

# Uma análise constitucional acerca do julgamento de civis perante a Justiça Militar da União

**Luiz Filipe Ribeiro Bizigato**

Advogado

Bacharel em Direito pela PUC Campinas

Pós-graduando em Direito pela PUC Minas

**Christiany Pegorari Conte**

Professora da Faculdade de Direito da PUC Campinas

Mestre em Direito pela FMU

Doutoranda em Educação pela PUC Campinas

Membro e parecerista do IBCCRIM

**RESUMO:** O presente trabalho tem como cerne analisar, à luz da Carta Constitucional, a competência da Justiça Militar da União em processar e julgar civis nos crimes militares definidos em lei, em tempo de paz. Para tanto, procederemos com a investigação histórica constitucional acerca da temática, e sob a perspectiva do princípio do juiz natural e da cláusula geral do devido processo legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Militar da União. Justiça Castrense. Competência para o julgamento de civis. Princípio do juiz natural. Cláusula geral do devido processo legal.

## ENGLISH

**TITLE:** A constitutional analysis of the judgment of civilians by the Military Justice of the Union.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze, in the light of the Constitutional Charter, the competence of the Military Justice to prosecute and try civilians in military crimes defined by law, in peace times. For this purpose, we went deeply in to the constitutional historic issue and from the perspective of the principle of natural judge and the general clause of due process.

**KEYWORDS:** Military Justice of the Union. Military justice. Jurisdiction for the trial of civilians. Principle of the natural judge. General clause of due process.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A história da competência da Justiça Castrense à luz das disposições constitucionais – 3 Princípio do juiz natural – 4 Cláusula geral do devido processo legal – 5 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, devido à grave situação na segurança pública vivenciada em alguns estados brasileiros, houve a necessidade de se utilizar das Forças Armadas no auxílio das forças de segurança estaduais. Os militares federais foram empregados em inúmeros episódios, dentre os quais se destacam as missões de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) nos estados do Rio Grande do Norte, Espírito Santo e Rio de Janeiro. Quanto ao último estado citado, a debilidade extrema na segurança pública levou a decretação da Intervenção Federal na Segurança Pública, na qual os militares do exército, da marinha e da aeronáutica tiveram relevante contribuição na proteção dos fluminenses.

O emprego das Forças Armadas na segurança da população faz emergir uma questão de extrema relevância para o universo criminal, todavia pouco difundida. Em regra, não é ensinada nos cursos de Direito, tampouco tratada nas doutrinas de Direito Penal e Processo Penal. Quando abordada, é examinada de modo superficial, não havendo o aprofundamento nas discussões. Tal questão é o julgamento de civis perante a Justiça Militar da União.

Muitos podem-se surpreender com o que foi dito, indagando se é possível um civil ser julgado perante a Justiça Militar da União mesmo em tempo de paz. Para essa pergunta, não há uma resposta unívoca, havendo teses nos dois sentidos.

Para melhor compreender a questão, é necessário recorrer à Constituição Federal, que, em seu art. 124, prevê que compete à Justiça Militar da União processar e julgar crimes militares definidos em lei, trata-se, portanto, de competência *ratione legis*. Assim, independentemente de quem seja o sujeito ativo (militar ou civil), o cometimento de um crime militar determina a competência da justiça especializada.

Nesse contexto, vem o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001 de 1969) definir os crimes militares, elencando em seu art. 9º os crimes militares cometidos em tempo de paz; no inciso III, ao tratar dos cometidos contra as instituições militares, inclui como possíveis sujeitos ativos os militares da reserva, reformados ou civis.

Em primeira análise, aparenta ser inequívoca a constitucionalidade da Justiça Militar da União em processar e julgar civis nos crimes contra as instituições militares, nas hipóteses colacionadas no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar. Entretanto, ao vislumbrarmos a formação dos órgãos julgadores, nota-se uma incompatibilidade que, para parcela dos juristas, macula de tal forma os princípios constitucionais que culmina na não recepção da competência em tela pela Carta Magna. Por sua vez, para a outra parcela, a incompatibilidade é facilmente resolvida com uma interpretação constitucional do Código Penal Militar ou simplesmente, com a aprovação do Projeto de Lei nº 7.683 de 2014, que tem a pretensão de atualizar o diploma legal de 1969.

A Justiça Militar da União compõe-se, basicamente, de duas instâncias, além da Corte Constitucional. A segunda instância é constituída, em regra, pelo Superior Tribunal Militar, já a primeira instância é formada pelos Conselhos de Justiça.

Os Conselhos de Justiça são órgãos colegiados, compostos por um juiz-auditor, bacharel em Direito, que ingressou na carreira mediante aprovação no concurso público de provas e títulos, e quatro militares. São subdivididos em

duas espécies, Especial e Permanente. Ao primeiro compete processar e julgar os oficiais, exceto os oficiais-generais, cuja competência originária é do Superior Tribunal Militar. Ao segundo, o Conselho Permanente, cabe a competência residual, ou seja, processar e julgar acusados que não sejam oficiais nos crimes militares.

A doutrina nacional denomina como escabinato a composição dos Conselhos de Justiça, formados por um juiz togado e quatro militares, os quais possuem igualdade e equivalência de votos. A mencionada composição plúrima se justifica em atendimento às peculiaridades do próprio dever legal dos militares e em vista das bases que norteiam a organização militar: hierarquia e disciplina. Assim, harmonicamente, combina a vivência na caserna com o conhecimento técnico-jurídico.

A presença dos militares é de suma importância para o atendimento da função típica do Poder Judiciário, a qual a Justiça Militar da União integra, uma vez que somente um militar com vivência na caserna consegue compreender os atos e as motivações de outro militar. Apenas quem vive sob os princípios da hierarquia e disciplina, quem comunga dos deveres institucionais, quem recebe o mesmo treinamento físico, psicológico, tático e bélico, quem participa efetivamente de operações de campo, quem se depara com a boca do cano da arma do inimigo pode entender os pensamentos e as reações de outra pessoa submetida às mesmas condições.

Em vista do caráter eminentemente penal da Justiça Castrense, é essencial ter esse conhecimento para identificar, se no caso concreto, em que um militar está sendo acusado pela prática de certa infração penal, houve o dolo ou a culpa, elementos integrantes da conduta, cuja ausência torna o fato atípico, bem como para o reconhecimento de outros institutos penais que demandam do julgador uma mínima percepção das possíveis intenções ou da falta delas pelo acusado. Dificilmente uma pessoa alheia ao oficialato terá essa percepção. Por isso, há essencialidade do escabinato.

