIS, Jorge César de. **Análise das recentes alterações do Código de Processo Penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar**. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 28/04/2020.

⁴⁵⁵ A presidência dos Conselhos de Justiça passou a ser atribuição do Juiz Federal da Justiça Militar com a edição da Lei Federal 13.774/2018.

⁴⁵⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar – volume único**. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 241.

se fundamentam e se alicerçam nos princípios da hierarquia e disciplina⁴⁵⁷, se torna inegável que o próprio Direito Militar como um todo, também deve neles se sedimentar.

Adriana Kinoshita⁴⁵⁸, em sua dissertação de mestrado acerca dos princípios da hierarquia e disciplina como arcabouço preliminar do próprio Direito Castrense, estatui que “a importância capital dada aos princípios da hierarquia e disciplina estabelece no direito militar determinados dogmas que, por um lado, sustentam os referidos pilares, e de outro, estabelecem uma série de diferenças de tratamento em face da sociedade civil em geral”.

Assim, vale dizer, a aplicação do processo penal comum e do processo civil ao processo penal militar dependem não apenas da inexistência de ofensa à índole do processo penal militar, mas também pela conformidade com princípios da hierarquia e disciplina⁴⁵⁹ diante do caso concreto.

Observadas essas condicionantes e preenchidos os requisitos técnicos de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas à luz do Código de Processo Civil de 2015⁴⁶⁰, é devida uma análise crítica e acurada do único precedente julgado no âmbito da Justiça Militar da União pelo Superior Tribunal Militar⁴⁶¹.

3.2. O Julgamento do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 pelo Superior Tribunal Militar: análise crítica

A análise do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 7000425-51.2019.7.00.0000 perpassa, naturalmente, por dois momentos: o do filtro

⁴⁵⁷ Valores trabalhados no item 2.1 da pesquisa.

⁴⁵⁸ KINOSHITA, Adriana. Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação Ante os Princípios da Hierarquia e Disciplina. Dissertação de Mestrado, IDP, 2010. P. 30.

⁴⁵⁹ Jorge César de Assis entende contido no conceito de “índole do processo penal militar” a observância aos princípios da hierarquia e disciplina. ASSIS, Jorge César de. **Análise das recentes alterações do Código de Processo Penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar**. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 28/04/2020.

⁴⁶⁰ Objeto do item 1.3 da dissertação.

⁴⁶¹ O IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 julgado pelo Superior Tribunal Militar no ano de 2019 é, até a conclusão da presente dissertação (junho de 2020), o único admitido e julgado na Justiça Militar da União.

de admissibilidade e o do julgamento de mérito. Cumpre salientar, desde logo, que a presente pesquisa não tem por objetivo adentrar à discussão de direito propriamente dita e travada no IRDR, mas sim a sua utilização e cabimento no âmbito da Justiça Militar da União⁴⁶².

Inicialmente, por seu turno, vale dizer que o IRDR fora ajuizado com fulcro no artigo 976, I e II, do CPC e autuado como *Petição* pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, chefe do *Parquet* das Armas, e apresentava, como intento final, a uniformização da questão de direito referente à competência para o processamento de civis que ostentavam a condição de militar da ativa à época do cometimento do delito⁴⁶³.

O IRDR se originou do Recurso em Sentido Estrito nº 7000144-95.2019.7.00.0000, oriundo da 3ª Auditoria da 3ª CJM, cuja decisão impugnada havia deixado de convocar o Conselho Permanente de Justiça e avocou para o Juiz Federal singularmente a competência para processar e julgar o delito previsto no art. 290 do Código Penal Militar⁴⁶⁴ devido ao licenciamento do Réu do serviço ativo das Forças Armadas⁴⁶⁵.

Em cumprimento ao artigo 981 do CPC/2015⁴⁶⁶, houve a distribuição aleatória para um ministro relator, *in casu*, um ministro civil togado⁴⁶⁷ – embora não exista

⁴⁶² Em breves linhas, a discussão de mérito travada versou sobre qual órgão competente de primeira instância da Justiça Militar para processar e julgar civis que, à época do delito, eram militares (em outras palavras, após o cometimento do delito, o acusado fora licenciado das fileiras das Forças Armadas) – se competência dos Conselhos Permanente e Especial de Justiça ou do Juiz Federal monocraticamente.

⁴⁶³ Vale também mencionar que o *Parquet* Militar requereu a imediata suspensão do RESE interposto em face da decisão que deu origem ao IRDR, bem como de todas as ações em tramitação na Justiça Militar da União que discutiam a competência para processar e julgar ex-militares.

⁴⁶⁴ Art. 290 do Código Penal Militar. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.

⁴⁶⁵ *In casu*, o Acusado ostentava a condição de militar quando cometeu o delito, mas posteriormente fora licenciado das fileiras do Exército Brasileiro e, assim, retornou à condição de civil.

⁴⁶⁶ Art. 981 do CPC/2015. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

⁴⁶⁷ O Relator foi o Ministro civil togado Péricles Aurélio Lima de Queiroz, oriundo do Ministério Público Militar.

qualquer regra que impeça que um ministro militar venha a ser sorteado relator⁴⁶⁸.

Na data de 16/05/2019, o plenário do STM, por maioria de votos⁴⁶⁹, realizou o juízo de admissibilidade positivo do IRDR no processo penal militar, em especial na Justiça Militar da União, e determinou a suspensão do Recurso em Sentido Estrito 7000144- 95.2019.7.00.0000 e da Ação Penal Militar 7000050-64.2018.7.03.0303⁴⁷⁰, em curso na 3ª Auditoria da 3ª CJM, em acórdão assim ementado:

"EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PREVISÃO NOS ARTIGOS 976 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. DECISÃO PLENÁRIA. CABIMENTO DO INSTITUTO NO PROCESSO PENAL E NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REQUISITOS. NECESSIDADE DE EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS QUE CONTENHAM CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. CASO CONCRETO. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE CIVIS QUE OSTENTAVAM A CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA À ÉPOCA DO COMETIMENTO DO DELITO CASTRENSE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, INCISO I-B, DA LEI 8.457/1992, INSERIDO PELA LEI 13.774/2018. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO (RSE) E AÇÕES PENAIS MILITARES (APM) EM TRÂMITE. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM CURSO.

I - O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é procedimento previsto no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 - art. 976 e seguintes - e tem por objetivo concentrar, em uma só causa, o julgamento de determinada tese jurídica. Julgado procedente, será de adoção obrigatória ao Tribunal julgador e todos os juízos a ele subordinados.

II - Apesar da previsão no CPC, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas pela possibilidade do ajuizamento do IRDR no âmbito do processo penal. Precedentes.

III - Plenamente cabível o Instituto perante o Superior Tribunal Militar, sob a competência do Plenário, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência da Corte Castrense.

IV - O Juízo de Admissibilidade, a ser realizado pelo órgão colegiado com atribuição julgadora, deve verificar a presença dos requisitos previstos no art. 976 do CPC: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

V - Caso concreto. Divergência acerca do órgão de 1º grau competente para o julgamento de civis que ostentavam a condição de militar da ativa à época do cometimento do delito castrense, em função da inserção do inciso I-B no art. 30 da Lei 8.457/1992 - Lei de Organização Judiciária Militar da União - pela Lei 13.774/2018.

⁴⁶⁸ O Regimento Interno do Superior Tribunal Militar trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em seus artigos 151-A, 151-B e 151-C, onde não há previsão de regra específica para sorteio do relator – tema que será tratado no item 3.3 da pesquisa. É de se ressaltar que os dispositivos relativos ao IRDR no RISTM foram inseridos após a admissibilidade do incidente em questão.

