

A FORÇA POLICIAL

A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIÇA NA JUSTIÇA MILITAR E AS FORMALIDADES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS: FORMAÇÃO, MOMENTO DE ATUAÇÃO, VALIDADE DE VOTAÇÃO



Quantidade de policiais por número de habitantes



VOCÊ PODE CONFIAR

EMERGÊNCIA

☎ 190 ☎ 181 ☎ 193

ESPADINS E CADETES



A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIÇA NA JUSTIÇA MILITAR E AS FORMALIDADES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS: FORMAÇÃO, MOMENTO DE ATUAÇÃO, VALIDADE DE VOTAÇÃO

Ronaldo João Roth

*Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo,
Mestre em Direito, Coordenador e Professor da Pós-Graduação de Direito Militar da Escola Paulista
de Direito [EPD], Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar da Academia de Polícia
Militar do Barro Branco [APMBB]*

Sumário: 1. Generalidades. 2. Desenvolvimento. 2.1. Princípio do Juízo Hierárquico. 2.2. Do momento de atuação do Conselho de Justiça. 2.2.1. Do momento do recebimento da denúncia. 2.2.2. Da decisão da prisão cautelar e da liberdade provisória. 2.3. Do dever de motivação do voto do Juiz Militar. 2.3.1. Da construção do voto do juiz militar. 2.3.2. Dos vícios de motivação no voto dos juízes do colegiado. 3. Conclusão.

Resumo: A abordagem do tema visa analisar e fundamentar a atuação do Juiz Militar nos Conselhos de Justiça da Justiça Militar distinguindo-o do jurado no Tribunal do Júri. Incursionando no devido processo legal do Estado Democrático de Direito e demonstrando as formalidades constitucionais e legais que marcam os juízes temporários de primeira instância – que são a essência dessa Justiça Especializada no Brasil –, analisaremos o princípio do juízo hierárquico, o momento de atuação colegiada e suas prerrogativas, bem como o dever de motivação dos votos nas decisões judiciais. A análise do tema permitirá demonstrar, outrossim, a essencialidade da Justiça Militar e, por conseguinte, do Juiz Militar no Escabinato castrense, como Órgão do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

1. GENERALIDADES.

A Justiça Militar desde que foi oficializada no Brasil, em 1808, tem em sua estrutura de primeiro grau a existência do Colegiado denominado *Conselho de Justiça*, o qual é constituído de *um Juiz togado* – denominado *Juiz Auditor* no âmbito da Justiça Militar da União [JMU], e *Juiz de Direito* no âmbito da Justiça Militar Estadual [JME], além de mais *quatro Juízes Militares*, estes últimos juízes *temporários*.¹

Na segunda instância, por sua vez, os Juízes Militares atuam de forma *vitalícia* na mesma conformidade que os Juízes civis, porquanto **os Juízes Militares, seja de primeira como de segunda instância, constituem-se em uma categoria de Juízes constitucionalmente previstos dentre os órgãos do Poder Judiciário** [art. 92, inciso VI, CF] como Juízes naturais da matéria de competência da Justiça Castrense².

¹ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 40, 45, 92, 109 e 122.

² STM: 1. As atribuições judicantes dos Juízes Militares componentes do Conselho Permanente de Justiça estão amparadas pela Constituição Federal, em seus artigos 92, 122 e 124 (Apelação nº 0000206-85.2011.7.05.0005 - Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira – J. 12.09.13).

A *jurisdição militar* é **especializada** no Brasil, ao lado de outras duas Justiças também especializadas – a *eleitoral* e a *trabalhista* –, todas *órgãos* do Poder Judiciário ao lado da Justiça Comum, federal e estadual [art. 92, CF]. Na composição da Justiça Castrense sempre existiu a participação de militares como juízes, valendo aqui a lição de Reynaldo Moreira de Miranda:

[...] o nosso direito penal militar se originou das raízes latinas, *jus castrenses romanorum*, ou seja, o direito dos acampamentos romanos, de origens remotas, séculos I e II da era Cristã. O vocábulo *castra*, *castrorum* do latim, significa acampamentos [ver dicionário latino-português – ed. Globo, 1994], isto é, o incipiente e primitivo ‘direito romano-militar’ – o *jus castrensis* – se exercia, de preferência, nos acampamentos, em tempo de guerra, em plena luta armada.³