Ante a estrutura da Justiça Militar da União, vislumbra-se que compete aos Conselhos Permanentes de Justiça processar e julgar os civis nos crimes militares previstos no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, em vista da

sua competência residual e da ausência do enquadramento nas hipóteses que estabelecem as competências do Conselho Especial de Justiça e originárias do Superior Tribunal Militar. Entretanto, diferentemente dos militares, os civis não partilham das vivências na caserna, não são submetidos à égide dos princípios da hierarquia e disciplina, não comungam dos deveres institucionais, não recebem os mesmos treinamentos, não compartilham das mesmas situações cotidianas, conseqüentemente, os motivos que levam à essencialidade da presença dos militares nos julgamentos de militares os afastam do julgamento dos civis, em virtude da incompatibilidade expressa.

Dessa incompatibilidade surgem as duas vertentes, a que considera não recepcionado a parte do artigo que estabelece a competência da justiça especializada em julgar civis em tempo de paz, sustentando que a discrepância ora exposta atenta contra os princípios do devido processo legal e do juiz natural; e há a vertente que, reconhecendo a incompatibilidade, defende que tal é resolvida com a interpretação à luz da vigente Constituição Federal, no sentido de transferir ao juiz-auditor a incumbência de julgar singularmente a lide.

Nessa senda, vislumbra-se que a questão posta repousa sobre alicerces constitucionais, inclusive, a sustentação das conclusões de ambas as correntes são lastreadas nos princípios constitucionais, por isso passamos a efetuar a análise constitucional acerca da temática, objetivando extrair o resultado que melhor se adequa aos ditames da Carta Magna.

## **2 A HISTÓRIA DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS**

A justiça militar brasileira data da vinda da família real para o Brasil, sendo considerada a primeira estrutura voltada ao processamento e julgamento de litígios dissociada das cortes portuguesas. É tida, assim, como a justiça mais antiga da nação. Em 1º de abril de 1808, como parte das transformações políticas e administrativas decorrentes da vinda da corte portuguesa para o Brasil, o príncipe Fernando José de Portugal, então ministro-assistente do gabinete do príncipe Dom João VI, expediu o alvará que criou o Conselho Supremo Militar

e de Justiça (JUNQUEIRA; KORNIS). Oportunamente, cabe observar que o sistema jurídico-militar vigente em território nacional, até então, era totalmente vinculado à Lisboa, nas figuras dos conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar.

Competia ao mencionado órgão a função de julgar os crimes praticados por militares, bem como as de caráter eminentemente administrativo, especialmente de cunho consultivo, como a atribuição de decidir acerca do reconhecimento do serviço de guerra, a outorga de condecorações e, inclusive, o aumento da remuneração dos praças e oficiais.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça vigorou durante todo o Império sem sofrer grandes modificações, mantendo as mesmas estruturas e funções de quando fora criado, permanecendo inerte a grandes mudanças, como a proclamação da independência em 1822. Tanto que a primeira constituição nacional (Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824) sequer fez menção a ele.

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fez-se necessária a elaboração de uma nova Carta Política que contemplasse o novo sistema de governo. Para isso, houve a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, a qual elaborou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891. Diferentemente de sua antecessora, esta última contemplou, em seu art. 77, o mencionado órgão, entretanto passou a denominá-lo de forma diversa, como Supremo Tribunal Militar. Ademais, garantiu a vitaliciedade dos membros que o compõem e, por fim, estabeleceu que o foro especial militar, além de compreender o órgão em tela, também era integrado pelos demais conselhos.

Somente com o advento da Constituição de 1934 o Supremo Tribunal Militar e os demais órgãos que compunham a estrutura passaram a integrar o Poder Judiciário, dando início à Justiça Militar da União. A Carta Constitucional de 1934, sob forte influência europeia, inseriu importantes mudanças: além de tornar o referido órgão integrante do Poder Judiciário, alterou as suas competências, não as limitando ao julgamento de crimes praticados por militares, mas

prorrogando-as para abranger os crimes previstos em lei perpetrados por civis contra a segurança externa e as instituições militares.

A alteração na competência se deu devido ao cenário internacional da época. O mundo acabara de vivenciar as atrocidades da Primeira Guerra Mundial e, diante dos acontecimentos, alguns países europeus alteraram o ordenamento jurídico interno, destinando o julgamento dos crimes contra as instituições militares e a segurança externa a órgãos especiais (JUNQUEIRA; KORNIS). Esse foi o caminho que o Brasil trilhou acertadamente, pelo fato, principalmente, de que não há razão em transformar os órgãos em quadro em integrantes do Poder Judiciário se há limitação de sua competência a certo grupo de indivíduos, pois feriria a função típica desse poder, que consiste no exercício da função jurisdicional, isto é, a atuação imparcial do Estado nos conflitos de interesses, buscando sua pacificação, afinal, ao limitar os jurisdicionados a certo grupo, tende à parcialidade do órgão julgador.

A Carta Constitucional de 1934 vigorou por pouco mais de três anos. Em 1937, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, por meio de uma nova Constituição, a qual manteve a competência da Justiça Militar da União.

A Constituição de 1946 concretizou a redemocratização do País. A nova Carta Constitucional também não alterou a competência da Justiça Castrense, todavia mudou a nomenclatura do órgão cúpula para Superior Tribunal Militar, nomenclatura que persiste até os dias atuais. A mencionada Constituição perdurou até 1967, entretanto, sofreu grandes modificações no decorrer do tempo, em vista da assunção dos militares ao poder em 1964. No que tange à competência da Justiça Militar da União, houve uma importante alteração com o Ato Institucional nº 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965, o qual, enfatizando a doutrina do “inimigo interno”, alterou o texto do § 1º do art. 108, modificando a expressão “segurança externa” por “segurança nacional”, acarretando, pela troca de uma palavra, em uma grande mudança na competência para o processamento de civis. O mesmo ato atribuiu ao Superior Tribunal Militar o julgamento de governadores de estado e seus secretários nos crimes contra a segurança nacional e as instituições militares, que outrora competia aos tribunais de justiça estaduais. Ademais, acrescentou ao texto modificado o cabimento de recurso

ordinário direto ao Supremo Tribunal Federal. A Carta Política de 1967 reiterou os termos do Ato Institucional nº 2.