⁴⁶⁹ 14 x 1, vencido o Ministro civil togado José Coêlho Ferreira, oriundo da classe dos advogados.

⁴⁷⁰ Não houve, no entanto, suspensão dos demais feitos em tramitação, que continuaram a seguir seus cursos processuais.

VI - Constatado o ajuizamento, neste STM, de mais de 27 Recursos em face de decisões monocráticas de Juízes Federais da Justiça Militar que avocaram a competência para o julgamento de ex-militares, comprova-se o preenchimento do primeiro requisito.

VII - Presente, também, o risco de ofensa à isonomia, pela fixação de juízos diversos, monocrático e colegiado (escabinato), para o processamento de réus na mesma situação jurídica. Possibilidade de mácula à segurança jurídica, diante do dever do Estado-juiz de atuar de forma a garantir a estabilidade da interpretação das normas.

VIII - IRDR admitido. Maioria."

O Voto condutor do Acórdão de seu Relator discorreu acerca dos seguintes pontos: a) aspectos gerais sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; b) cabimento em matéria penal e processual penal; c) competência do Superior Tribunal Militar para admitir, processar e julgar o IRDR; e d) requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil diante do caso concreto.

Acerca dos aspectos gerais sobre o IRDR, o Voto condutor asseverou que este fora uma das principais inovações trazidas pelo legislador ordinário com a aprovação do CPC/2015 no que se refere ao microssistema de precedentes vinculantes que objetivam a uniformização da jurisprudência, discorrendo sobre a sua origem e inspiração no *Musterverfahren*, procedimento-modelo ou representativo alemão, cujo foco primordial é concentrar a fixação de uma tese jurídica em apenas um julgamento que, uma vez concluído, deve ser obrigatoriamente seguido nos limites territoriais de sua jurisdição⁴⁷¹ de forma a prestigiar a segurança jurídica da atividade jurisdicional – registrou que o IRDR não se limita a um processo específico.

Discorreu acerca do procedimento do IRDR contido no Código de Processo Civil⁴⁷², com ênfase nos requisitos previstos no artigo 976⁴⁷³ 474 aplicados ao caso concreto: i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a

⁴⁷¹ No caso do IRDR julgado pelo Superior Tribunal Militar, órgão de cúpula da Justiça Especializada Castrente como visto no item 2.2, eventual tese fixada vinculará todas as Auditorias da Justiça Militar da União (seja na competência colegiada dos Conselhos de Justiça, seja na competência singular do Juiz Federal da Justiça Militar).

⁴⁷² CPC/2015: artigos 976 a 987.

⁴⁷³ Neste terceiro capítulo, a pesquisa não vai repisar o processamento do IRDR contido no item 1.3, mas apenas analisar criticamente a adequação do incidente aos regramentos do CPC/2015 para aplicação no processo penal militar da Justiça Militar da União.

⁴⁷⁴ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

mesma questão unicamente de direito; e ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

E já em relação ao primeiro requisito, da efetiva repetição de processos que versem sobre questão estritamente de direito, surgiu o primeiro obstáculo a ser enfrentado na Justiça Militar da União: *efetiva repetição de processos* significa *relevante volume de processos*? Isto porque a jurisdição penal militar não possui o mesmo volume de feitos judiciais que os demais ramos do Poder Judiciário, vez que suas características próprias lhe fazem singular.

O boletim estatístico da Justiça Militar da União de 2019⁴⁷⁵, elaborado pelo Superior Tribunal Militar, traz os seguintes dados: no ano de 2019, ao Superior Tribunal Militar foram distribuídos 745 (setecentos e quarenta e cinco) recursos oriundos da primeira instância, 215 (duzentos e quinze) casos “originários”⁴⁷⁶ e 1.463 (um mil, quatrocentos e sessenta e três) recursos internos, enquanto que na primeira instância foram autuados 1.017 (um mil e dezessete) ações penais militares nas 19 (dezenove) Auditorias Militares, 533 (quinhentos e trinta e três) cartas precatórias e de ordem e 3.552 (três mil, quinhentos e cinquenta e duas) em demais classes processuais⁴⁷⁷.

Esses dados estatísticos, quando comparados aos demais ramos do Poder Judiciário Federal ou Estadual em que tramitam mais de 80 (oitenta) milhões de processos, dos quais 94% (noventa e quatro por cento) se encontram na primeira instância, segundo o Conselho Nacional de Justiça⁴⁷⁸, parecem quase insignificantes e desnaturariam a comprovação do primeiro requisito de admissibilidade do IRDR na Justiça Militar da União.

Ocorre que esse não foi o entendimento do STM, que entendeu restar

⁴⁷⁵ Disponível em: https://www.stm.jus.br/boletim_estatistico/2019/superior-tribunal-militar.html. Acesso em: 05/05/2020.

⁴⁷⁶ Registre-se que o boletim estatístico não esclarece o que seriam esses “casos originários”, uma vez que não se tratam de competência originária da Corte Superior Castrense, o que permite concluir que possam ser feitos que impugnam decisões da primeira instância, mas que não possuem natureza recursal (ex: *habeas corpus*, mandado de segurança, correição parcial, etc).

⁴⁷⁷ Demais classes processuais: inquérito policial militar, execução da pena, instrução provisória de deserção, instrução provisória de insubmissão, auto de prisão em flagrante, quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, busca e apreensão, pedido de prisão preventiva, dentre outros.

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 05/05/2020.

preenchido o requisito do inciso I do artigo 976 com uma amostra efetiva de que casos que envolvam a matéria estejam em crescente aumento naquela Corte Superior – cuja inexistência teria como consequência o cabimento de um *IRDR preventivo*, quase que arbitrário para se atingir determinada matriz hermenêutica imposta pelo Tribunal *ad quem* e, obviamente, para o qual não se presta à luz do CPC/2015.

Por sua vez, em referência à controvérsia, a norma processual civil demanda que seja sobre a mesma questão unicamente de direito no âmbito do primeiro grau e de Tribunais, afastando a utilização do Incidente para tratar de matéria fática, muito embora seja possível a mesma questão puramente de direito ser versada em feitos distintos com relações fáticas absolutamente diferentes.

Já em relação ao segundo requisito, o risco de ofensa aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, o STM entendeu que é suficiente a preenchê-lo a possibilidade de prolação de decisões judiciais conflitantes, ainda que não exista divergência real suscitada, nos seguintes termos:

(...) Ou seja, não é necessário esperar que o *'caos se instaure'*, ou que haja *'maturação do debate jurídico divergente'* para que seja admitido o Incidente. Caso existam algumas decisões proferidas pelo Tribunal ou Juízos subordinados que demonstrem a controvérsia, é possível o recebimento do IRDR, mesmo que não tenham sido proferidos julgados paradigmas pela Corte⁴⁷⁹ (Voto do Ministro Relator⁴⁸⁰).

Tal requisito restou sobejamente comprovado no caso julgado pelo STM, uma vez que a matéria de fundo tinha por objeto discussão competência no primeiro grau de jurisdição da Justiça Militar da União, com decisões judiciais destoantes entre os Juízes Federais da Justiça Militar, ora pela competência singular, ora pela competência colegiada dos Conselhos de Justiça para processar e julgar civis, ex-militares, em decorrência de crimes militares federais⁴⁸¹.

