

DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

Military Law and Conventionality Control: Trial of Civilians by Military Courts and Disciplinary Confinement under International Law

Cláudio Cerqueira Bastos Netto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade. 3 O Controle de Convencionalidade do Direito Militar Brasileiro. 3.1 Julgamento de civis. 3.2 Prisão disciplinar por transgressão militar. 3.2.1 Definição. 3.2.2 Análise crítica. 3.2.2.1 A definição dos aspectos da prisão através de decreto regulamentar. 3.2.2.2 O direito de habeas corpus da pessoa presa por transgressão militar e a observância do artigo 7 da CADH. 3.2.3 Considerações finais sobre a prisão disciplinar por transgressão militar. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: A partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser traçados alguns parâmetros para o funcionamento e a atribuição de competência da Justiça Militar. No presente estudo, não se pretende analisar a compatibilidade da justiça castrense brasileira com todos os parâmetros estabelecidos no direito internacional, dado que o tema é muito extenso, mas serão exploradas questões fundamentais deste assunto, sendo estas: a) o julgamento de civis em foro militar, e b) a regulamentação e o cabimento de habeas corpus na prisão disciplinar por transgressão militar. Diante disso, será feito um duplo controle, de constitucionalidade e de convencionalidade, destas normas do direito militar brasileiro.

Palavras-chave: Direitos humanos. Jurisdição militar. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade.

Abstract: There are some standards established on International Human Rights Law for the competence and well-functioning of military tribunals, especially in the Inter-American Human Rights Courts jurisprudence. In this study, it is not intended to analyze the compatibility of the Brazilian military courts with all of those standards established on international law, given that it is a rather large subject, but essential matters on this subject will be explored, those being: a) the trial of civilians on a military court, and b) regulation and suitability of a writ on cases of disciplinary prison for military transgression. That being said, a dual control (constitutionality and conventionality) of those norms of Brazilian military law will be made.

Key-words: Human Rights. Military Jurisdiction. Inter-American Human Rights Court. Conventionality Control.

1 INTRODUÇÃO

O respeito aos direitos humanos é de fundamental importância na atual ordem constitucional, com base em dispositivos constitucionais como, por exemplo, o inciso II do artigo 4º, que consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. A vontade do constituinte de proteger os direitos fundamentais é evidente também em outros dispositivos,

¹ Mestrando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da UERJ.

como o inciso III do artigo 3º, que dispõe que a erradicação da pobreza é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Ademais, o constituinte inseriu no artigo 5º, parágrafo 2º, uma cláusula de abertura material, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional. Dessa maneira, há abertura inclusive às normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira², com o escopo de obter maior proteção à pessoa humana através de interação entre ambos os ordenamentos. Neste ponto, Antônio Augusto Cançado Trindade³ leciona:

Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

A interpretação do STF do referido parágrafo 2º, apesar de não ser a mais correta, corrobora com este entendimento. O precedente estabelecido com o Recurso Extraordinário n. 466.343, que julgou a legalidade da prisão civil do depositário infiel, consagra a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos. Assim, é certo que a legislação doméstica deve estar de acordo com tais tratados, com base na hierarquia supralegal destes.

Nota-se que, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º, inserido na CRFB pela Emenda Constitucional nº 45/2004, há a possibilidade de outorgar o status constitucional a um tratado de direitos humanos mediante sua aprovação com quórum equiparado ao de emenda constitucional. Este dispositivo é duramente criticado pelo professor Cançado Trindade, que o considera “mal concebido, mal redigido e mal formulado”, e considera que põe em “risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”⁴.

² CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo - O Controle de Convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos (In: **Revista da AGU / Advocacia-Geral da União**. Ano 14, nº 04 – Brasília-DF, out./dez. 2015), p. 141.

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção aos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 46, n. 182, p. 53, jul./dez. 1993.

⁴ Voto separado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, série C nº 149, Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas), parágrafos 30-31. 104 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

Dessa forma, a adequação da lei brasileira aos dispositivos convencionais não é apenas um compromisso assumido internacionalmente, mas um dever estabelecido na Constituição, pelo parágrafo 2º, art. 5º. Tal dever vincula o direito interno como um todo, e, neste trabalho, pretende-se analisar alguns pontos relativos à necessidade de compatibilização do direito militar a esses instrumentos internacionais, com foco nas obrigações decorrentes do compromisso junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Neste trabalho, será analisada a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com a jurisprudência interamericana em relação a alguns aspectos do direito militar, sendo esses: o julgamento de civis em foro militar, e a regulamentação e o cabimento de habeas corpus na prisão disciplinar por transgressão militar. Não se pretende analisar os demais standards advindos do direito internacional, já que se trata de tema muito extenso.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em primeiro lugar, é importante entender como as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵ (doravante CADH), também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH)⁶ vinculam o direito interno. A referida Convenção elenca um rol de direitos humanos que devem ser respeitados pelo Estado parte, que também deve adequar seu ordenamento jurídico para garantir esses direitos. Assim preveem seus artigos 1º e 2º:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

⁵ Entra em vigor no Brasil em 1992, e é internalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁶ O Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998, apenas em relação a fatos posteriores a esta data. Contudo, a referida declaração só foi promulgada por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Estes artigos impõem deveres específicos aos Estados partes. Como bem aponta Alexandre Dantas Coutinho Santos⁷, “eles podem ser basicamente resumidos em dois: (i) o dever de respeitar os direitos da Convenção e (ii) o dever de garantir tais direitos, sem qualquer discriminação. Com isto, assegura-se efeito útil (*effet utile*) ao Pacto”.