A existência da Justiça Militar e da composição mista do Colegiado castrense, formando o Escabinato, arraigados em nosso Direito, é matéria que encontra aplausos em nomeada doutrina pátria. Assim, vale citar a lição do jurista e ex-Ministro do STF João Barbalho⁴ ao se referir à Justiça Militar: “[...] a *infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la*. De igual modo, a lição de José Cretella Júnior:

Decorre a Justiça Militar da própria natureza da vida, da disciplina, da atividade e da finalidade inerente à classe militar. *De iure condendo*, impossível suprimir o aparelhamento judiciário militar, peculiar às Forças Armadas. Possível, entretanto, é aumentar esse aparelhamento, estendê-lo, limitá-lo ou diminuí-lo. Os militares, acusados de crime militar, não seriam julgados com justiça e equidade se órgãos jurisdicionais comuns, integrados por civis, e, pois, estranhos às peculiaridades da vida militar, fossem encarregados de aplicar a legislação especial a que estão sujeitos.⁵

Nessa mesma linha, a inafastável lição do ex-Ministro do STF José Carlos Moreira Alves:

Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas.⁶

Como se vê, forte a doutrina no sentido de reconhecer a *essencialidade e importância* da Justiça Militar no Brasil. Octávio Augusto Simon de Souza, comparando os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano nos traz citação marcante de Nelson Hungria, apontando a lição de Barbalho:

[...] é vital a existência de uma *jurisdição especial para o julgamento dos crimes previstos na lei militar. Ela não é baseada em privilégios ou indivíduos, mas nas exatas razões da vida do Estado. Sem disciplina não há nem subordinação nem*

³ MIRANDA, Reynaldo Moreira. **As origens remotas do Direito Penal Militar**. São Paulo: Revista A Força Policial, Polícia Militar do Estado de São Paulo, IMESP, 1998, n. 17, pp. 87/89.

⁴ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira - Comentários**. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia Editores, 1924, p. 466.

⁵ CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Vol. VI, 2ª ed., 1993, p.3008.

⁶ BAPTISTA, Carlos de Almeida. **A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente-Entrevista**. Florianópolis: Revista “Direito Militar”, AMAJME, nº 13, 1998, set./out., p. 3/6.

*segurança. Disciplina é a força e a vida dos Exércitos. Sem uma jurisdição própria, exclusiva, também militar, essa disciplina seria impossível. [...]*⁷

Na mesma linha, Octávio Souza citando pensamento do ministro Carlos Mário da Silva Velloso, no discurso de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, enfatizou o fato de que:

a Justiça Militar não deveria ser extinta, porque as forças militares baseadas na hierarquia e disciplina e, sem estas, como já referido anteriormente, as corporações militares poderiam transformar-se em bandos armados. A Justiça Militar precisa continuar a julgar, com rapidez e observância das peculiaridades inerentes à disciplina e hierarquia militares, os assim chamados crimes essencialmente militares e os militares envolvidos em crimes militares.⁸

Inegável, pois, a grandeza e a importância da Justiça Militar no **Estado Democrático de Direito**, conforme abrilhantada lição de Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha:

[...] a celeridade, direito fundamental erigido à *canon* constitucional pela emenda 45, é fator primordial nos julgamentos castrenses, em respeito ao réu que tem sua carreira suspensa enquanto estiver *sub judice*, e à hierarquia e disciplina, imprescindíveis para o controle de cidadãos armados. [...]

A Justiça Militar da União, a mais antiga do Brasil, foi criada no Império, em 1808, por Alvará do então Príncipe Regente D. João, e não, pela Constituição de 1967/69 ou por um Ato Institucional espúrio, tendo sido integrada à estrutura do Poder Judiciário pela Carta liberal, legítima e democrática de 1934, fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Ao contrário dos demais países sul-americanos e dos Estados Unidos da América que extinguiram ou ainda preservam seus foros militares, foram eles ou permanecem sendo Tribunais Administrativos ou Cortes Marciais, e não justíças *stricto sensu*.