Ao dar sequência no julgamento da admissibilidade do IRDR, o STM analisou seu próprio cabimento na seara penal e processual penal⁴⁸². O Ministro Relator

⁴⁷⁹ Voto Condutor do Acórdão prolatado pelo Ministro Relator Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

⁴⁸⁰ A segurança jurídica nas palavras do Ministro Relator: "(...) Não significa dizer que o posicionamento jurisprudencial deve ser engessado, mas visa permitir que o cidadão, ao praticar determinado ato, saiba as prováveis consequências (...) (Voto Condutor do Acórdão de Admissibilidade)."

⁴⁸¹ Embora a quantidade amplamente majoritária dos Juízes Federais da Justiça Militar tenha sido no sentido da competência singular para processar e julgar civis ex-militares.

⁴⁸² Objeto do item 3.1 da pesquisa.

afirmou que não obstante o IRDR tenha raízes na norma adjetiva civil, a sua utilização é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, o que é reforçado com o CPC de 1973 que direciona a aplicação de institutos originários cíveis ao processo penal. Igualmente corrobora esse raciocínio o fato de que o microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015 para a uniformização da jurisprudência tem sido amplamente aceito com fundamento no seu artigo 926⁴⁸³, norma procedimental geral.

E, para a admissão do IRDR no processo penal militar, o STM enfrentou o seu cabimento diante de sua própria competência e organização⁴⁸⁴, uma vez que está estruturado como Corte Superior à luz da Constituição Federal de 1988, ainda que funcione como Tribunal de Apelação, de Revisão das decisões prolatadas pelos Juízes Federais e Conselhos de Justiça. Nesse prisma, o Voto foi embasado corretamente em duas frentes: a acumulação das funções de Corte Superior, órgão de cúpula da Justiça Militar da União, e de órgão recursal ordinário⁴⁸⁵, ou seja, sua competência híbrida.

Vale também registrar que, embora à época do julgamento da admissibilidade do IRDR no processo penal militar não houvesse qualquer previsão acerca do tema no Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, o Voto Condutor do Acórdão rechaçou sua imprescindibilidade ao conhecimento do incidente, eis que todo o processamento encontra-se previsto no Código de Processo Civil com a clareza necessária.

Ultrapassados os estudos acerca dos aspectos gerais do IRDR, seu cabimento na esfera penal e processual penal e no âmbito da Justiça Castrense Federal, análises prévias às circunstâncias do caso concreto, o STM esmiuçou o caso *sub examine*, isto é, se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade exigidos pelo artigo 976 do CPC/2015.

⁴⁸³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁴⁸⁴ Tema do item 2.2, razão pela qual neste ponto serão abordados apenas os argumentos utilizados no Acórdão.

⁴⁸⁵ Competência análoga aos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais Eleitorais em matéria penal.

A efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito demanda a existência de ações reiteradas em curso na Justiça Militar da União sobre o mesmo assunto de direito. Para verificar se fora ou não cumprido esse requisito, o Acórdão fez referência à alteração de competência para o processamento e julgamento de civis promovida pela Lei Federal 13.774/2018 que alterou a Lei 8.457/1992⁴⁸⁶ (Lei de Organização da Justiça Militar da União), que passou da competência colegiada dos Conselhos de Justiça para a competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar.

Essa alteração legislativa tornou controvertida de imediato na primeira instância da Justiça Militar a competência para processar e julgar civis ex-militares, ou seja, aqueles agentes que tinham a condição de militar à época do delito, mas que posteriormente foram licenciados do serviço ativo das Forças Armadas e retornaram à condição de civis⁴⁸⁷ e, portanto, culminou com a admissibilidade positiva do IRDR no processo penal militar.

3.2.1 O Voto Vencido do Ministro José Coêlho Ferreira

Como já mencionado, quando do julgamento pelo Superior Tribunal Militar da admissibilidade do IRDR no âmbito do processo penal militar, o quórum de votação no plenário foi de 14 (quatorze) votos pela admissibilidade contra 1 (um) voto pela não admissibilidade do IRDR, voto este proferido pelo Ministro José Coêlho Ferreira⁴⁸⁸.

No entanto, embora divergente quanto à admissibilidade do Incidente na Justiça Militar da União, a sua Declaração de Voto é claríssima quanto a um ponto central da pesquisa: a inexistência de qualquer incompatibilidade do IRDR com qualquer legislação processual especial, tampouco com a índole do processo penal militar⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (...) I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (...).

⁴⁸⁷ Mais uma vez, registra-se que a pesquisa não tem por objeto a discussão de mérito do IRDR

⁴⁸⁸ Ministro civil togado José Coêlho Ferreira, oriundo da classe dos advogados (Ordem dos Advogados do Brasil – OAB).

⁴⁸⁹ Acerca da índole do processo penal militar, remete-se o leitor ao item 3.1.

A divergência levantada referiu-se ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade, em especial do segundo requisito constante do art. 976 do CPC/2015, ou seja, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Aduziu o Voto que não havia ainda a discussão travada acerca da nova competência dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau da Justiça Militar da União atingido maturidade jurídica apta a consolidar, de forma vinculante, o tema, uma vez que a alteração legislativa havia pouco tempo⁴⁹⁰. Sustentou que o dinamismo da própria ciência do direito deveria impedir eventual açodamento acerca da hermenêutica de tão relevante controvérsia então com apenas 5 (cinco) meses de vigência.

Continua o Ministro em seu Voto Divergente e pontua que a admissibilidade e instauração imediata do IRDR em nada contribuiria para a segurança jurídica, eis que se caracterizaria pela precipitação e seria utilizado como instrumento delimitador do exercício jurisdicional pelos Juízes Federais da Justiça Militar, espécie de “mordça” imposta pelo STM aos magistrados de 1º grau de jurisdição, o que os equivaleria a *“meros chanceladores de decisões superiores”*.

Seguindo seu raciocínio, registrou preocupação com a “pressa” demonstrada pelo Procurador-Geral da Justiça Militar para uniformizar um entendimento recente e que já possuía entendimento amplamente majoritário no plenário do STM, o que conduz à conclusão de que a Corte Superior Castrense vinha bem desempenhando suas funções de revisor das decisões emanadas pela primeira instância em estrito cumprimento ao princípio da segurança jurídica, o que foi devidamente demonstrado pelo próprio STM no julgamento dos feitos que antecederam o IRDR.

Acrescentou, em igual conclusão, que a controvérsia de interpretação existente entre Juízes Federais e membros do Ministério Público Militar acerca da interpretação do art. 30, I-B, da Lei 8.457/1992 não é suficiente à admissibilidade do IRDR. Com essas razões expostas, o Ministro José Coêlho Ferreira foi o único Magistrado do Superior Tribunal Militar que não admitia o Incidente, mas que, obviamente, ficou vencido de forma isolada.

⁴⁹⁰ A Lei Federal n. 13.774/2018 fora publicada em 19/12/2018 e, portanto, há menos de 1 (um) ano do referido julgamento que ocorreu em maio de 2019.

3.2.2 O Julgamento do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000 pelo Superior Tribunal Militar: apreciação do mérito

Admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o julgamento de mérito fora realizado na data de 22/08/2019 e, com a ausência do Ministro José Coêlho Ferreira que havia ficado vencido na admissibilidade do Incidente, o julgamento foi unânime⁴⁹¹.

Os Comandos da Marinha do Brasil, do Exército Brasileiro, da Aeronáutica, a Defensoria Pública da União, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os Juízos de todas as Circunscrições Judiciárias Militares foram notificados da instauração do IRDR, ao passo em que a Advocacia Geral da União e o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal ingressaram como *amici curiae*.