A expressão ‘controle de convencionalidade’, por sua vez, não está presente no texto da CADH, e aparece pela primeira vez na Corte IDH no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, no qual o juiz Sergio García Ramírez⁸ a utiliza no voto que proferiu em apartado. O plenário da Corte passa a adotar esta nomenclatura três anos depois, na sentença de mérito do caso Almonacid Arellano vs. Chile⁹, de 26 de setembro de 2006. Em seu parágrafo 124, dispõe:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

⁷ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção**. 2013. Monografia de conclusão de curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, pág. 70

⁸ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no. 101. No seu voto apartado, em seu parágrafo 27, García Ramírez diz: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (grifos acrescentados) (Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto: Juez García Ramírez, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, acesso em 3/10/2013, p. 165).

⁹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, acesso em 4/10/2013.

106 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (grifo acrescentado)

Esta decisão conceitua o controle de convencionalidade nacional, que “consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios tribunais internos”, como leciona André de Carvalho Ramos¹⁰. Ainda, como aponta a decisão supra transcrita, este controle não leva em conta apenas os dispositivos da CADH, mas também a interpretação dada a ela pela Corte Interamericana, sendo esta a intérprete última da Convenção.

Não obstante, o controle de convencionalidade também pode ser realizado na ordem internacional, como ocorre na atuação da própria Corte IDH e de outros organismos internacionais, e se dá pelo exame de compatibilidade de atos internos em face de normas internacionais. Alguns juristas, como o magistrado Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹¹, preferem chamar este, realizado pela Corte Interamericana, de controle de convencionalidade concentrado, sendo o controle de convencionalidade difuso exercido pelos juízes nacionais dos Estados que reconheceram a jurisdição da Corte IDH.

A noção deste controle difuso se desenvolve na jurisprudência interamericana. Ainda no ano de 2006, na sentença de mérito do caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. No seu parágrafo 128¹², dispõe:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. , p. 430.

¹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. pág. 175-176 – Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

¹² Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Assim, são apontados dois aspectos importantes desta doutrina¹³: 1) o controle de convencionalidade pode ser feito de ofício pelos juízes domésticos, sem necessidade de que as partes a invoquem, e 2) devem ser obedecidas as competências e as regulações processuais correspondentes, considerando outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência.

Pode-se concluir que, por força da integração da Constituição da República com a CADH e a jurisprudência da Corte IDH, há no Brasil um sistema de duplo controle do direito interno: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Neste ponto, André de Carvalho Ramos¹⁴ leciona: “[q]ualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” Esse entendimento foi adotado no parecer da Procuradoria Geral da República na ADPF 320/DF¹⁵, cujo objetivo é o exercício do controle de convencionalidade da Lei de Anistia (Lei 6.683/1979) e o cumprimento das recomendações estabelecidas na sentença do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgado pela Corte IDH em 2010.

Por fim, é importante ressaltar que a Corte IDH também tem competência para dar opiniões consultivas, estabelecida pelo art. 64 da CADH. Segundo André de Carvalho Ramos¹⁶,

[a]s opiniões consultivas, apesar de formalmente não obrigatórias, têm importante peso doméstico, uma vez que consagram a interpretação internacionalista (a ser seguida por todos os órgãos internos, no âmbito administrativo, legislativo e judicial) sobre as normas de direitos humanos que vinculam o Brasil.

O ex-juiz da Corte Interamericana Pedro Nikken¹⁷ aponta que o Estatuto da Corte Interamericana a define como uma “instituição judiciária autônoma cujo

¹³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Op. cit. P. 178

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

¹⁵ Parecer de 28 de agosto de 2014 - pág. 30-31. Consulta realizada em 06 de agosto de 2016. A ação aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. Ed. Ver., atual., e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. P. 362.

¹⁷ NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. P. 171-172 - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”¹⁸. Em consequência, ao exercer a função de aplicar ou interpretar o Pacto de San José, seja de forma consultiva ou em caso contencioso, a Corte atua como um órgão jurisdicional e suas decisões têm natureza jurisdicional. Portanto, trata-se de fonte auxiliar do Direito Internacional, como estabelecem os artigos 38 e 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Ademais, o jurista venezuelano conclui que as opiniões consultivas têm um valor análogo ao das sentenças dos tribunais internacionais para os Estados que não foram parte no caso julgado: não são diretamente obrigatórias, mas representam interpretação autêntica do Direito Internacional, sendo sua fonte auxiliar. Logo, os Estados americanos devem considerá-los como normas para o cumprimento de suas obrigações¹⁹.

Dessa maneira, os juízes brasileiros, ao realizarem o controle de convencionalidade, devem observar não só o entendimento adotado pela Corte IDH no julgamento de casos contenciosos, mas também o conteúdo das opiniões consultivas, visto que estas fazem parte de sua jurisprudência. Nota-se que a própria Corte já utilizou tais opiniões para resolver vários casos contenciosos, usando-as para sustentar a fundamentação de suas sentenças²⁰.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO MILITAR BRASILEIRO

3.1 Julgamento de civis

O julgamento de civis pela Justiça Militar em tempos de paz está previsto no artigo 9º do Código Penal Militar²¹ (doravante CPM), que assim dispõe:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, **qualquer que seja o agente**, salvo disposição especial;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

¹⁸ ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, artigo 1º. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979)

¹⁹ NIKKEN, Pedro, op. cit., pág. 176

²⁰ Para um estudo mais aprofundado: NIKKEN, Pedro, op. cit.