Em 1969 uma Junta Militar assumiu o poder da nação e, sob a premissa de que competia ao Poder Executivo legislar quando do recesso do Congresso Nacional, editou a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Tama- nha foi a modificação à Lei Maior que muitos constitucionalistas a tratam como uma nova Constituição. Quanto à justiça militar, manteve a sua competência, limitando-se a retirar o cabimento do recurso ordinário direto ao Supremo Tribunal Federal.

Fruto do processo de transição pacífica entre os regimes, surgiu a vigente Constituição Federal. Nessa perspectiva, desaparecendo a motivação que outrora justificou a competência da Justiça Castrense em julgar os “inimigos internos” e sendo essa atribuição incompatível com o momento vivenciado, a Assembleia Nacional Constituinte transferiu a competência para julgar os crimes políticos à Justiça Federal. A Carta Política de 1988, com forte inspiração nas origens da Justiça Militar da União, revolucionou ao atribuir-lhe a competência para o julgamento de crimes militares previstos em lei (competência *ratione legis*), deslocando ao legislador ordinário a função de delineá-la. Ressalte-se que, ao definir a competência em razão da lei, o constituinte acaba por contemplar a competência clássica da Justiça Militar da União, uma vez que, ao prever “crimes militares”, continua a privilegiar o foro especial aos militares, o qual pode ser estendido aos civis em virtude da lei, mas diferentemente das Constituições anteriores, que fixava competência a todos os militares, independentemente do crime cometido (competência *ratione personae*), e estendia aos civis em somente duas hipóteses (crimes contra a segurança externa e as instituições militares), passou ao legislador ordinário o poder delimitador.

A análise histórica demonstra claramente que, desde a integração da justiça militar ao Poder Judiciário, é reservada a ela a competência de processar e julgar os civis nos crimes delineados pelas Constituições, principalmente os atentatórios às instituições militares. Ademais, quando o constituinte pretendeu estabelecer competência diversa das previstas nas Constituições anteriores, fê-lo

expressamente, de forma clara e precisa, como se observa na transferência da competência do julgamento de crimes políticos.

Cabe observar que, em momentos antes de se convocar a Assembleia Nacional Constituinte, houve a instituição, pelo Decreto nº 91.450 de 1985, da Comissão de Estudos Constitucionais, composta por cinquenta membros, escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo. Nela houve discussões acerca do julgamento de civis pela Justiça Militar e, mesmo com as discussões levantadas, o ideário pragmático permaneceu.

O constituinte Virgílio Guimarães, entendendo que não competia à Justiça Militar processar e julgar civis, propôs uma emenda substitutiva que limitaria a competência ao processamento e julgamento de militares nos crimes militares definidos em lei, contudo a Assembleia Nacional Constituinte, por 337 votos contra 139, decidiu pela rejeição (CONSTITUENTES..., 1988).

Diante dos fatos narrados, somadas às disposições do Código Penal Militar que entrou em vigência em 1º de janeiro de 1970, mais de quinze anos antes da Convocação da Assembleia Nacional Constituinte, permanecendo vigente até os dias atuais, não há dúvidas de que o constituinte, ciente das discussões acerca da temática, não vislumbrou a incompatibilidade do processamento e julgamento dos civis perante a Justiça Castrense, em tempo de paz, com a Carta Constitucional que estava a se tecer.

Em 2004, pretendendo atualizar o sistema judiciário nacional, o legislador pátrio editou a Emenda Constitucional nº 45 e, dentre as reformas introduzidas, estava a alteração na competência da Justiça Militar Estadual, a qual, por razões de política pública, passou a ser *ratione personae*, limitando-se à apreciação dos feitos em que o sujeito ativo fosse militar estadual, com exceção dos crimes dolosos contra a vida de civis, os quais, por advento da mencionada Emenda, passaram a ser competência dos Tribunais do Júri. Apesar de ser um novo momento oportuno para o legislador restringir a competência da Justiça Militar da União no processamento e julgamento de civis, assim como o fez com a Justiça Militar Estadual, nada modificou, demonstrando que continuava adepto da mesma vertente.

Recentemente, o legislador, por intermédio da Lei nº 13.491, de 2017, alterou disposições relevantes do Código Penal Militar, deixando claro que a competência do Tribunal do Júri para o processamento e julgamento de militares que cometerem crimes dolosos contra a vida de civis limitar-se-á ao âmbito dos militares estaduais, isto é, nos termos do art. 9º, § 2º, do mencionado diploma legal, os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares das Forças Armadas, quando em cumprimento das atribuições determinadas pelo Presidente da República ou Ministro de Estado e Defesa, das ações envolvendo a segurança das instituições militares ou missões militares e das atividades de natureza militar de operação de paz, da garantia da lei e da ordem ou de atribuições subsidiárias, serão de competência da Justiça Militar da União. Entretanto, mesmo com as modificações, o legislador permaneceu guiando-se pela corrente pragmática. Nessa perspectiva, não há dúvidas quanto à constitucionalidade da Justiça Militar da União no julgamento de civis, desde que expressamente prevista em lei ordinária.

### **3 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

A Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais estabelecidos em seu art. 5º, elenca em uma de suas hipóteses, prevista no inciso XXXVII, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Na mesma linha, estabelece, no inciso LIII, a garantia de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Assim, contempla, implicitamente, o princípio do juiz natural.

Os jurisdicionados, quando envolvidos em um conflito de interesses, têm o legítimo direito de se socorrerem do Judiciário para que este exerça a sua função típica, a jurisdicional, na qual o Estado, na figura da autoridade judiciária, substituirá os titulares dos interesses conflitantes, objetivando, de forma imparcial, pacificar o litígio existente, mediante a aplicação do direito objetivo que rege o caso concreto, seja externando imperativamente o preceito, por meio de uma sentença de mérito; seja promovendo, no mundo das coisas, o que o preceito estabelece, por meio da execução, sempre observando o devido

processo legal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO apud LENZA, 2015). A função jurisdicional se diferencia das demais não pela mera aplicação do direito, já que as funções legislativa e executiva também estão adstritas a aplicá-lo de forma mais ou menos intensa, mas pela prolação de decisão autônoma e autorizada, nos casos em que o direito é contestado ou lesado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008) (CANOTILHO et al., 2013).