Aliás, as Justiças Militares são, basicamente, integradas ou operadas por civis, a saber; defensores públicos, promotores, procuradores e subprocuradores do Ministério Público Militar, juízes-audidores federais que totalizam 54, mais os 5 ministros do Superior Tribunal Militar e os 3 juízes dos TJs especializados, todos cidadãos civis. [...]

As audiências e os processos são públicos e as decisões judiciais fundamentadas – art. 93, IX CF [...] Insofismável a constatação de que sendo a Justiça Militar uma justiça especializada, tal qual a do Trabalho e a Eleitoral, é quem detém a *expertise* para assegurar a incolumidade dos bens jurídicos tutelados pela Constituição e pela lei material, bem como para avaliar a legalidade do exercício do poder sancionatório na esfera administrativa. [...] Estou segura que a questão da segurança do Estado hoje imbrica-se com a segurança pública. Operações de GLO implicam em auxílio ao policiamento preventivo e, até, repressivo. Está diante de realidade até então inexistente. O recrudescimento da violência no meio civil, sobretudo por intermédio do crime organizado, demanda a necessária intervenção do Exército, Marinha, Aeronáutica e Polícias Militares. [...]

Afinal, a expertise desta Justiça Especializada é fundamental para o deslinde, não somente, de lides penais, mas daquelas que versem sobre situações especiais dos militares. Para além, a ideia é trazer para o universo castrense, via alteração do art.

⁷ SOUZA, Octávio Augusto Simon de. **Justiça Militar. Uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 79 e 84.

⁸ SOUZA, Octávio Augusto Simon de. op. cit. p. 84.

9º do CPM, as leis penais extravagantes, tal qual proposto pela Comissão de Reforma do Código, a fim de que possamos aplicá-las em nossas decisões. [...]

Nessa trajetória, a vivência e o conhecimento técnico das Justiças Militares, projetam a afirmação do Estado como *ethos* e o permanente comprometimento do Poder Judiciário com a construção da legitimidade democrática.⁹

A **competência** dos Conselhos de Justiça na Justiça Militar diz respeito ao *processo e julgamento dos crimes militares* (arts. 124 e 125, § 4º, CF), **previstos no Código Penal Militar (CPM)**, em rito processual único estabelecido no **Código de Processo Penal Militar (CPPM)** e iniciado após o recebimento da denúncia.

No âmbito da JME o **Conselho de Justiça é, pois, órgão colegiado constitucional de primeira instância na Justiça Castrense**, estabelecendo a Lei Maior que o referido Colegiado será composto pelo Juiz de Direito, o qual é o seu presidente, e pelos Juízes Militares, cabendo-lhe conhecer das questões criminais militares que não sejam exclusivas do Juiz de Direito (§§ 3º e 5º do art. 125, CF) e que atua sempre em sessões públicas, daí decorrendo suas decisões.

A Emenda Constitucional nº 45/04, ao realizar a **Reforma do Judiciário**, instituiu, no âmbito da JME, uma **divisão de competências junto ao órgão de primeiro grau**, de forma que nos crimes militares, quando a vítima for civil, é competente para processar e julgar a matéria o Juiz de Direito, *singularmente*, ao passo que, nos demais casos, é competente o Conselho de Justiça (art. 125, §5º, CF).

No âmbito da Justiça Militar da União (JMU) e também da Justiça Militar Estadual (JME), os Conselhos de Justiça, que são órgãos colegiados de primeiro grau, se desdobram em duas categorias, segundo a **Lei de Organização Judiciária Militar**¹⁰⁻¹¹ correspondente: o **Conselho Especial de Justiça (CEJ)** e o **Conselho Permanente de Justiça (CPJ)**. O primeiro (CEJ) se destina a processar e julgar réus que ocupam a posição hierárquica mais elevada na pirâmide das instituições militares, que são os Oficiais, ao passo que o segundo (CPJ) se destina processar e julgar os militares que foram a base da pirâmide das instituições militares, isto é, as Praças.