²¹ Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969

- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. (*grifos acrescentados*)

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal Militar, o artigo supra permite que civis sejam julgados pela Justiça Militar²². Entende-se que deve ser observada a intenção do agente civil para definir se o crime terá natureza comum ou se será considerado crime militar. Se a conduta atingir a instituição militar, será considerado crime militar e a competência será da Justiça Militar. Caso contrário, a competência será da justiça comum.

Na ADPF 289, cujo objeto é este dispositivo, aponta-se em sua petição inicial, oferecida pelo Procurador Geral da República, que este ato legislativo causa lesão e restam vulnerados “o próprio conceito de estado democrático de direito, o princípio do juiz natural, além do princípio do devido processo legal material, como reflexo da proibição do excesso legislativo, bem como os arts. 124 e 142 da Constituição”²³. É feito o seguinte questionamento²⁴:

[Q]ual o sentido de a Justiça Militar julgar civis em tempo de paz, se o que justifica a jurisdição militar especial é o respeito à hierarquia e à disciplina, e se o agente de crime militar impróprio é civil, desconhecedor da hierarquia e disciplina? Para ir além, como um civil em tempo de paz seria capaz de atentar contra a hierarquia e a disciplina da tropa, se ele nem sequer é militar ou integra os efetivos das Forças Armadas?

A petição inicial da ADPF 289 faz menção ao Direito Internacional de forma muito breve²⁵. É citado o caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, no qual a Corte IDH condenou o Estado chileno a adequar seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar. No entanto, não se aprofunda em

²² Nota-se que o artigo 124 da Constituição da República prevê que a Justiça Militar processará e julgará os crimes militares definidos em lei.

²³ Petição inicial da ADPF 289, P. 3. A ação ainda aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf

²⁴ Petição inicial da ADPF 289, P. 10.

²⁵ Petição inicial da ADPF 289, P. 13.

dizer quais são os parâmetros presentes na jurisprudência interamericana, o que merece maior atenção.

No caso referido, a Corte Interamericana ressalta que a jurisdição penal militar deve ter alcance excepcional e restritivo, e estar destinada a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei atribui às Forças Armadas. Assim, só deve ser a ela submetido o militar que cometer delitos ou infração que atente contra bens jurídicos próprios da ordem militar²⁶. Dessa maneira, entende-se que a vítima em questão, o sr. Palamara Iribarne, por ser militar já em status de aposentadoria, não poderia ser sujeito ativo de um delito militar, visto que apenas militares em serviço ativo podem sê-lo. Portanto, a Corte IDH define que não só os civis devem ser julgados pela justiça ordinária, mas também os militares aposentados, observando o alcance restritivo e excepcional da jurisdição militar²⁷.

Ainda, o direito de ser julgado por tribunais ordinários de acordo com procedimentos legalmente previstos constitui um princípio básico do devido processo legal. Para que se respeite a garantia do juiz natural, não basta que a competência esteja previamente estabelecida por lei, mas que sejam claramente estabelecidos os elementos constitutivos do delito penal²⁸. Assim, considerou-se que houve violação do artigo 8.1 em prejuízo do sr. Palamara Iribarne.

Este artigo da CADH também é violado no caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru, julgado pela Corte IDH em 1999, o qual pode ser considerado um dos casos mais relevantes nesta matéria. Entendeu-se que²⁹, *inter alia*, há violação do artigo 8.1 quando a Justiça Militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, pois se veem afetados o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo legal, que, por sua vez, está intimamente ligado ao próprio acesso à justiça³⁰. Ademais, entende-se que a jurisdição militar não é

²⁶ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005(Fondo, reparaciones y costas). Serie C, no. 135, párr. 124. Entendimento proferido anteriormente nos casos julgados pela Corte IDH: Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 202; Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 142; y Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 165.

²⁷ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *supra* citado, Párr. 125.

²⁸ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *supra* citado, Párr. 140.

²⁹ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C. no. 52, parágrafo 128

³⁰ Entendimento reproduzido nos casos: Caso Lori Berenson, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 141; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C

naturalmente aplicável a civis que não exercem funções militares e que não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter³¹.

Dessa maneira, a Corte Interamericana declarou que as normas presentes no direito interno peruano que tornam a jurisdição militar aplicável a civis violam a Convenção Americana. O Estado peruano foi condenado a adotar medidas apropriadas para reformar tais normas e assegurar o gozo dos direitos consagrados na CADH a todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição³², com base em seus arts. 1 e 2³³.

Mais recentemente, no caso *Arguelles y otros vs. Argentina*, julgado em 2014³⁴:

[L]a Corte ha establecido que en un Estado democrático de Derecho, dicha jurisdicción [militar] ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones.

Logo, pode ser dito que a jurisprudência da Corte Interamericana é pacífica e reiterada em relação à interpretação do artigo 8.1, sendo necessário que o direito militar brasileiro a ela se adeque. Portanto, deve ser feito o controle de convencionalidade do artigo 9º do Código Penal Militar, de modo a paralisar sua aplicação, e vedar a submissão de civis e militares reformados à Justiça Militar.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda profere decisões em desacordo a esse entendimento. No Habeas Corpus nº 124.858/DF³⁵, entendeu-se que “[à] luz do princípio da legalidade, é militar o crime definido na Parte

No. 109, párr. 167; y Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52.

³¹ A Corte IDH cita também os *Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, adotados pelas resoluções 40/32 e 40/146 da Assembleia Geral da ONU, que preveem que “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

³² Caso Castillo Petruzzi. *supra* nota 28, parágrafo 222

³³ Corte IDH. Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, par, 106.