Como corolário da função jurisdicional, encontra-se o princípio da isonomia, com ênfase na imparcialidade, a qual se desdobra no princípio em quadro (juiz natural). O julgador, ao substituir os titulares dos interesses conflitantes, com a finalidade pacificadora, aplicando o direito objetivo inerente ao caso concreto, deve, obrigatoriamente, ser imparcial, afinal, ao contrário, tenderá preordenadamente a uma das partes, motivado por interesses alheios à atividade judicante, acarretando em injustiças.

A valorização da isonomia na função jurisdicional emerge dos pensamentos iluministas, surgidos nos idos do século XVIII nos países europeus. Tomados pela ideia de liberdade e, mormente, igualdade, defendiam que não poderia haver dois pesos e duas medidas para os sujeitos que se enquadram nas mesmas circunstâncias.

O movimento mais expressivo na época é o que se concentrou na França, devido ao cenário vivenciado, dotado de grandes pensadores, como Maximilien de Robespierre. A França do século XVIII era constituída por uma monarquia absolutista, cujo Estado se personificava na figura do próprio rei, Luís XVI. Marcada pelas grandes avarias aos cofres públicos, devido à derrota, contra a Inglaterra, na Guerra dos Sete Anos, motivada pelo controle de territórios da América do Norte, e, em contraposição, pelo franco crescimento da população que, no lapso de um século, passou de 20 para 26 milhões de habitantes, sendo que nos dois séculos que o antecederam o crescimento fora limitado em um milhão. Mesmo diante do cenário preocupante em quadro, o rei Luís XVI, objetivando vingar-se do fracasso da investida de seu avô, viu no movimento de independência americana uma grande oportunidade. Assim, destinou à causa dois milhões de libras, que à época eram suficientes para alimentar e abrigar, durante um ano, sete milhões de franceses. Piorando ainda mais uma situação

que já era extremamente preocupante, a França passou por um inverno rigoroso em meados de 1788, acarretando em colheitas modestas, levando ao aumento substancial do preço do trigo, que, por sua vez, acarretou o aumento no preço do pão, alimento base para a dieta francesa da época. Para se ter uma ideia, um francês humilde consumia ao menos um quilo de pão por dia. Não obstante, com o intuito de demonstrar liderança, o rei resolveu fazer uma reforma tributária, que, devido a sua inexperiência e falta de conhecimento, acabou por sobrecarregar com impostos aviltantes a parcela mais humilde da população. Em contrapartida a esse cenário de crise, a França também era marcada pelos banquetes suntuosos no Palácio de Versailles e pelas extravagâncias dos nobres com vestuários e penteados, entre outras, tanto que, devido aos seus grandes dispêndios com pequenices, a rainha fora apelidada de Madame Déficit. Irresignados com os privilégios senhoriais em contraposição às mazelas da população, os membros do terceiro setor, composto por todos aqueles que não faziam parte do clero ou da nobreza, foram à luta, culminando na Revolução Francesa (REVOLUÇÃO..., 2005).

Dentre os privilégios que afrontavam a igualdade defendida pelos revolucionários, estava o poder do rei em retirar o processo sob análise e julgamento do juiz competente, avocando-o ao seu conselho ou submetendo-o à apreciação dos comissários especialmente designados para o feito. O monarca, invocando o mencionado poder, seria capaz de criar, ao seu livre arbítrio, novas competências e, inclusive, novos órgãos julgadores, como as comissões extraordinárias.

Ainda durante a vigência da monarquia, os representantes do terceiro setor, reunidos na Assembleia Nacional, teceram a Declaração dos Direitos do Homem, cujo principal alicerce era a garantia da igualdade entre os franceses, tendente a abolir as distinções arcaicas fundadas na linhagem sanguínea. A referida declaração foi posteriormente assinada pelo rei, quando da Marcha sobre Versailles, em que mulheres reunidas contra o aumento do preço do pão marcharam rumo ao palácio, posicionando-se no portão de entrada. Cabe observar que, no dia subsequente à assinatura, Versailles foi tomada, e a família real, conduzida pela população para o Palácio das Tulherias, em Paris, para que ficasse mais próxima de seus súditos e das decisões da nação (REVOLUÇÃO..., 2005).

Fruto das lutas, o princípio do juiz natural foi consolidado de fato com o art. 17 da Lei 16, de 24 de agosto de 1790, ganhando maior relevo com a Constituição Francesa de 1791. Com a finalidade de afastar a desigualdade oriunda dos privilégios hereditários, a legislação francesa, seguida pela maioria dos países, passou a estabelecer por lei, de forma expressa, os tribunais e as suas respectivas competências, concedendo-lhes grande proteção. Temos, portanto, que a França é o berço do princípio do juiz natural.

Diferentemente do constituinte italiano, que previu expressamente o princípio em quadro na primeira parte do art. 25 da Constituição, a qual dispõe: “ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei” (ITALIA, 2018), o constituinte nacional de 1988 não contemplou expressamente o mencionado princípio, mas o reconheceu de maneira implícita, insculpido nos artigos supramencionados, de forma a não deixar margem para interpretações abusivas. Entretanto ressalta-se que, apesar de não constar expressamente da Carta Política, é mais do que evidente que está salvaguardado por ela.

A posição adotada pelo constituinte pátrio teve como principal fator impedir que os intérpretes afastassem a competência do conceito de juiz natural, com o propósito, dessa forma, de fraudar o texto maior, permitindo que privilégios fossem concedidos a certas pessoas, obstando a atividade judicante. Por isso o legislador foi preciso em seus termos ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, deixando claro que ninguém será processado por juiz ou tribunal que não seja aquele que expressamente esteja delimitado na Constituição e regulamentado pela legislação infraconstitucional. Na mesma linha, estabeleceu que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Assim o constituinte impossibilitou qualquer margem para dúvidas, deixando nítido que a competência integra o princípio do juiz natural.

Nesse contexto, leciona o douto professor de Direito Processual Penal da Universidade do Paraná Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O legislador constituinte brasileiro de 1988 não tratou expressamente do princípio, como haviam feito os europeus continentais após a Revolução Francesa, de um modo geral, exatamente para que se não alegasse não estar inserida nele a questão referente à competência. (CANOTILHO et al., 2013).