Assim, em sede de julgamento do IRDR, foram as seguintes as preliminares arguidas: i) da inconstitucionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; e ii) da inadmissibilidade do Incidente ante a não existência de efetiva repetição de ações judiciais que versem sobre matéria unicamente de direito (art. 976, I, CPC).

Sobre a primeira preliminar enfrentada, o Juiz Federal da 5ª Circunscrição Judiciária Militar e a Defensoria Pública da União sustentaram que o IRDR ofende a CRFB/88, pois esta estabelece, em regra, a ausência de vinculação das instâncias inferiores às decisões dos Tribunais Superiores e de 2º grau – em homenagem à independência funcional da Magistratura Nacional e o devido processo legal sob a perspectiva da “*supressão de instância vinculativa*”, o que, no entanto, não fora acolhido pelo Superior Tribunal Militar.

A Corte Superior Militar concluiu que não subsiste a alegação de necessidade de previsão no corpo da própria CRFB/88 para a vinculação do IRDR em nome do princípio da legalidade, uma vez que a Emenda Constitucional 45/2004 criou a Súmula Vinculante de forma a produzir efeitos *erga omnes*. Por outro lado, afirmou que a interpretação das normas principiológicas deve ser feita com base na ponderação, a qual determina que nenhum princípio é absoluto, razão pela qual há apenas aparente

⁴⁹¹ 14 (quatorze) votos a zero para definir a tese.

conflito entre o princípio da legalidade e a segurança jurídica, o que deve ser solucionado em favor da ampliação da segurança que é consubstanciada no instrumento do IRDR, pois este protege a segurança jurídica no ponto em que evita o risco de decisões judiciais divergentes.

O Ministro Relator aduziu também que a jurisprudência dos tribunais brasileiros, em geral, é uníssona no sentido de que o sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015 é constitucional, ao passo em que dados do Conselho Nacional de Justiça relatam que desde a entrada em vigor do CPC/2015, 337 (trezentos e trinta e sete) IRDR's foram ajuizados nos tribunais brasileiros, dos quais já existiam 71 (setenta e um) acórdãos publicados e 13 (treze) feitos julgados meritoriamente⁴⁹².

Rejeitadas as preliminares, o plenário do Superior Tribunal Militar analisou os aspectos gerais do IRDR e, então, enfrentou o mérito do IRDR, a eventual tese jurídica que vincularia os Juízos de primeiro grau de jurisdição e que, embora não seja o objeto da presente pesquisa, merece destaque⁴⁹³: qual órgão jurisdicional de primeiro grau competente para processar e julgar civis que praticaram delitos castrenses enquanto militares na atividade, à luz do art. 30, inciso I-B, da Lei 8.457/1992⁴⁹⁴.

Nesse diapasão, o Voto condutor do Acórdão, que resultou em um julgamento unânime realizou um esboço histórico⁴⁹⁵ acerca do julgamento de militares ao longo da história mundial e afirmou que desde os primórdios da civilização ocidental existiam os crimes militares, punidos muitas vezes com penas de morte ou de segregação, eram julgados por militares de graus hierárquicos superiores aos acusados. Desde a Grécia antiga já se tinha previsão da jurisdição castrense, a qual dispunha que a decisão deveria ser tomada pelos Chefes Militares.

Por outro lado, pontua o Voto, a maioria da doutrina converge no sentido de que fora em Roma o berço do direito militar, quando a punição e condenação de militares também eram definidas pelos superiores hierárquicos. A Idade Média foi pobre em relação ao Direito Militar, sem que tenha realizado relevante contribuição

⁴⁹² Informações lançadas pelo Ministro Relator em seu voto apresentado em 16/05/2019.

⁴⁹³ Como várias vezes reiterado, o objeto da presente dissertação de mestrado não é enfrentar a discussão travada quanto à interpretação do art. 30, I-B, da Lei. 8.457/1992, razão pela qual o faz tangencialmente.

⁴⁹⁴ Se competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar ou do Conselho de Justiça.

⁴⁹⁵ Os dados e informações históricas constantes deste ponto da pesquisa foram extraídos do Voto do Relator, Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

para o estudo do tema. Por sua vez, na Idade Moderna os estudos acerca do direito castrense foram intensificados, bem como a legislação regente e a jurisprudência militar. Na Espanha e em Portugal, houve a atribuição de julgamentos colegiados por meios dos Conselhos de Justiça, embora apenas no ano de 1640 é que tenha sido criado o Conselho de Guerra por meio de Decreto⁴⁹⁶.

A extensa legislação portuguesa dos séculos XVII e XVIII indica, em síntese, que os Auditores possuíam a função de relatar os processos no âmbito dos Corpos de Tropa, mas seus julgamentos ficavam a cargo dos Conselhos de Guerra para condenar ou absolver os acusados.

No Brasil não havia previsão de estrutura própria de Poder Judiciário nos primeiros anos após o descobrimento, apenas em 1609 é que foi criado o Tribunal de Relação da Bahia, última instância da Colônia⁴⁹⁷, cujas decisões desafiavam recursos ao Conselho Ultramarino, criado em 1640 para solucionar feitos judiciais, civis e militares das terras de além-mar. Já no Período Colonial e no início do governo de D. Pedro I houve a criação de órgãos para o julgamento de crimes militares em caráter emergencial, sendo os primeiros, em meados do século XVIII, chamados de Juntas de Justiça Militar.

E foi no ano de 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, que se iniciou a estruturação de um órgão jurisdicional castrense e que permaneceu durante o Período Imperial, fixando-se, em regra, o julgamento colegiado pelo sistema do escabinato. Os membros da Justiça Militar eram chamados de Auditores de Guerra e Auditores de Marinha no primeiro grau, e os Conselheiros no Conselho Supremo (com *status* de ministro).

Somente com a Constituição Federal de 1891 é que houve previsão expressa de competência para processar e julgar crimes militares, uma vez que seu artigo 77 dispunha acerca de um “foro especial” com o então Supremo Tribunal Militar pelos Conselhos, embora ainda não integrasse o Poder Judiciário⁴⁹⁸, o que só viria a

⁴⁹⁶ Como instância recursal em face dos feitos julgados pelos Auditores, Capitães-Mores e Governadores de Armas, competentes para o julgamento dos “soldados pagos” de forma a se evitar a multiplicação e competência do órgão superior.

⁴⁹⁷ Apenas posteriormente é que fora criado o do Rio de Janeiro.

⁴⁹⁸ Exercia atividades jurisdicionais no âmbito administrativo.

acontecer com a Constituição da República de 1934⁴⁹⁹.

Por outro lado, no campo da legislação infraconstitucional, foi no ano de 1895 que surgiu a primeira codificação processual penal militar por meio do Regulamento Processual Criminal Militar, onde se fixou a competência dos Conselhos de Investigação, dos Conselhos de Guerra⁵⁰⁰ e do Supremo Tribunal Militar⁵⁰¹. Já em 1920 fora editado o Código de Justiça Militar, com os Auditores e Conselhos de Justiça Militar em primeiro grau, e o Supremo Tribunal Militar na segunda instância, cuja sistematização fora similar no Código de Justiça Militar de 1938⁵⁰². Chegando ao Código de Processo Penal Militar atual, de 1969, a estrutura da Justiça Militar permaneceu com muitas similitudes ante as características então estruturantes da Justiça Castrense⁵⁰³.

O Voto Condutor prossegue com o estudo dos princípios vetores das Forças Armadas, os princípios da hierarquia e da disciplina⁵⁰⁴ como “comando sagrado” decorrente das expressões gregas *hieros* (sagrado) e *arkhes* (ser chefe) e cuja matriz remonta ao espírito de civismo e patriotismo, que direcionam ao cumprimento individual e em grupo das tarefas que cabem às Forças Armadas.