³⁴ Corte IDH. Caso Arguelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, no. 288, parágrafo 148. Entendimento reproduzido nos casos: Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 117, y Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 189.

³⁵ HC nº 124.858/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 31/8/15. No mesmo sentido o HC nº 112.382/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 13/10/15; ARE nº 878.019/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 6/8/15; HC nº 11.724/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 30/10/14; HC nº 119.581/PA, Primeira Turma, relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 7/5/14.

112 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

Especial do CPM, praticado, ainda que por civil, contra bens colocados sob a administração militar (art. 124 da CF c/c art. 9º, III, 'a', do CPM)".

Deve ser ressalvado que a Justiça Militar é incompetente para julgar civis em tempos de paz sob qualquer circunstância, consubstanciando-se na jurisprudência da Corte IDH supra exposta. O STF ainda não segue tal entendimento, como se pode ver no julgado abaixo³⁶:

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

Apesar do paciente em questão ter seu pedido deferido, isto só ocorreu porque sua conduta não se enquadrou nas hipóteses do artigo 9º do CPM. A Corte Suprema diz expressamente que é possível que civis sejam julgados pelo foro militar, considerando possível a aplicação do referido artigo 9º. A jurisprudência interamericana chega a ser citada no referido HC supra transcrito:

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

(...) – Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ('Caso Palamara Iribarne vs. Chile', de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que 'um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)' (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, 'Puntos Resolutivos'). (*grifos acrescentados*)

No entanto, não é correto considerar como apenas uma mera fonte de direito comparado os julgados da Corte Interamericana que não tenham o Brasil como uma das partes. Como foi dito anteriormente, os Estados partes da CADH devem considerá-los como normas para o cumprimento de suas obrigações. Afinal, essas decisões representam a interpretação que é dada ao Pacto de San José, que não é direito estrangeiro, mas um tratado vinculante do qual o Brasil é signatário. Assim, a jurisprudência reiterada da Corte deve ser entendida como parâmetro para o controle de convencionalidade, integrando o chamado bloco de convencionalidade. Alexandre Dantas Coutinho Santos³⁷ explica:

³⁶ STF. HC 106.171/AM, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁷ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho, Op. cit., p. 76

Em relação ao fato de que a jurisprudência firmada pela Corte IDH passa a fazer parte do denominado “bloco de convencionalidade” (i.e., do parâmetro para a realização do controle), afirma-se que este órgão internacional, em sua doutrina do controle de convencionalidade, adotou postura semelhante à Suprema Corte americana no que tange à obrigatoriedade de observância dos seus precedentes, dentro da noção de *stare decisis*.

Por conseguinte, a jurisprudência da Corte IDH também baseará o controle de convencionalidade. Nota-se que não são diretamente obrigatórias as sentenças nas quais o Estado brasileiro não seja parte, mas se considera como entendimento mais acertado o de que essas decisões são fonte do direito internacional e devem ser respeitadas pelos Estados partes da CADH, visto que se trata de interpretação última da Convenção, por julgamento da Corte IDH, dotada de certeza e finalidade, e não simplesmente um acessório interpretativo.

Portanto, o julgamento de civis por foro militar deve ser totalmente abolido do direito brasileiro, por força da correta aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Afinal, deve ser realizado um duplo controle das leis internas, de constitucionalidade e convencionalidade.

3.2 Prisão disciplinar por transgressão militar

3.2.1 Definição

Os militares estão sujeitos à punição disciplinar, que tem como objetivo a “preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence”, como dispõe o artigo 23 do Regulamento Disciplinar do Exército³⁸. O mesmo decreto prevê tais punições, que podem chegar a até trinta dias de prisão para os casos de prisão disciplinar, e de dez dias para o impedimento disciplinar³⁹.

Tal decreto regula o dispositivo presente na lei n° 6.880, de 1980, que prevê:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

³⁸ Decreto-Lei n° 4.346, de 26 de agosto de 2002.

³⁹ Artigo 24, incisos II e IV, e parágrafo único, do mesmo decreto.

Entende-se que este tipo de prisão é decretado por via administrativa, e apenas a autoridade militar pode entrar no mérito da questão. Assim, apenas o superior hierárquico, e não o Judiciário, tem a competência para aplicar a pena ao militar que venha a cometer tal transgressão. Este instituto constitui exceção à regra geral, autorizada pelo artigo 5º da Constituição da República, em seu inciso LXI:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Deve ser destacado que este inciso exige que tal exceção seja definida em lei, o que não ocorre no instituto supra descrito. Afinal, o Regulamento Disciplinar do Exército é um decreto-lei expedido pelo Presidente da República, com base no artigo 84, inciso IV, da Constituição. Portanto, não constitui lei formal e não atende ao requisito constitucional.

Também deve ser observado o artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição, no qual se prevê que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Dessa maneira, os tribunais brasileiros já entenderam reiteradamente que não cabe à autoridade judiciária analisar o mérito deste tipo de prisão. Em decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, os desembargadores entenderam que “[a] previsão constitucional deve ser interpretada no sentido de que não cabe Habeas Corpus em relação ao mérito desta destas punições, limitando-se o Poder Judiciário a uma análise quanto à verificação da legalidade do ato praticado”⁴⁰.