Apesar da clareza solar do constituinte em incluir a competência no conceito de juiz natural, uma parcela expressiva da doutrina nacional persiste em defender que a competência não está atrelada ao princípio em quadro, acabando por contrariar a própria Constituição, como aponta o douto professor:

Parte considerável de nossa doutrina – e a reboque a jurisprudência –, no entanto, quiçá por não se dar conta da situação, mormente após a definição constitucional, continua insistindo que a matéria referente à competência não tem aplicação no princípio em discussão. Em verdade, o que se está a negar, aqui, é a própria CF, começando-se a sua efetivação. (CANOTILHO et al., 2013).

O constituinte, com o dever de estruturar o Estado, criou e definiu as atribuições dos órgãos que exercem a função tipicamente jurisdicional. Competências estas que gozam de caráter absoluto, ou seja, não são suscetíveis de alteração pela conveniência ou pela vontade das partes. Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios que regem as competências constitucionais são o da indisponibilidade, o qual determina a intransferibilidade da competência a órgão diverso do que a Constituição definiu; e o da tipicidade, o qual dispõe que as competências dos órgãos constitucionais sejam tão só aquelas enumeradas no texto maior (CANOTILHO, 2002). Dito isto, ao vislumbrarmos os princípios norteadores das competências estabelecidas pela Constituição, percebemos nitidamente que o referido instituto integra o princípio do juiz natural.

Da mesma forma, o próprio cerne do princípio, que se traduz em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, impedindo que as competências sejam criadas para beneficiar ou prejudicar certos grupos, ao livre arbítrio da autoridade (legisladores, magistrados ou membros do poder executivo), leva-nos a conclusão que a competência o integra.

Tanto integra os princípios em quadro que o inconformismo dos teóricos iluministas e da população francesa em geral, que culminou na concepção do princípio do juiz natural, foi justamente o poderio do rei em alterar a competência do juiz natural da causa para o conselho ou comissários especialmente designados por ele. Nesses termos, as afirmações contrárias não só lesionam a Carta Constitucional brasileira, como o próprio cerne do princípio.

Oportunamente, cabe anotar que a Carta Magna atribuiu aos constituintes estaduais, bem como ao legislador federal e estadual, a regulamentação das competências constitucionais dentro dos limites nela estabelecidos. Produto dessa atribuição, surgem as competências legais – consubstanciadas nas constituições estaduais, nas leis federais e estaduais (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011). Tratando-se de competência legal, pode ser absoluta ou relativa, a depender das especificidades do direito processual e material tratado, bem como da vontade do legislador.

Nesse diapasão, fica ainda mais evidenciada a vinculação entre competência e o princípio do juiz natural, afinal é notório que a competência não é um mero ato de vontade, de discricção. Pelo contrário, a competência definida pela Constituição é insuscetível de transferência, enquanto a sua regulamentação somente pode ser feita pelas constituições dos estados membros, por lei federal ou estadual. Até mesmo as definidas como relativas, obrigatoriamente, dependem de prévia autorização legal.

Assim, temos que a Justiça Militar da União configura-se como o juízo natural para o processamento e julgamento dos civis, em tempo de paz, nos crimes militares definidos no art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, afinal o constituinte foi claro ao determinar a competência da Justiça Castrense – processar e julgar crimes militares definidos em lei –, estabelecendo o papel da legislação federal ordinária em delineá-la. Nesses termos, em vista do teor do artigo mencionado, reputa-se notório o enquadramento no princípio do juiz natural. Nessa senda, qualquer interpretação contrária atenta frontalmente com o princípio em tela, desconfigurando-o, seja para beneficiar um determinado grupo, seja para prejudicá-lo, acabando por lesionar a ordem jurídica, abrindo precedentes para justificar barbáries e lesionando a sociedade como um todo devido aos efeitos colaterais dela irradiados.

Por fim, salientamos que não observar o momento histórico e as razões que fizeram os pensadores idealizarem o princípio em quadro, não se atentar aos efeitos nocivos que o seu descumprimento gerou em diversas situações, em diferentes nações, ao longo da história, torna-nos fadados a repetirmos os erros passados. O tempo nos mostrou a importância da observância do men-

cionado princípio na salvaguarda dos preceitos fundamentais, dos quais se destaca a dignidade da pessoa humana, alicerce motriz de todas as democracias modernas, cabendo-nos protegê-los, mesmo que sob certos aspectos pareçam injustos, afinal a sua lesão, ainda que para defender certa causa aparentemente justificável, acaba por abrir as brechas no sistema, que podem ser utilizadas contra ele próprio.

#### 4 CLÁUSULA GERAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito inglês e o norte-americano tiveram extrema relevância para a construção do princípio do devido processo legal, diferentemente da importância que tiveram na elaboração do princípio abordado no tópico anterior (princípio do juiz natural), considerando que, ao contrário da sistemática do direito romano-germânico, os países que possuem como base o direito anglo-saxão dão grande valia aos tribunais do júri, que, via de regra, decidem os litígios apreciados nessas nações, sejam eles da seara criminal, sejam cível, por isso o berço do princípio do juiz natural para o direito romano-germânico foi a Revolução Francesa.

Em que pese a importância da experiência do direito inglês e estadunidense para a construção e compreensão das garantias afetas à competência jurisdicional, a gênese da garantia do juiz natural na experiência do direito europeu continental – que influenciou de forma mais direta o ordenamento jurídico brasileiro – remete à Revolução Francesa. (MILANEZ, 2017)

Contudo, no que tange ao princípio em tela, as inovações hermenêuticas se deram mais intensamente nos países que têm suas origens no direito anglo-saxão, em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Tais inovações foram incorporadas no sistema jurídico pátrio pela doutrina e jurisprudência moderna. Dessa forma é essencial a análise histórica à luz do sistema anglo-saxão, sob pena de se distanciar do sustentáculo fático das teses elaboradas.

Nesse sentido, justiça seja feita, a Magna Carta de 1215 foi a precursora de grandes revoluções no mundo jurídico e social, sendo o primeiro texto legal a

prever, implicitamente, os princípios do juiz natural e do devido processo legal. Interessante notar que os dois princípios são extraídos da leitura do art. 39:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país. (CANOTILHO, 2002)

Apesar de não contar com uma fórmula clara, “harmonia com a lei do país”, é evidente a ideia do devido processo legal na proteção das liberdades. O texto do mencionado artigo foi construído para se evitar que os indivíduos fossem privados do direito basilar à liberdade, compreendido tanto na esfera individual – liberdade de se locomover ou permanecer no local em que se deseja –, como patrimonial – a liberdade de usar, gozar, fruir e dispor de sua propriedade –, por mera discricionariedade de outrem.