A disciplina se materializa no laço moral que une os integrantes das Forças Armadas em seus mais diversos graus hierárquicos que obriga a todos, sem exceções, pois advém do senso de dedicação ao dever que culmina com a estrita e integral observância das leis e regulamentos. O seu apogeu foi em Roma com as conquistas do Império mediante a integral dedicação dos seus soldados denominados “legionários”, e cuja formação militar fora central em estudos ao longo dos séculos.

⁴⁹⁹ A Justiça Militar passou a integrar o Poder Judiciário com a Constituição de 1934, o que se mantém desde então em todos textos constitucionais.

⁵⁰⁰ Os Conselhos de Investigação e de Guerra funcionavam como órgãos de primeira instância da jurisdição militar.

⁵⁰¹ Em sua composição, 15 ministros: 12 (doze) militares e 3 (três) civis.

⁵⁰² A distinção existente foi em relação ao escabinato de primeiro grau: o Conselho Especial de Justiça nas auditorias para processar e julgar oficiais, exceto generais, o Conselho Permanente de Justiça nas auditorias, processar e julgar acusados que não sejam oficiais, ambos com um Juiz-Auditor e 4 (quatro) militares, e o Conselho de Justiça, nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército para o processamento de desertores e de insumissos, este formado por 3 (três) militares, sem qualquer presença de julgador civil.

⁵⁰³ Deixaram de existir os Conselhos de Justiça dentro dos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, ao passo em que a Corte de cúpula da Justiça Militar já passou ao nome atual: Superior Tribunal Militar.

⁵⁰⁴ Os princípios da hierarquia e disciplina foram abordados no item 2.1 da pesquisa.

Na Idade Média, a hierarquia foi estabelecida no sistema de suserania e vassalagem.

Na Idade Moderna, por seu turno, com o robustecimento do poder dos monarcas, surgiu a necessidade de reestruturação e reorganização das Forças Armadas. Foi abandonada a atuação mercenária típica da Idade Média e foi fixado o caráter unitário e patriótico⁵⁰⁵.

No nosso país, inicialmente a estruturação das tropas era comumente ditada pelos colonos, que organizavam seu próprio Exército, sendo que a atuação da Corte se limitava à necessidade de neutralizar ataques estrangeiros, especialmente os ataques franceses e holandeses. Houve também a criação de grupos autônomos como os bandeirantes, organizados de forma estruturada, e as “milícias”, braços armados sem qualquer unidade ou padronização.

E também a Constituição Federal de 1988 delineou a importância e relevância dos princípios da hierarquia e disciplina, elevando-os ao *status* constitucional:

Art. 142 da CF/1988. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

A elevação dos princípios da hierarquia e disciplina para o prisma constitucional por da Carta Republicana de 1988 indica a relevância dos pilares estruturantes das Forças Armadas⁵⁰⁶. O Código de Processo Penal Militar estabelece que é incumbência do Ministério Público Militar a fiscalização e cumprimento da lei penal militar, com a seguinte menção: “*tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas*”.

Esse contexto constitucional e legal da hierarquia e disciplina denotam as especificidades e características peculiares dos militares e seu regime jurídico que remontam à soberania nacional. Também nesse cenário é que se justifica a própria existência da Justiça Militar da União: sua função precípua de resguardar e zelar pela regularidade das Organizações Militares, instituições edificadas sob os pilares da

⁵⁰⁵ LOPES, João Gabriel Pimentel. **Direito, soberania e vassalagem: as políticas de endividamento das cortes constitucionais**. Dissertação de mestrado – PPGD/FD – Universidade de Brasília, 2015.

⁵⁰⁶ O Estatuto dos Militares (Lei Federal n. 6.880/1980) conceitua hierarquia e disciplina em seu artigo 14.

hierarquia e disciplina, cuja dependência é a própria execução de seus misteres constitucionais.

E é justamente para perseguir esse intento e cumprir sua função que, segundo preceitua o Voto Condutor do Acórdão, a Justiça Militar da União deve se valer de sua composição singular pelo sistema do escabinato, cujos órgãos de jurisdição militares compõem-se de juízes togados, com conhecimento técnico-jurídico, e de juízes militares, com conhecimento da Caserna^{507 508} - composição que, pela interpretação unânime do plenário do STM, deveria ser mantida para o julgamento dos acusados que integravam as fileiras das Forças Armadas quando do cometimento dos supostos delitos⁵⁰⁹.

Nesse sentido, com a Lei Federal nº 13.774/2018, a atribuição monocrática ao Juiz Federal para processar e julgar civis fez nascer a discussão da tese jurídica definida no IRDR: se civis, ex-militares quando do cometimento dos supostos delitos, deveriam ser julgados monocraticamente eis que perderam a condição de militares ou se restaria resguardada a competência colegiada, seja do Conselho Permanente ou Especial de Justiça.

É de relevância citar que os Juízes Federais da Justiça Militar, em encontro de cunho acadêmico, haviam aprovado o Enunciado 1 da 1ª Jornada de Direito Militar organizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União – ENAJM:

Enunciado n. 1. A competência dos órgãos da JMU é definida pela condição que o acusado ostentar no curso do processo e não pela sua condição ao tempo do crime.

No entanto, em atividade hermenêutica distinta, o plenário do Superior Tribunal Militar afastou a inteligência do referido Enunciado registrando sua natureza acadêmica e, portanto, não vinculante, à atividade jurisdicional. O pedido formulado

⁵⁰⁷ Vale rememorar que com o advento da Lei Federal n. 13.774/2018, passaram a ser três os órgãos jurisdicionais de primeiro grau: além dos Conselhos de Justiça para processar e julgar militares, surgiu a competência monocrática do Juiz Federal para processar e julgar civis e até mesmo militares quando em coautoria com aqueles.

⁵⁰⁸ Os Conselhos de Justiça de primeiro grau são compostos de 1 (um) Juiz Federal, que os preside, e 4 (quatro) oficiais, ao passo em que o escabinato do Superior Tribunal Militar resulta de 10 (dez) ministros oficiais-generais e 5 (cinco) civis.

⁵⁰⁹ O PL que deu origem à Lei 13.774/2018 foi de autoria do próprio Superior Tribunal Militar teve a intenção de, segundo o Voto Condutor, adequar a realidade da Justiça Militar da União às mudanças sociais ocorridas sob a égide e vigência da Constituição de 1988

pelo *Parquet* das Armadas no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi julgado procedente e fixada a seguinte tese jurídica⁵¹⁰:

Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas.

O Superior Tribunal Militar não parou na fixação da tese jurídica vinculante no Incidente, mas foi além. Em dezembro de 2019, aprovou a Súmula 17⁵¹¹ de sua jurisprudência dominante e alterou seu regimento interno para inserir formalmente o IRDR. Veja-se o texto da súmula:

Súmula 17/STM. Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese, praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas.

Já o Regimento Interno do STM fora alterado para inserir os artigos 151-A, 151-B e 151-C, nos seguintes termos:

Art. 151-A. O pedido de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, por petição;

III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo 1º. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do Incidente.

Parágrafo 2º. O Ministério Público Militar intervirá obrigatoriamente no Incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono.

Parágrafo 3º. A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

Parágrafo 4º. O Incidente será processado em autos apartados.

Parágrafo 5º. Caso tenha sido suscitado no bojo de recurso ou processo de competência originária do Tribunal, os autos deverão ser apensados ao processo principal.