Portanto, entendeu-se que o ato administrativo pode determinar prisão do militar por até 30 dias, e o Judiciário controla apenas a regularidade formal de tal ato, sendo incabível o *writ*. Diante do exposto, há duas questões que merecem maior reflexão: a) que tal prisão seja definida por decreto regulamentar, conforme prevê o artigo 47 da lei 6.880/1980; e b) a limitação, nestes casos, do direito de *habeas corpus*, aos aspectos formais do ato administrativo que ordena a prisão, de acordo com o art. 142, §2º, da Constituição da República, além da observância do artigo 7 da CADH. Faz-se necessário analisar a constitucionalidade e a convencionalidade de tais dispositivos.

⁴⁰ TRF 2ª Região – Recurso de Habeas Corpus 172/RJ (Proc. Originário: 2003.51.09.001161-1). Desembargador Relator: Paulo Espírito Santo. Julgado em 13 de outubro de 2004.

3.2.2 Análise crítica

3.2.2.1 A definição dos aspectos da prisão através de decreto regulamentar

Como dito anteriormente, o art. 5º, inciso LXI, da CRFB, exige que lei defina os casos de restrição ao direito de locomoção. Dessa maneira, a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que o artigo 47 da lei 6.880 não foi recepcionado pela CRFB/88, dado que desrespeita este requisito formal imposto no inciso LXI para a previsão de prisão disciplinar por transgressão militar. Assim diz a ementa do acórdão⁴¹:

2. As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei stricto sensu (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas. 3. Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Consequentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25). *(grifos acrescentados)*

A decisão é objeto do Recurso Extraordinário 603.116/RS, interposto pela União, que aguarda julgamento⁴². O Ministro Dias Toffoli, na condição de relator, reputou a questão como de repercussão geral, sendo seu posicionamento aceito por maioria do Tribunal.

Nesse mesmo caso, o parecer da Procuradoria Geral da União⁴³ entende que o instituto da prisão disciplinar foi recepcionado pela CRFB/88, já que também é previsto e regulado pelo Decreto 90.608/84. A PGR considera que este

⁴¹ TRF4/Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2004.71.02.004167-4/RS. Relator: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 09 de agosto de 2006.

⁴² Consulta realizada em 01/8/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603116&classe=R&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁴³ Consulta realizada em 02/08/2016. Disponível em http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD_1.pdf

116 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

decreto foi recepcionado pela Carta Cidadã, já que estava de acordo com a Constituição de 1967/1969 quando editado, pois esta não exigia lei formal para disciplinar tal matéria. Assim, não desrespeitou a ordem constitucional vigente à época de sua edição e foi recepcionado pela CRFB/88 com força de lei.

Não se deve entender esta interpretação como a mais acertada. No entanto, mesmo que aceite a tese da PGR de que o dispositivo é constitucional, é necessário levar em conta a convencionalidade do instituto. Como vimos anteriormente, deve ser feito um duplo controle das normas, o que não ocorre no referido parecer. No presente exemplo, é imperativo que seja feito o controle difuso de convencionalidade, sempre respeitando os princípios *pro persona* e da vedação ao retrocesso.

Nesse aspecto, a Opinião Consultiva n° 6/1986, da Corte IDH é categórica, ao interpretar o significado da palavra 'leis' no artigo 30 da CADH. Tal artigo dispõe:

Artigo 30 - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

A Corte entendeu que para restringir um direito garantido pelo Pacto de San José da Costa Rica, como ocorre no caso do instituto aqui discutido, é imprescindível a edição de norma jurídica de caráter geral, de acordo com o bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados partes para a formação de leis.

Assim como a CRFB/88 prevê uma reserva de lei no art. 5º, inciso LXI, para restrição de um direito, a CADH o faz no seu artigo 30, como bem interpreta a Corte IDH ao citar o princípio da legalidade, o qual garante que os direitos fundamentais só podem ser restringidos por lei, enquanto expressão legítima da vontade da nação⁴⁴. Na referida OC, diz-se que na proteção dos direitos humanos está necessariamente compreendida a noção de restrição ao exercício do poder estatal. Os atos estatais que afetem os direitos humanos não podem recair ao arbítrio do poder público, por isso a necessidade de que as limitações sejam

⁴⁴ Corte IDH - Opinião Consultiva n° 6, parágrafo 23.

estabelecidas por uma lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabelecido na Constituição⁴⁵.

Além disso, a Corte entende que o princípio da legalidade está vinculado ao princípio da legitimidade, que inclui a eleição popular dos órgãos que editam as normas jurídicas, respeitando a participação de minorias e o bem comum. A OC prevê que, pela leitura do art. 30 e outros arts. da CADH, autoriza-se a imposição de limitações e restrições a determinados direitos e liberdades, desde que: 1) se trate de restrição expressamente autorizada pela CADH, 2) tenha fins legítimos, ou seja, que obedeça a razões de interesse geral e não se afastem do propósito para qual foi estabelecido (critério teleológico), 3) que as restrições estejam dispostas por lei e sejam aplicadas em conformidade com elas⁴⁶. Portanto, no art. 30, a expressão 'leis' não significa qualquer norma jurídica.

Dessa maneira, é certo que o referido decreto não passa pelo controle de convencionalidade, dado que, de acordo com o entendimento da Corte IDH, o artigo 30 da CADH exige que um direito seja restringido apenas por lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, e nunca por um instrumento legal como um decreto. Ainda que se entenda que o decreto foi recepcionado pela CRFB/88, trata-se de caso de aplicação do princípio *pro persona*, também chamado de princípio *pro homine*.