Impende destacar que a composição majoritária de militares, **sempre julgando ao lado do juiz togado** - que é o primeiro que vota explicitando o caminho jurídico cabível -, em nada retira a substancialidade da decisão colegiada, mas muito pelo contrário, traz o brilho e o valor castrense que marcam as decisões do Colegiado na Justiça Militar, próprias do Escabinato. A propósito, com maestria Octávio Augusto Simon de Souza registra que:

Também é importante dizer, com relação a essa questão, que, embora haja maioria de militares compondo as cortes julgadoras, eles conhecem o meio militar e podem julgar os militares acusados com total conhecimento da situação apresentada. De outro lado, os jurados, sem qualquer conhecimento jurídico na maioria das vezes, também julgam civis como eles. Da mesma maneira, os Tribunais de Justiça nos

⁹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A importância das Justiças Militares para o Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Revista “Justiça Militar & Memória” - TJM/RS, edição 6 e 7, publicada em 01.10.12, jan./julho de 2012, pp. 24/29, capturado em 17.06.18, e disponível em <https://www.tjmrs.jus.br/?secao=artigos&pIndice=1161>

¹⁰ No âmbito da Justiça Militar da União (JMU), a Lei de Organização Judiciária Militar é a Lei 8.457/92.

¹¹ No âmbito da Estado de São Paulo, a Lei de Organização Judiciária Militar é a Lei 5.048/58.

Estados podem iniciar procedimentos legais e julgar juízes e promotores, assim como deputados estaduais, todos civis.¹²

Na hipótese da JME do Estado-Membro não possuir disciplina específica sobre a composição e atuação do Conselho de Justiça no primeiro grau da Justiça Militar, é aplicável *subsidiariamente*, a LOJMU.

Cabe salientar que em apenas três Estados da Federação a Justiça Militar está estruturada nos dois graus de jurisdição: **Rio Grande do Sul (RS)**, **São Paulo (SP)** e **Minas Gerais (MG)**, contemplando o **Tribunal de Justiça Militar (TJM)**. No âmbito da JMU, desde 1808, a Justiça Especializada possui os órgãos judiciários de primeiro grau, que são as **Auditorias Militares**, e o órgão judiciário de segundo grau que é o **Superior Tribunal Militar (STM)**.

O Colegiado castrense recebe a denominação de Conselho de Justiça e este é um *Escabinato*¹³⁻¹⁴. Segundo Jorge Alberto Romeiro, *Escabinato* ou *Escabinado* “[...] é um tribunal colegiado misto, composto de juízes togados e juízes leigos”¹⁵, para presidirem os atos processuais de sua competência tais quais: oitiva de testemunhas de acusação e de defesa, interrogatório do réu¹⁶ e o julgamento.

O CPJ é formado após *sorteio* realizado pelo Juiz togado, a cada trimestre, dentre os Oficiais das instituições militares disponíveis segundo critério legal, ou, no caso do CEJ, após o recebimento da denúncia.

Interessa-nos, pois, neste espaço, tratar de três questões do Colegiado castrense de primeiro grau. O *primeiro* deles referente à sua formação e composição em relação aos Juízes Militares. O *segundo* relativo ao momento de sua atuação no processo. O *terceiro* aspecto é em relação à validade das decisões colegiadas, as quais são estruturadas, por cinco votos.

Na *primeira questão*, vale saber como é formado o Colegiado castrense e quais são as suas formalidades em face do princípio do Juiz natural. Na *segunda questão*, interessa-nos discutir o momento processual de sua atuação e a delimitação de competência para seus atos, e, na *terceira questão*, abordaremos a formação do voto do Juiz Militar ao lado do voto do Juiz togado, e a vinculação desses votos com a fundamentação e a motivação explicitada publicamente.

No aludido tema deste artigo veremos que os aspectos tripartidos da abordagem dizem respeito às questões *essenciais* do processo, portanto, a sua *inobservância* acarretará a *nulidade* dos atos processuais [art. 500, inciso IV, CPPM].

¹² SOUZA, Octávio Augusto Simon de. op. cit. p. 94/95.

¹³ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 37, 99.

¹⁴ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. **O Escabinato na Justiça Militar e o julgamento na Primeira Instância**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011, pp. 852-876.

¹⁵ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 7.

¹⁶ O interrogatório do réu é o primeiro ato do processo-crime, todavia, a partir do **HC 127.900/AM**, do Pleno do STF, Rel. Min. **Dias Toffoli**, J. 03.03.16, o interrogatório passou a ser realizado como último ato do processo, à semelhança da disciplina do art. 400 do Código de Processo Penal Comum.