Na época, a norma inserida no artigo era interpretada de maneira restritiva. Dois dos principais juristas ingleses, Coke e Blackstone, caminhavam no mesmo sentido, ao compreenderem que o processo, que iria da competência do juízo de acusação à sentença condenatória, deveria seguir estritamente as leis do país. A doutrina norte-americana moderna apelida essa fase de *process with small scope* (CANOTILHO, 2002).

A transição para o *process with large scope*, atualmente adotado, foi inaugurada com a Constituição dos Estados Unidos da América (CANOTILHO, 2002). Com a rica experiência constitucional norte-americana, o princípio em tela se desenvolveu mais intensamente, ganhando contornos mais amplos, sob a ótica não somente processual, mas também em uma vertente material ou substantiva. Sob essa segunda ótica, o devido processo legal é fundamento para o reconhecimento de diversos direitos e liberdades (*substantive due process*), servindo como uma verdadeira barreira para a intervenção arbitrária do Estado nas liberdades das pessoas e como garantia de que os direitos inerentes aos indivíduos serão cumpridos por intermédio de um processo proporcional e razoável. Dessa maneira, o princípio em tela não se presta somente para garantir

que o processo seguirá conforme estabelecido em lei (aspecto processual), mas constitui, ainda, o princípio que impede a intervenção abusiva do Estado nas liberdades das pessoas e garante a efetivação de direitos individuais e coletivos por meio de um processo proporcional e razoável (aspecto material).

Assim, o ilustre professor de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho leciona:

As respostas – sobretudo as da doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de “processo devido” – a concepção processual e a concepção material ou substantiva. A teoria processual (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por teoria do processo devido por qualificação legal, limita-se a dizer que uma pessoa “privada” dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tônico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade.

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas, sobretudo, a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Essa última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por ser um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições “estatutárias”. Passou-se, assim, a falar-se de processo devido substantivo. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002)

Nessa seara, o devido processo legal não exige somente a adequação aos procedimentos estabelecidos em lei, mas, para além, exige a observância dos meios para atingir o fim naturalístico desejado, que consiste em propiciar o exercício da função jurisdicional da melhor forma possível, permitindo que o Estado, fazendo-se presente na figura do magistrado, substitua os interesses conflitantes das partes, de forma imparcial, buscando pacificar o litígio existente, por meio da aplicação do direito objetivo. Para atender a um dos elementos essenciais da função jurisdicional, consistente na busca de se pacificar o conflito de interesses, isto é, nos termos do Dicionário Michaelis, na tentativa de “restituir a paz, voltar à paz, apaziguar, tranquilizar” (PACIFICAR..., 2018), que, para a doutrina medieval, traduz-se na noção de “justiça”, é necessário que o processo seja razoável e proporcional. Afinal, se o processo não gozar desses dois elementos (razoabilidade e proporcionalidade), mesmo presentes os requisitos procedimentais definidos em lei, haverá a indignação de um dos polos, a sensação de impunidade por parte de outro, dentre outras comoções, mas todas se interligando em um ponto de contato: a descrença no Judiciário e, conseqüentemente, no próprio Estado.

Da mesma maneira, para atender a outro elemento essencial da função jurisdicional, que consiste na aplicação do direito objetivo, também se faz necessário que o processo seja razoável e proporcional, uma vez que não adianta ter uma Constituição e leis que assegurem os direitos inerentes aos indivíduos sem que haja um processo eficiente capaz de colocá-los em prática. Por isso o princípio do devido processo legal está intrinsecamente associado ao princípio basilar de qualquer estado democrático de direito, que é a dignidade da pessoa humana. Sem um processo capaz de salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos, esses direitos não passarão de meras ideologias platônicas, ou seja, inatingíveis, que ficarão pairando sobre a realidade degradante.

Dessa forma, o princípio em quadro não é somente direcionado ao magistrado, mas ao legislador, que obrigatoriamente deve observá-lo no exercício de sua função típica, elaborando leis que regulem os processos de forma razoável e proporcional, aptas a levar à pacificação social, salvaguardando os direitos fundamentais inerentes aos indivíduos.

Nessa perspectiva, o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, positiva o princípio em tela, sendo, portanto, considerado pela doutrina autorizada, inspirada na experiência alemã, como cláusula geral.

Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, Leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral. (NERY JUNIOR; NERY, 2011)

As cláusulas gerais (*generalklauseln*) são compreendidas, nas lições de Franz Wieacker, citado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, como “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir” (WIEACKER apud NERY JUNIOR; NERY, 2011). Logo, são normas de caráter genérico e abstrato de cunho obrigatório, que permitem ao aplicador do direito um poder alargado de cumprir com a finalidade dessas, conforme nos ensina Cláudio Luzzati, citado por Judith Martins-Costa (1998).

A função do mencionado instituto é flexibilizar a Constituição e as leis, mitigando a rigidez das normas casuísticas, abrangendo os casos que outrora eram marginalizados, devido à impossibilidade de o legislador prever todos os litígios que possam vir a surgir. Na mesma linha, permite que as inovações trazidas pelas transformações sociais sejam mais rapidamente abarcadas pelo direito.

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. (ENGISCH, 2004)

O legislador conseguiu afastar-se noutros casos, de forma mais feliz, da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada através das chamadas cláusulas gerais,

isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. (WIACKER)

Em um olhar desatento, os juristas podem entender que as cláusulas gerais são sinônimas ou subespécies dos princípios gerais do direito, contudo são dois institutos distintos. Apesar de terem inúmeros aspectos em comum, principalmente quanto à essência – ambos são diretrizes de caráter abstrato e genérico –, somado-se ao fato de que a maioria das cláusulas gerais, inseridas no ordenamento jurídico nacional, nasceram e se desenvolveram como princípios gerais do direito, assim, estando contidos por elas, a exemplo da cláusula em tela, os institutos são distintos, pois os princípios gerais do direito são regras que auxiliam o magistrado na interpretação da norma positivada, sendo uma fonte formal mediata. Por sua vez, as cláusulas gerais, por si próprias, são normas positivadas, sobre as quais o magistrado deve-se debruçar, imergindo nas regras extrajurídicas que as norteiam, para encontrar a solução para o litígio posto – o juiz não irá utilizá-las para entender os sentidos de outra norma, empregando-as de forma secundária, mas, pelo contrário, irá aprofundar-se em seus estudos para aplicá-las por si mesmas –, sendo fonte formal imediata, dotadas de grande valia.

Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. (MARTINS-COSTA, 1998)

Tratando da diferenciação entre princípios gerais do direito e cláusulas gerais, há as lições de Judith Martins-Costa, citada por Leonardo Estevam de Assis Zanini:

- a) não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua “implicitude”. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais;
- b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a standards, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio;
- c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como “boa-fé”, “correção”, “moralidade pública”, “razoabilidade” etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contém princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC. (MARTINS-COSTA apud ZANINI, 2008)

As cláusulas gerais, nos diplomas infraconstitucionais, possuem grande destaque, em vista das características acima descritas. No entanto, quando compreendidas na Constituição Federal, essas normas ganham uma relevância imensurável, sendo aptas a afastar quaisquer normas infraconstitucionais que forem incompatíveis com elas, bem como limitam o poder do legislador, dos chefes do poder executivo e dos magistrados, sendo consideradas verdadeiros alicerces dorsais da República Federativa do Brasil.

Na oportunidade, registre-se que, como normas de ordem pública, elas devem ser aplicadas de ofício pelo juiz e pelo administrador público, sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados. Na hipótese da inobservância advir do legislador, quanto a uma cláusula geral constitucional, a lei será considerada inconstitucional, devendo ser afastada pelo juiz ou administrador público instado a aplicá-la.

Considerando o caráter jurídico (cláusula geral) do devido processo legal e, por conseguinte, toda a carga conceitual que traz, este último não deve ser entendido como uma mera exigência da adequação do processo com a lei, mas como a garantia de um processo razoável e proporcional capaz de salvaguardar os direitos basilares inerentes a todos os indivíduos, assim devendo ser analisado sob as duas óticas, a processual e a substancial.

À luz desse segundo enfoque, temos que o processo deve ser proporcional – compreendido na necessidade de haver adequação entre o meio e o fim almejado, não empregando excessos, arbitrariedades, injustiças... – e razoável – enquadrando-se na razão, na lógica.

Nessa linha, acerca da proporcionalidade, ensina-nos Wilson Antônio Steinmetz, citado por Murilo Campos:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional. (STEINMETZ apud CAMPOS, 2018)

Oportunamente, cabe destacar que José dos Santos Carvalho Filho foi além: empregando a doutrina alemã, segmentou a proporcionalidade em três requisitos. Assim, para o mencionado autor, para ser proporcional o processo deve ter adequação – o meio deve ser compatível com o fim –; exigibilidade – o meio empregado deverá ser necessariamente o menos oneroso; – e proporcionalidade em sentido estrito – as vantagens devem superar as desvantagens.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens. (CARVALHO FILHO, 2015)

Transportando as lições do douto professor ao julgamento de civis perante a Justiça Militar da União, nota-se que o meio previsto na legislação não é o adequado, pois é evidente a incompatibilidade de civis serem julgados por um órgão composto por militares. A composição plúrima dos Conselhos de Justiça se justifica para o julgamento de militares, em vista das peculiaridades do dever legal a que eles estão submetidos e pelas bases que norteiam a organização militar: hierarquia e disciplina. No entanto, diferentemente dos militares, os civis não partilham das vivências na caserna, não são submetidos à égide dos princípios da hierarquia e disciplina, não comungam dos deveres institucionais, não recebem os mesmos treinamentos, não compartilham das mesmas situações cotidianas, conseqüentemente, os motivos que levam a essencialidade da presença de militares nos julgamentos de militares os afastam do julgamento dos civis.

Na mesma linha, é notório que o procedimento previsto em lei é extremamente mais oneroso, seja para a parte, que terá que justificar seus atos para militares que estão inseridos em um ambiente altamente rígido quanto aos comportamentos; seja para os próprios militares, que terão que parar com as suas atividades habituais, deslocar-se até a auditoria, para julgar um indivíduo que não comunga dos mesmos princípios e virtudes deles; seja para o próprio tribunal, que arcará com o deslocamento dos militares e outras custas mais, logo, não se cumpre o princípio da exigibilidade.

Ademais, não se observa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afinal, como largamente abordado no decorrer deste trabalho, as desvantagens são superiores às vantagens.

Assim, à luz da proporcionalidade, oriunda da cláusula geral do devido processo legal, em sua vertente substancial, é essencial afastar os militares do processamento e julgamento de civis. Desta conclusão extraímos que o juiz-auditor, ao receber a denúncia, não deverá convocar o Conselho de Justiça, passando a julgar singularmente a lide.

O juiz-auditor, assim como os demais juízes togados, é bacharel em direito, aprovado em concurso de provas e títulos, desse modo é indubitável a sua capacidade de presidir os processos em que figure no polo passivo um civil.

Essa capacidade se mostra ainda mais ventilada se partirmos da noção de que a Justiça Castrense é eminentemente penal. Nesse contexto, as provas elaboradas para o ingresso dos magistrados dão um enfoque especial às matérias penais, diferentemente dos concursos da magistratura federal e estadual comum, que abordam uma ampla gama de matérias em vista das diversas áreas para as quais o magistrado pode ser convocado a atuar. Com isso, o juiz aprovado no concurso para a magistratura militar tem que dominar mais intensamente as matérias penais, o que lhes fornece maior expertise para atuar nos litígios penais em geral. Nessa senda, não se pode olvidar que o juiz-auditor é especialmente qualificado para presidir as causas penais envolvendo civis.

Quanto à razoabilidade, ensina-nos o douto professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira, citado por Murilo Campos:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade. (OLIVEIRA apud CAMPOS, 2018)

Igualmente, vislumbra-se a lesão à razoabilidade, pois não é lógico, racional e equilibrado permitir que um militar julgue um civil, que não comunga das mesmas virtudes e vivências dele. Portanto, para dar cumprimento à mencionada cláusula geral, é necessário afastar os militares do julgamento de civis. Pugna-se que a razão nos leva a tomar a mesma interpretação feita anteriormente, no sentido de considerar que o civil deve ser julgado singularmente pelo juiz-auditor.

Ante ao apresentado, reputa-se evidente que o juiz-auditor, no momento em que receber uma denúncia contra civil, está adstrito a aplicar de imediato o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, ou seja, a cláusula geral do devido processo legal, não convocando o Conselho de Justiça, passando a julgar a lide singularmente.