Este princípio “pode ser definido como o mecanismo interpretativo através do qual se busca sempre conferir maior proteção ao ser humano”⁴⁷. Este postulado é fundamental para garantir o efeito útil e a regular aplicação das normas convencionais. Diante de um conflito de normas, será aplicada aquela que for mais favorável ao ser humano, quer nacional ou internacional, e independente do seu status hierárquico. Logo, o princípio *pro homine* permite certa quebra da ideia de hierarquia, pois, mesmo que se considere um dispositivo convencional como hierarquicamente inferior à norma em colisão, aplica-se a norma mais benéfica a pessoa⁴⁸.

⁴⁵ Corte IDH - Opinião Consultiva n° 6, parágrafo 20-23.

⁴⁶ Corte IDH - Opinião Consultiva n° 6, parágrafo 18.

⁴⁷ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. Op. cit., p. 86

⁴⁸ Nota-se que muitos autores dão significados variados a este princípio, ou o dividem em diferentes postulados. Para fins deste trabalho, este será o sentido escolhido.

118 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 2 – v. 4, n. 2, dez. 2014 – dez. 2016, p. 103-128

No âmbito da Corte IDH, o juiz Rodolfo E. Piza Escalante, em opinião separada na Opinião Consultiva nº 7⁴⁹, define de forma brilhante a aplicação deste princípio:

*[...] En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga **a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen**. Ese criterio fundamental – principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos –, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, (...) (grifos acrescentados).*

Dessa maneira, deve ser ampliado o sentido da norma quando se trata de reconhecer direitos protegidos, enquanto no caso de restringir o exercício e o gozo de um direito deverá ser usada uma interpretação mais restritiva. Esta interpretação é encontrada em diversas decisões judiciais, como neste HC julgado pelo STF, sobre a legalidade da prisão do depositário infiel:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

- Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

A decisão acima cita corretamente o artigo 29 da CADH, que dispõe:

Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

⁴⁹ Corte IDH. Opinião Consultiva nº 7. Série A, no. 7. Concedida em 29 de agosto de 1986, sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14, 1.1 e 2, da CADH).

- a) permitir a qualquer dos Estados partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; (...)

Deve ser citado também o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que prevê: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Portanto, o princípio *pro homine* é fundamental para o regular cumprimento do direito internacional. Neste caso, sua aplicação é imperativa para assegurar o efeito útil do Pacto de San José.

Assim, mesmo que entendido como constitucional o referido decreto⁵⁰, faz-se necessária a regulamentação por lei formal da prisão disciplinar, com base no artigo 30 da CADH, já que se trata de restrição a direito consagrado no artigo 7 da Convenção (direito a liberdade pessoal). Ademais, como indica a própria jurisprudência do STF, aplica-se a regra mais benéfica à pessoa, que, neste caso, é a de exigência de reserva legal para restringir o direito à liberdade pessoal.

Por fim, mesmo que não aceita a tese supra, nota-se que o STF já reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, com base no artigo 5º, §2º, da Constituição. Portanto, a CADH goza de status supralegal, logo, é hierarquicamente superior aos referidos decretos que regulam a prisão disciplinar. Assim, paralisa sua vigência, restando inaplicável a prisão disciplinar por transgressão militar, dada a ausência de regulamentação legal satisfatória aos crivos constitucional e convencional.

3.2.2.2 O direito de *habeas corpus* da pessoa presa por transgressão militar e a observância do artigo 7 da CADH

O art. 142, § 2º, da Constituição, dispõe: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Assim, uma pessoa pode ficar presa por até 30 dias e não ter direito a remédio legal. Este dispositivo está flagrantemente em desacordo com a CADH, especialmente com seu artigo 7.6, que prevê o direito a *habeas corpus* e dispõe:

⁵⁰ Nota-se que há outros decretos do Executivo que regulam a prisão disciplinar por transgressão militar, de acordo com as competências constitucionais de cada ente público. É o caso, por exemplo, dos decretos nos quais os Governadores dos estados da federação instituem os regulamentos para a punição de transgressões militares dos policiais militares.

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Deve ser levado em conta também o artigo 25.1, que prevê a instituição processual de amparo, entendida como procedimento judicial breve e simples, que tem por objeto a tutela de direitos. Se examinados conjuntamente, pode se dizer que o amparo é gênero e o habeas corpus é um de seus aspectos específicos. Esse foi o entendimento concedido pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 8⁵¹, na qual se entendeu que o *writ* é uma das garantias judiciais indispensáveis previstas no artigo 27.2, que não podem ser suspensas nem mesmo em estado de exceção. Independente da gravidade da emergência, o direito ao habeas corpus não pode ser afastado.

Na mesma OC, entende-se que, se examinados conjuntamente, pode se dizer que o amparo (art. 25.1) é gênero e o habeas corpus é um de seus aspectos específicos. A Corte entende que o habeas corpus deve verificar judicialmente a legalidade da privação de liberdade e o detento deve ser levado diante ao juiz ou tribunal competente para tal. Dessa maneira, é um meio para controlar respeito à vida e integridade física da pessoa presa, observando que torturas e desaparecimentos são realidades comuns em nosso hemisfério, e não deve ser suspenso nem mesmo em situação de emergência.

Ademais, a jurisprudência pacífica e reiterada da Corte é de que toda pessoa tem direito a um recurso rápido e simples, ou qualquer outro recurso efetivo diante de juiz ou tribunal competente para ampará-la contra atos que violem seus direitos fundamentais

constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención [...]. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo

⁵¹ Corte IDH. Opinião Consultiva nº 8, concedida em 30 de janeiro de 1987. Serie A, no. 8. Parágrafos 32-35. Solicitada pela CIDH. Tema: A possibilidade de suspensão do direito de *habeas corpus* no estado de exceção (arts. 27.2, 25.2 e 7.6)

*1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes*⁵².