Art. 151-B. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será julgado pelo Plenário do Superior Tribunal Militar.

⁵¹⁰ Houve declaração de Voto apresentada pelo Ministro civil togado Artur Vidigal de Oliveira, oriundo da advocacia.

⁵¹¹ DJe Nº 213, de 06/12/2019.

Parágrafo único. Após julgar o Incidente e fixar a tese jurídica, a ser cumprida a partir da publicação do acórdão, o Plenário julgará o recurso o processo de competência originária de onde adveio o Incidente.

Art. 151-C. Aplicam-se, no que couber, as disposições contidas nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil.

Por último, neste item da pesquisa, é imperioso ressaltar que o Acórdão fora impugnado mediante Recurso Extraordinário, ainda pendente de julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹² – que poderá revisar não apenas a tese fixada, mas também e – especialmente para o deslinde desse trabalho – sobre o cabimento do IRDR no processo penal militar.

3.3. Possíveis Consequências do IRDR no Processo Penal Militar

Este último item da pesquisa se propõe a analisar as possíveis consequências da utilização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito do processo penal militar pelo Superior Tribunal Militar frente às peculiaridades e especificidades da Justiça Militar e eventuais adequações que podem ser realizadas.

Inicialmente, como já abordado, não padece de dúvidas a compatibilidade dos institutos do microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo Código de Processo Civil com o processo penal e, em especial, o processo penal militar. O que se deve perquirir é justamente quais as consequências de sua utilização.

O Superior Tribunal Militar, como visto, embora seja a Corte de cúpula da Justiça Militar da União, acumula as funções de Tribunal de Apelação, uma vez que é o órgão jurisdicional militar incumbido do processamento e julgamentos dos recursos e meios de impugnação interpostos em face das sentenças e decisões judiciais prolatadas pelos Juízes Federais e pelos Conselhos de Justiça. Essa estruturação orgânica constitucional atribui ao STM uma função híbrida: a primeira, a de indicar o caminho da atividade hermenêutica da persecução penal militar com a necessária uniformização da jurisprudência, e a segunda, de revisar as decisões emanadas pelo primeiro grau de jurisdição.

⁵¹² O Presidente do Superior Tribunal Militar prolatou decisão negativa de admissibilidade *a quo* do Recurso Extraordinário interposto com fundamento nos artigos 1.030, I, “a”, V, do CPC/2015 e 6º, IV, do Regimento Interno do STM, decisão pode desafiar eventual Recurso de Agravo.

Uma primeira reflexão acerca do cabimento do IRDR no processo penal militar é enfrentar o preenchimento do requisito contido no art. 976, inciso I, do CPC/2015: a *“efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”* ao se considerar a realidade não tão numerosa de feitos na Justiça Castrense Federal. Em uma rápida e rasa interpretação, seria possível se chegar à conclusão de que a utilização do IRDR teria o condão de fazer se impor quase coercitivamente uma corrente ideológica majoritária no Superior Tribunal Militar, em uma espécie de IRDR preventivo.

No entanto, a leitura da *“efetiva repetição de processos”* deve ser feita com olhar central nos pilares da hierarquia e disciplina, inerentes à própria existência do Direito Penal Militar e da Justiça Militar como ramo autônomo e especial do Poder Judiciário Federal. A centralidade desses princípios que fundamentam o Direito Militar demanda, de forma inexorável, a celeridade de tramitação dos seus feitos para resguardar a regularidade das Forças Armadas. O mero *“não julgamento”*, ou sua realização a destempo, equivale, perante a tropa, em injustiça e impunidade.

A necessidade de que os processos penais militares cheguem a seu turno é premente e indissociável da regularidade das Organizações Militares, razão pela qual deve-se mitigar o conceito de *“efetiva repetição de processos”* de forma a se permitir que a análise permeie não o quantitativo, mas sua representatividade frente ao total de feitos e interpretações conflitantes. Eventual argumento de que a utilização do IRDR acarretaria em mordança aos Juízes e demais julgadores é despropositado, pois o que se espera é escorreita aplicação do Incidente e não a sua banalização.

Há, porém, uma segunda reflexão indispensável à evolução da temática no âmbito da Justiça Militar da União: a distribuição do Incidente dentre os Ministros do STM é livre, isto é, embora o único precedente já julgado tenha sido relatado por um Ministro Civil togado, é possível que também Ministros Militares sejam relatores, além de, por óbvio, julgadores.

Nessa perspectiva e com olhar fixo no objetivo do Incidente, qual seja, a de fixação de uma tese jurídica apta a vincular todos os demais julgadores, sem demandar o conhecimento da caserna, vale questionar: o órgão competente para a fixação de tese jurídica não deveria ser composto apenas de julgadores com conhecimento técnico-jurídico? O escabinato é deveras indispensável ao julgamento de *“questão unicamente de direito”*? Seria viável o julgamento com um órgão do STM

em que apenas os Ministros Civis togados participem do julgamento do IRDR? Essas são questões podem auxiliar e fazer o STM evoluir na sua função de uniformizar a jurisprudência enquanto Corte de Vértice da Justiça Militar.

Por outro lado, ainda que se pense no plenário composto pela totalidade dos 15 (quinze) Ministros no sistema do escabinato, a relatoria do IRDR, a quem compete conduzir também o juízo de sua admissibilidade, deveria ser restrita a um Ministro Civil, o que também não seria novidade no âmbito do STM.

Isso porque o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, como já estudado, perfaz ao menos duas cisões entre os Ministros da Corte: aos Ministros Civis togados, as relatorias de ações penais militares originárias e, aos Ministros Militares, as relatorias das representações que podem excluir o oficial das Forças Armadas ou torna-lo indigno para o oficialato. Esta alteração promoveria a correta e simétrica distinção entre os julgadores de acordo com as suas funções no sistema do escabinato.

A utilização e admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça Militar da União é uma inovação na jurisprudência do Superior Tribunal Militar, mas sem embargo de que o debate e a pluralidade de ideias convergirão para uma Justiça Militar atualizada, oxigenada e aderente às evoluções jurídicas e sociais.

CONCLUSÃO

Como se tentou demonstrar ao longo do presente trabalho de pesquisa, com o advento da Lei nº 13.105/2015, estabeleceu-se um novo instituto processual, previsto nos artigos 976 a 987 do referido Código, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – cujo escopo radica-se na tentativa de tornar os processos mais céleres e efetivos, uma vez que, para dirimir as lides genericamente chamadas como coletivas, há que se enfrentar o desafio do acesso à justiça, bem como da ausência de necessária estrutura judiciária capaz de dar solução a demandas crescentes não apenas em número, mas, também, em complexidade.

Nesse contexto, a inserção do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no ordenamento jurídico pátrio parece viabilizar a tutela dos direitos dos cidadãos e assegurar efetivo e concreto acesso à justiça. No entanto, são muitos os desafios presentes neste cenário caracterizado pela pluralização de acesso ao Poder Judiciário, no qual a massificação de demandas judiciais se dá em todos os graus de jurisdição, desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal.

De fato, inúmeros esforços foram destinados ao arrefecimento destas demandas e a sua intensificação parece ter sido detida. Há, no entanto, o risco de ocasionar-se gravosa violação às garantias do cidadão – que, em conjunto com a supremacia da Constituição, a superioridade das leis e a tripartição dos poderes, consolidam os pilares de sustentação do Estado Constitucional de Direito.