## 5 CONCLUSÃO

Analisando historicamente as disposições constitucionais acerca da competência da Justiça Militar da União, vislumbra-se que desde o momento em que passou a integrar o Poder Judiciário, foi-lhe atribuída a competência de julgar civis em determinados crimes. Ressalta-se que os crimes contra as instituições militares cometidos por civis, há mais de oitenta anos – a contar da entrada em vigor da Constituição de 1934, que incluiu a Justiça Castrense no Poder Judiciário e lhe incumbiu de julgar os civis, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa e as instituições militares –, são processados e julgados pela Justiça Militar da União.

Da mencionada análise, também se extrai que o Constituinte Originário, Derivado Revisor e Reformador, apesar de ser instado inúmeras vezes acerca da questão em tela, manteve o posicionamento histórico, não retirando da Justiça Militar da União a competência de processar e julgar civis.

Quando analisamos a questão à luz do princípio do juiz natural, não restam dúvidas de que não se pode alterar por decisão judicial ou ato administrativo a competência da Justiça Militar da União em processar e julgar civis, em tempo de paz, nos crimes contra as instituições militares, previstos na norma do art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, sob pena de atentar frontalmente a Constituição Federal, abrindo perigosos precedentes.

Contudo, quando da análise da questão pela cláusula geral do devido processo legal, no seu viés material ou substancial, não se pode ignorar que há uma incompatibilidade no processamento e julgamento de civis por militares, a qual obrigatoriamente deve ser solucionada. Dessa forma, a solução encontrada, lastreada na mencionada cláusula geral, consiste em transferir o processamento e julgamento da lide ao juiz-auditor.

Nesse diapasão, a transferência do processamento e julgamento dos civis pelo cometimento dos crimes elencados na norma do art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar, ao juiz-auditor, cumpre com a cláusula geral do devido processo legal, e se mostra proporcional – adequada, exigível e proporcional em sentido estrito –, bem como razoável, ao mesmo tempo que obedece ao

princípio do juiz natural, pois mantém a competência conforme os ditames constitucionais e a legislação ordinária, e, por fim, é plenamente compatível com histórico constitucional.

Esta também é a solução exarada por Luiz Octavio Rabelo Neto, Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União, vejamos:

Contudo, foi possível destacar, também, que a legislação objeto de trabalho da JMU está desatualizada, muitas vezes em contradição com a Constituição e com a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como com a jurisprudência da Corte IDH, revelando o dever do Estado brasileiro de adequar seu direito interno a esses ditames.

Nesse sentido, urge reconhecer que, embora a JMU tenha competência para o julgamento de civis, é inconstitucional e inconveniente a participação de militares da ativa nesse julgamento, sob pena de afronta às garantias do juiz natural, da independência e da imparcialidade objetiva, de forma que é preciso concluir que o julgamento deve ser atribuído monocraticamente ao juiz civil e concursado que integra atualmente os Conselhos de Justiça. (RABELO NETO, 2016)

O entendimento de Luiz Felipe Carvalho Silva, Promotor de Justiça Militar, é o mesmo:

Deste modo, à guisa de concluirmos, concebemos por oportuno estertorar em favor da Justiça Militar da União, no tocante à sua competência para o julgamento de civis. Acreditamos que os eflúvios que emanam contra a albergada competência não conseguem enxergar, com realidade, o respeito ao Estado Democrático de Direito, à imparcialidade e ao princípio do juiz natural, como corolários lógicos de uma Justiça que encontra assento no quadro do Poder Judiciário, com competências constitucionalmente definidas e regidas por meio de lei. Propomos, entretanto, uma solução, que em muito se distancia da extinção da Justiça Militar da União, ou da extinção de suas competências. Entendemos que o civil deva ser julgado pela Justiça Castrense, porém, com a mitigação do princípio do escabinato, por intermédio de um Juiz Monocrático – o Juiz-auditor (togado). Compreendemos que esse expediente seja o mais adequado dentre todas as propostas que procuram remediar a presente celeuma. (SILVA, 2014)

De igual forma pronunciou-se a Excelentíssima Senhora Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Rocha, em uma entrevista concedida à imprensa do Egrégio Tribunal, na ocasião do X Encontro de Magistrados da Justiça Militar da União, cuja principal temática debatida foi justamente a competência da Justiça Militar Federal em julgar civis (ROCHA, 2018).

Como uma peça de quebra-cabeça, essa é a solução que se enquadra perfeitamente ao quadro como um todo, analisado na perspectiva dos princípios gerais, das cláusulas gerais constitucionais, das normas infraconstitucionais, do sistema jurídico e da ciência do direito.

## REFERÊNCIAS

CAMPOS, Murilo. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e o Processo Administrativo Disciplinar. *Periódicos Jurídicos*: Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, v. 23, n. 1, p.1-5, jan-jul. 2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/544/358>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSTITUINTES rejeitam Conselho Nacional de Justiça. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 abr. 1988. p. A7. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108597/1988\\_01%20a%2009%20de%20Abril\\_141.pdf?sequence=3](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/108597/1988_01%20a%2009%20de%20Abril_141.pdf?sequence=3). Acesso em: 6 mar. 2019.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 9. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ITALIA. Constituição (1947). *Constituição da República Italiana: Costituzione Italiana* edizione in lingua portoghese. Roma: Senato della Repubblica, 2018.

JUNQUEIRA, Eduardo; KORNIS, Mônica. Superior Tribunal Militar (STM). FGV CPDOC. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/superior-tribunal-militar-stm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 139, p.05-22, jul./set. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *O princípio do juiz natural no processo de execução penal*. 2017. 294 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACIFICAR. In: *DICIONÁRIO Brasileiro de Língua Portuguesa*. Editora Melhoramento, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portuguesbrasileiro/pacificar/>. Acesso em: 01 ago. 2018.

RABELO NETO, Luiz Octavio. Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 25, n. 2, p. 53-137, 1º sem. 2016.

REVOLUÇÃO Francesa. Direção: Doug Shultz. The History Channel, 2005. 2 DVDs (133 min), son., color.

ROCHA, Maria Elizabeth. *Competência da Justiça Militar para julgar civis é constitucional, diz ministra em Encontro*. Superior Tribunal Militar, 21 mai. 2014. Online. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXOMTOjnbU>. Acesso em: 31 jul. 2018.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. Uma perspectiva atual da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 39, n. 24, p.161-188, nov. 2014.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do Direito Civil e as cláusulas gerais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 10/11, p.36-52, out./nov. 2008.