Portanto, o referido dispositivo constitucional é claramente inconvenção, pois suspende um direito que é considerado pela Corte IDH como garantia judicial indispensável, imprescindível até mesmo no estado de exceção. Mais uma vez, é necessário utilizar aqui o princípio *pro homine*.

A interpretação do STF é de que, no caso de punição disciplinar, o HC é cabível para analisar apenas os pressupostos de legalidade do ato que determina a prisão. Vê-se nesse julgado⁵³:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do habeas corpus. Recurso conhecido e provido.

Deve ser ressaltado que, para que sejam cumpridas as disposições da CADH, não basta que o recurso apenas esteja previsto no ordenamento interno ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu violação aos direitos humanos e prover o remédio necessário⁵⁴. O entendimento do STF é de que a análise do mérito cabe apenas à autoridade militar. Diante desse cenário, resta dúvida sobre a convencionalidade do próprio instituto da prisão disciplinar por transgressão militar.

Cita-se, na OC n° 8, caso julgado por tribunal doméstico da Argentina, em 1977, no qual se entendeu que não se pode admitir a tese de que só Presidente da

⁵² Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, no. 69. Par.163. Entendimento reiterado em: Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, par. 101; Caso Castillo Petruzzi y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, par. 184; Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, par. 164; Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, par. 102; Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, par. 82-83 e Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, par. 65.

⁵³ STF. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 338.840/RS. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/8/2003

⁵⁴ Caso Cantoral Benavides, supra nota 51, par. 164.

República pode avaliar a situação de pessoas presas, e que esses casos não podem ficar desprovidos de controle judicial⁵⁵.

No caso Castillo Petruzzi⁵⁶, a Corte entendeu que dispositivo da legislação peruana viola a CADH ao permitir que pessoa seja presa por até trinta dias, sem que autoridade judicial conheça do caso, pela prática do delito de traição à pátria:

La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]”.

Esse caso é citado pelo professor Cançado Trindade quando ele tece comentários sobre a importância de um remédio doméstico efetivo. Sobre o tema, o eminente jurista afirma⁵⁷:

Article 8 of the Universal Declaration, and the corresponding provisions in human rights treaties in force, establish the duty of the State to provide adequate and effective domestic remedies; such duty constitutes – as I have always maintained– in effect a basic pillar not only of the mechanisms of protection of those treaties, but of the rule of law itself in a democratic society, and its correct application is to the effect of improving administration of justice (material and not only formal) at national level.

Ademais, afirma que a CADH determina a observância de garantias jurídico-processuais previstas em seu artigo 8, que abrangem os requisitos procedimentais a serem observados para que todas as pessoas possam se defender adequadamente de atos emanados do poder estatal que possam afetar seus direitos⁵⁸.

Dessa maneira, é certo que o artigo 142, §2º é flagrantemente inconveniente, visto que impede o exercício do direito de habeas corpus, consagrado no artigo 7.6 e no artigo 25.1, ambos da CADH.

3.2.3. Considerações finais sobre a prisão disciplinar por transgressão militar

⁵⁵ OC n° 8/87, supra nota 50, parágrafo 41.

⁵⁶ Caso Castillo Petruzzi. Supra nota 28. Parágrafo 110.

⁵⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to international justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011. pág. 54

⁵⁸ Ibid., p. 62

Ao analisar as decisões da Corte IDH, pode ser dito que ainda não há base jurisprudencial suficiente para dizer que a determinação da prisão por ato administrativo seja, por si só, contrária ao Pacto de San José. Por outro lado, é importante pontuar que a prisão disciplinar pode ser usada, em alguns casos dentro da esfera militar, para restringir direitos garantidos na Constituição da República e na CADH.

Isso ocorreu no caso do soldado da Polícia Militar do Rio Grande do Norte João Maria Figueiredo da Silva, que publicou o seguinte comentário crítico à Polícia Militar nas redes sociais:

Esse estado policalesco não serve nem ao povo e muito menos aos policiais que também compõe uma parcela significativa de vítimas do atual contrato social brasileiro. Temos uma Polícia que se assemelha a jagunços, reflexo de uma sociedade hipócrita, imbecil e desonesta!

O soldado Figueiredo foi punido com prisão disciplinar de 15 (quinze) dias por ter publicado esse comentário em uma página do Facebook⁵⁹. O caso ganhou certa repercussão na mídia nacional, dado o descabimento da punição aplicada. Uma decisão judicial subsequente, em sede de *habeas corpus*, suspendeu o cumprimento da punição de Figueiredo, até que fosse avaliado o mérito da questão⁶⁰. Cabe observar que, como vimos anteriormente, o *writ* não é plenamente efetivo nesses casos de prisão disciplinar, de acordo com a interpretação do STF reproduzida por muitos dos juízes brasileiros.

O caso em tela se trata de flagrante violação ao direito de liberdade de expressão, garantido pela CRFB/88 e pela CADH⁶¹. A jurisprudência pacífica da Corte IDH determina que a expressão e a difusão do pensamento são indivisíveis, e, para que o direito à liberdade de pensamento e expressão seja realmente efetivo, o Estado não pode limitar indevidamente o direito de difundir ideias e opiniões⁶².