Não se ignora que a ampliação do acesso à atividade jurisdicional, somada à judicialização em massa de questões sensíveis ao Estado brasileiro, resultou em uma desmesurada profusão de decisões judiciais contraditórias, gerando um cenário de crescente insegurança jurídica, no qual a imprevisibilidade e falta de coerência dos provimentos jurisdicionais indicavam o risco da perda de credibilidade do próprio judiciário.

No entanto, o enfrentamento a propalada crise do judiciário, em todos os seus níveis e instâncias, não pode ser feita à custa das garantias constitucionais do processo. A celeridade processual não pode ser desculpa para a violação de direitos. A busca pela segurança e uniformidade das decisões não pode ser alcançada sacrificando-se o compromisso com o dever-ser que instrui a luta pela justiça e o ideal de uma sociedade pacificada e igualitária.

Ao se colocar diante deste cenário desafiador, a presente pesquisa pretendeu abordar criticamente o IRDR, seu procedimento e efeitos do julgamento no âmbito específico da Justiça Militar, verificando se a recepção do referido instrumento não ocasionaria efeitos adversos aos jurisdicionados.

Para tanto, o trabalho se propôs, uma vez enfrentados os marcos teóricos que deram escopo à revisão bibliográfica, efetuar a análise qualitativa do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000, julgado pelo Superior Tribunal Militar.

Foram considerados, no primeiro capítulo, os efeitos da suposta aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* e sua repercussão sobre a estabilidade e coêrencia da jurisprudência.

Também foram avaliados os sistemas do *common law* e *civil law* no direito processual brasileiro, a evolução da uniformização da jurisprudência na Constituição Federal de 1988 e as ações de controle concentrado e seus efeitos vinculantes, bem como a objetivação dos julgados, o papel de corte de vértice do Supremo Tribunal Federal e o microssistema de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015.

Ainda no curso deste capítulo, foram analisados o incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro e o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como a natureza jurídica da decisão padrão do IRDR e necessidade de fundamentação.

O segundo capítulo considerou o Superior Tribunal Militar na jurisdição constitucional e as garantias constitucionais do processo. Este capítulo buscou refletir sobre o papel do Superior Tribunal Militar na jurisdição constitucional e as garantias constitucionais do processo. Nele foram examinados o Direito Penal Militar, os pilares fundamentais da disciplina e hierarquia, o sistema do escabinato e a fixação das teses jurídicas.

O capítulo em tela teve por escopo analisar a natureza do Superior Tribunal Militar, a Lei de Organização da Justiça Militar da União e as alterações da Lei 13.774/2018. Em seguida, considerou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Regimento Interno do STM, para, então, analisar as garantias constitucionais do processo aplicadas ao Processo Penal Militar.

O último capítulo da pesquisa objetivou, no contexto da necessária

uniformização da jurisprudência e das decisões judiciais militares, analisar a aplicabilidade ou não dos instrumentos constantes do microssistema de precedentes vinculantes do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 ao processo penal militar e suas características primordiais, avaliando a compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o processo penal militar e suas especificidades.

Na sequência, procedeu-se a análise crítica do único precedente relativo ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito da Justiça Militar da União, para, então, verificar seus argumentos e fundamentos sob o prisma da realidade dos fatos e das normas jurídicas.

Para findar o terceiro capítulo, buscou-se explorar as possíveis consequências, sejam positivas ou negativas, da utilização do instituto do Incidente na Justiça Castrense Federal e na seara processual penal militar com ênfase primordial nas características que distinguem esse ramo especializado do Poder Judiciário da União dos demais.

Este último tópico buscou a analisar as possíveis consequências da utilização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito do processo penal militar pelo Superior Tribunal Militar frente às peculiaridades e especificidades da Justiça Militar e eventuais adequações que podem ser realizadas.

De tudo o que foi exposto e considerado ao longo desse trabalho, conclue-se que:

- Há compatibilidade dos institutos do microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo Código de Processo Civil com o processo penal e, em especial, com o processo penal militar. Há, contudo, a necessidade de se perquirir quais as consequências de sua utilização;
- Embora o Superior Tribunal Militar seja a Corte de cúpula da Justiça Militar da União, verificou-se a acumulação com as funções de Tribunal de Apelação, uma vez que é o órgão jurisdicional militar incumbido do processamento e julgamentos dos recursos e meios de impugnação interpostos em face das sentenças e decisões judiciais prolatadas pelos Juízes Federais e pelos Conselhos de Justiça. Essa estruturação orgânica constitucional atribui ao STM uma função híbrida: a primeira, a de indicar o caminho da atividade hermenêutica da persecução penal militar com a

necessária uniformização da jurisprudência, e a segunda, de revisar as decisões emanadas pelo primeiro grau de jurisdição;

- Quanto ao cabimento do IRDR no processo penal militar, é necessário enfrentar o preenchimento do requisito contido no art. 976, inciso I, do CPC/2015, o qual dispõe sobre a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” ao se considerar a realidade não tão numerosa de feitos na Justiça Castrense Federal. Em uma rápida e rasa interpretação, seria possível se chegar à conclusão de que a utilização do IRDR teria o condão de fazer se impor quase coercitivamente uma corrente ideológica majoritária no Superior Tribunal Militar, em uma espécie de IRDR preventivo;

- A leitura da “efetiva repetição de processos” deve ser feita com olhar central nos pilares da hierarquia e disciplina, inerentes à própria existência do Direito Penal Militar e da Justiça Militar como ramo autônomo e especial do Poder Judiciário Federal. A centralidade desses princípios que fundamentam o Direito Militar demanda, de forma inexorável, a celeridade de tramitação dos seus feitos para resguardar a regularidade das Forças Armadas. O mero “não julgamento”, ou sua realização a destempo, equivale, perante a tropa, em injustiça e impunidade;

- A necessidade de que os processos penais militares cheguem a seu turno é premente e indissociável da regularidade das Organizações Militares, razão pela qual se deve mitigar o conceito de “efetiva repetição de processos” de forma a se permitir que a análise permeie não o quantitativo, mas sua representatividade frente ao total de feitos e interpretações conflitantes. O argumento de que a utilização do IRDR amordaçaria Juízes e demais julgadores é impertinente, pois parte da premissa de que haverá uso abusivo do mesmo, tangenciando a banalização, o que não se coaduna com a função prevista pelo Novo CPC.

Não se pode, contudo, ignorar que a evolução apropriada do IRDR no âmbito da Justiça Militar da União deve levar em consideração que a distribuição do Incidente dentre os Ministros do STM é livre, isto é, embora o único precedente já julgado tenha sido relatado por um Ministro Civil togado, é possível que, também, Ministros Militares sejam relatores, além de, por óbvio, julgadores.

Portanto, sob esta perspectiva e considerando o objetivo do Incidente, qual seja, a de fixação de uma tese jurídica apta a vincular todos os demais julgadores,

sem demandar o conhecimento da caserna, impõe-se o desafio de colocar-se em questão se o órgão competente para a fixação de tese jurídica não deveria ser composto apenas de julgadores com conhecimento técnico-jurídico e se o escabinato é realmente indispensável ao julgamento de “questão unicamente de direito”, bem como se houvera viabilidade no julgamento com um órgão do STM em que apenas os Ministros Civis togados participem do processamento do IRDR.

Por outro lado, como foi observado no presente trabalho, é necessário considerar que, ainda que se pense no plenário composto pela totalidade dos 15 (quinze) Ministros no sistema do escabinato, a relatoria do IRDR, a quem compete conduzir também o juízo de sua admissibilidade, deveria ser restrita a um Ministro Civil, o que também não seria, constatou-se, novidade no âmbito do STM, uma vez que consta no Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, ao menos duas cisões entre os Ministros da Corte: aos Ministros Civis togados, as relatorias de ações penais militares originárias e, aos Ministros Militares, as relatorias das representações que podem excluir o oficial das Forças Armadas ou torna-lo indigno para o oficialato.

Esta alteração, se efetuada, acredita-se, teria o condão de promover a correta e simétrica distinção entre os julgadores de acordo com as suas funções no sistema do escabinato.

Por fim, do que foi avaliado ao longo da presente pesquisa, acredita-se que a utilização e admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Justiça Militar da União constitui uma inovação promissora na jurisprudência do Superior Tribunal Militar e que o debate e a pluralidade de ideias poderão convergir para uma Justiça Militar atualizada, oxigenada e aderente às evoluções jurídicas e sociais, sempre, acima de tudo, comprometida com a irrestrita defesa e salvaguarda dos valores constitucionais vigentes.

Este trabalho não se esgota com estas considerações. Espera-se que as inquietações aqui suscitadas possam aproximar respostas ao desafio posto pela introdução do IRDR na Justiça Castrense e fazer o STM evoluir na sua função de uniformizar a jurisprudência enquanto Corte de Vértice da Justiça Militar.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente Judicial *versus* Jurisprudência Dotada de Efeito Vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 491-552.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, GIUSEPPE. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, GIUSEPPE. Il “Giusto Processo” nell’esperienza Italiana e Comunitária in **Revista de Processo: RePro**, v. 30, n. 126, ago. 2005, p. 95-113.

ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de A **história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 295-316, jul./dez. 2015 DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p295

ASSIS, Jorge César de. **Análise das recentes alterações do Código de Processo Penal comum e a possibilidade de aplicação na Justiça Militar**. Disponível em: www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 28/04/2020.

ASSIS, Jorge César de. **Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar** in Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional in **Revista de Direito Cosmopolita**, v. v. 4, n. 2, 2016.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 318-340, set. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41662>>. Acesso em: 09

Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v246.2007.41662>.

BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. Direitos humanos e a administração da justiça por Tribunais Militares in ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. **Coletânea de estudos jurídicos do bicentenário da Justiça Militar**. Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2008.

BISOL, Jairo. **O vazio e o inacabado da lei: para uma teoria fragmentária do direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PPGD – Faculdade de Direito, Recife, UFPE. 2004, p. 148.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANT, João Paulo Alvarenga; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. O sistema de precedentes no direito brasileiro e a limitação do arbítrio judicial in **Revista de Argumentação e Hermeneutica Jurídica**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 41–59, Jul/Dez, 2016.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de Abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: www.planalto.gov.br Acesso em: 12 de março de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta in **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CANADO, Vanessa Rahal. **Legalidade Tributária e Decisão Judicial**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, 2014, p. 162.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Susi. Mais togas e menos sabres: ampliação de competência dos juízes togados na justiça militar brasileira e o princípio do juiz natural in **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, 20-40, 2017, p. 139. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3045>

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento. **Revista de Processo**, vol. 244, São Paulo: Revista dos Tribunais, Junho de 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Consolidação da “Objetivação” no Novo Código de Processo Civil. Revista de processo, vol. 265, São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 4 ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento. **Revista de Processo**, RePro, vol. 244 (Junho 2015).

COSTA, Alexandre Araújo. **Controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DANTAS, Bruno. **Técnicas adequadas à litigiosidade coletiva e repetitiva**. Revista de Processo, 2016 Vol. 251 (Janeiro 2016)

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador, Editora JusPodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 15 ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018.

DIVAN, Gabriel Antinofi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre/RS: Elegancia Juris, 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACÓ, Juliane Dias. Litigiosidade Repetitiva no CPC/2015 e sua aplicação ao Processo do Trabalho in **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia**, Salvador, Ano V, n. 7, Mar. de 2016.

FARIAS, Marco Antônio de. Traduzindo hierarquia e disciplina in **Revista de Doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar**. Brasília, Superior Tribunal Militar, Volume 26, Número 2, Janeiro/2017 a Junho/2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1997.

FUX, Luiz (coord.). **Processo e constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141.

KINOSHITA, Adriana. **Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação Ante os Princípios da Hierarquia e Disciplina**. Dissertação de Mestrado: IDP, 2010.

KUBINSZKY, Luiz, "A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress)" in **Revista de Processo**, vol. 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>>. Acesso em: 12 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. Ed. Rev., Ampl. e Atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIRA, Jairo Paes de O juiz fardado nos conselhos da justiça militar estadual in **Cad. Jur., Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v 6, nº 3, jul./dez. 2004.

LOPES, João Gabriel Pimentel. **Direito, soberania e vassalagem: as políticas de endividamento das cortes constitucionais**. Dissertação de mestrado – PPGD/FD – Universidade de Brasília, 2015.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo: a participação democrática do juiz e das partes na construção do provimento jurisdicional**. Tese (doutorado) – PPGD – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: forense, 2017.

MIRANDA, Victor Vasconcelos de. **Precedentes judiciais a construção da *ratio decidendi* e o controle de aplicabilidade dos precedentes**. Dissertação de mestrado. PPGD/PUCSP. São Paulo, 2017.

MOREIRA, Olinda Vicente. **A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente**

militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2016, p. 37.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro.** Tese de doutoramento, PPGD/USP. São Paulo, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar – volume único.** Salvador: Juspodivm, 2020, p. 241.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2016.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis.** Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2014.

RABELO NETO, Luiz Octávio. Competência de a justiça militar da união para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos in **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar.** Brasília/DF, STM, Volume 25 Número 2 Janeiro/2016 a Junho/2016.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça militar, escabinato e o acesso à justiça justa in **Revista do Ministério Público Militar**, ano 38, n. 23 (nov. 2013). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2013.

RIBEIRO, Luíz Gustavo Gonçalves. Política pública de segurança dilacerada: o exemplo da Lei 13491/2017 e suas consequências penais e processuais penais in **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília/DF, Uniceub, vol. 8, n. 1, Abril, 2018.

ROCHA, Maria Elizabeth Teixeira. **A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988.** Âmbito Jurídico, v. 1, 2011.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; OLIVEIRA, Artur Vidigal de (orgs.). **A justiça militar da União e a história constitucional do Brasil.** São Paulo, Migalhas, 2016.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; COSTA JÚNIOR, Antônio Iris da. **A Justiça Militar da União na história** in Revista de Estudos & Informações. Belo Horizonte, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. nº 40 – janeiro de 2017 – ISSN 1981-5425.

ROQUE, André Vasconcelos in FUX, Luiz (coord.). **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2013.

ROQUE, André Vasconcelos. *Class Actions* – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador, Editora JusPodivm, 2013, p. 22.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo, Edipro, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein; SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. O controle de convencionalidade na defesa dos direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann in **XXVII congresso nacional do CONPEDI – direito internacional dos direitos humanos II**, Porto Alegre/ RS, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Thiago Freire Fortunato da. **Uma interpretação do incidente de resolução de demandas repetitivas a luz do princípio do contraditório**. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito/Uerj, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 192, out./dez. 2011.

SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de. **A retórica principialista: o uso dos princípios jurídicos como fórmulas de redundância na prática jurídica**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 171-201, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654>>. Acesso em: 10 Set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77654>.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons. 2013.

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 63.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. **A valorização dos precedentes pelos Tribunais Superiores e a jurisprudência defensiva**. 191 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class Actions e mandado de segurança coletivo**. São Paulo, Saraiva, 1990.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio 2011.

ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti (Org.). **Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia**. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004.