Nota-se que o objetivo desse trabalho não é esgotar o tema da proteção da liberdade de expressão, que não é considerado como um direito absoluto pela

⁵⁹ Mais informações sobre o caso em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/09/comandante-manda-prender-pm-que-usou-rede-social-para-criticar-policia.html>

⁶⁰ Mais informações em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/10/habeas-corpus-impede-prisao-de-pm-do-rn-que-criticou-modelo-de-policia.html>

⁶¹ Está garantido no artigo 5º, incisos IV e VIII, da CRFB/88; e no artigo 13, da CADH.

⁶² Caso Palamara Iribarne. Supra citado. Parágrafo 72

jurisprudência da Corte IDH⁶³. No entanto, o caso do soldado Figueiredo é suficiente para demonstrar que a existência desse instituto deve ser revista, e devem ser tomadas as medidas necessárias para que a prisão disciplinar por transgressão militar não seja usada dentro da esfera castrense como um instrumento para violações de direitos humanos, que não podem ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, não se pretendeu analisar toda a jurisprudência da Corte IDH sobre a jurisdição militar, já que o tema é muito extenso, e podem se aferir vários padrões sobre a justiça castrense a partir do Direito Internacional. No entanto, buscou-se ressaltar conceitos básicos, como o 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.

Conclui-se que há inconveniências no instituto da prisão disciplinar por transgressão militar. No que tange à necessidade de lei formal para regulamentar esta modalidade de prisão, nota-se que 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. Ressalta-se que a interpretação adequada desta questão é de que há vício de constitucionalidade e convencionalidade pela falta de lei formal, ao contrário do posicionamento defendido no referido parecer da PGR no RE 603.116/RS.

Ademais, a restrição ao direito de *habeas corpus* também não deve ocorrer no Estado Democrático de Direito, baseado na jurisprudência interamericana. 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 exceção.

Portanto, deve ser feito o controle de convencionalidade do direito militar brasileiro, a fim de garantir que o ordenamento jurídico brasileiro esteja de acordo com a Convenção Americana e cumpra com a obrigação estabelecida pelos seus arts 1 e 2. Leva-se em consideração a jurisprudência da Corte IDH, que

⁶³ Caso Palamara Iribarne. Supra citado. Parágrafo 79

engloba seus casos contenciosos e suas opiniões consultivas, e integra o bloco de convencionalidade.

Nota-se que não se trata aqui de hostilidade à Justiça Militar. Não se advoga aqui pelo seu fim, mas apenas pela preservação de seu caráter restrito e excepcional, e se reconhece a importância das Forças Armadas no Estado contemporâneo. O atual Presidente da Corte IDH, juiz Roberto Caldas, já reforçou esses pontos em debate realizado pela Justiça Militar da União com membros do SIDH⁶⁴, ressaltando que direitos humanos e Justiça Militar não podem ser contrapostos, mas sim complementares.

5 REFERÊNCIAS

Bibliográficas

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo - O Controle de Convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos (In: **Revista da AGU** / Advocacia-Geral da União. Ano 14, nº 04 – Brasília-DF, out./dez. 2015)

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **The access of individuals to international justice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional**. – Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. **Crimes da ditadura militar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. - Disponível em : <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3ª. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. **A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção**. 2013. Monografia de conclusão de curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Legal e Jurisprudencial

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

⁶⁴ Publicado por Empresa Brasil de Comunicação, em 09/02/2015. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/02/justica-militar-e-corte-interamericana-discutem-direitos-humanos-na-ditadura>

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, artigo 1º. (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979)

Petição inicial da ADPF 289, P. 3. A ação ainda aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2014/02/uerjdireitos_competencia-da-justica-militar-para-julgamento-de-civis-adpf-289131.pdf

STF. HC 106.171/AM, Rel. Min. Celso de Mello

_____. Recurso Extraordinário nº 338.840/RS. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/8/2003

_____. HC nº 124.858/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 31/8/15

_____. Recurso Extraordinário 603.116/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli.

Consulta realizada em 01/8/2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=603116&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Parecer da Procuradoria Geral da República no Recurso Extraordinário 603.116/RS. Consulta realizada em 02/08/2016. Disponível em

http://www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-10-de-13-08-2015/docs/RE%20603116%20-%20sancao%20disciplinar%20militar-%20decreto%20inconstitucional%20-%20FRS%20-CD_1.pdf

Parecer da Procuradoria Geral da República na ADPF 320/DF Parecer de 28 de agosto de 2014 - pág. 30-31. Consulta realizada em 06 de agosto de 2016. A ação aguarda julgamento (verificado em 08/8/16). Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf

TRF 2ª Região – Recurso de Habeas Corpus 172/RJ (Proc.

Originário: 2003.51.09.001161-1). Desembargador Relator: Paulo Espírito Santo. Julgado em 13 de outubro de 2004.

TRF 4ª Região – Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2004.71.02.004167-4/RS. Relator: Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 09 de agosto de 2006.

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 6. Serie A, no 6. Concedida em 9 de maio de 1986.

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 7. Série A, no. 7. Concedida em 29 de agosto de 1986, sobre a exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos 14, 1.1 e 2, da CADH).

Corte IDH. Opinião Consultiva nº 8. Serie A, no. 8. Concedida em 30 de janeiro de 1987. Parágrafos 32-35. Solicitada pela CIDH. Tema: A possibilidade de suspensão do direito de *habeas corpus* no estado de exceção (arts. 27.2, 25.2 e 7.6)

Corte IDH. Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C. no. 52.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, no. 69

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas). Serie C, no. 135.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C no. 101.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, série C no. 149, Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, acesso em 4/10/2013.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte IDH. Caso Arguelles y otros vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, no. 288.