2. DESENVOLVIMENTO.

Conhecer o Conselho de Justiça e saber diferenciá-lo do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri é o que procuraremos evidenciar neste trabalho.

Trata-se o Conselho de Justiça de órgão de primeira instância, formado por juízes *temporários*, denominados **Juízes Militares**¹⁷, e que estarão ao lado do Juiz togado, com o mesmo peso de voto, cuidando de todas as questões que lhes forem submetidas à apreciação.

Assim, em relação à *formação e composição* do Colegiado castrense, importa saber de que forma ele surge e quais as formalidades deve observar, daí daremos ênfase ao **princípio do juiz hierárquico**, ao **momento de sua atuação** e a questão da **formulação do voto com o dever de motivação por parte do Juiz Militar**.

2.1. Do Princípio Do Juiz Hierárquico.

É **formalidade essencial** na formação do Conselho de Justiça (Especial e Permanente) a delimitação de competência vinculada à **condição hierárquica do acusado**, a qual, em consequência, é determinante para definir a natureza do Colegiado, se especial ou permanente, bem como a patente dos Oficiais que irão compor o Escabinato castrense.

Na visão de Marcelo Adriano Menacho dos Anjos, “os Conselhos de Justiça têm composição aristocrática, notadamente porque somente aos oficiais da corporação é dado compor os conselhos, não sendo dada às praças e nem mesmo a um cidadão que não pertença à corporação a possibilidade de integrar os conselhos.”¹⁸

Não há de se olvidar que a **hierarquia militar** é um valor constitucional ao lado da **disciplina militar** nas instituições militares (arts. 42 e 142, CF), de forma que, desde longa data, a escolha e a atuação do Juiz Militar mantém uma correlação proeminente diante da posição hierárquica do acusado no processo-crime.

Assim, se um Tenente for *denunciado* e a *denúncia for recebida* pelo Juiz togado, haverá o sorteio e a posse dos Juízes Militares para atuação do CEJ, todavia, se um Sargento for *denunciado* e a *denúncia for recebida*, quem irá processá-lo e julgá-lo será o CPJ, pois no primeiro caso o réu é Oficial, e, no segundo caso, o réu é uma Praça. Esta realidade se aplica no âmbito da JMU, e, de igual modo, ocorrerá nos processos de competência colegiada no âmbito da JME (art. 125, § 5º, CF).

Nessa linha, estabelecem de maneira expressa as **Leis de Organização Judiciária Militar** de cada Unidade da Federação que a composição colegiada de Juízes Militares deverá ser **hierarquicamente superior** à do acusado, e, quando o réu for do último posto da instituição militar, os Juízes Militares deverão ser **mais antigos** que aquele.

¹⁷ STM: 0000000-20.0501.0.49.9140 - Rel. Min. Flávio de Oliveira Lencastre - J. 10.11.05, “2. Aos Oficiais integrantes dos Conselhos de Justiça das Auditorias da Justiça Militar da União é assegurado o direito de receber o tratamento de “Juízes Militares” (art. 122, Inciso II, da CF; art. 18 da Lei nº 8.457/92 e artigos 36, § 1º, e 438, § 2º, ambos do CPPM).” Idem, *mesmo relator*: Apelação nº 0000000-20.0501.0.49.8992 – J. 27.09.05.

¹⁸ ANJOS, Marcelo Adriano Menacho dos. **A Justiça Militar e a Democracia – Controle Judicial da Atividade Policial**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 149.

Assim, posição **hierárquica superior** e/ou **antiguidade** são os valores inseparáveis para composição do Colegiado na primeira instância da Justiça Castrense, conforme dicção da **Lei de Organização Judiciária Militar da União** (LOJMU – Lei 8.457/91) em seu artigos 16 e 23¹⁹, e, de igual modo, é essa a dicção da **Lei de Organização Judiciária Militar do Estado de São Paulo** (LOJMESP – Lei 5.048/58) em seu artigo 4º, sendo o que prevalece no âmbito da JME nos demais Estados-Membros da Federação.

Como visto, a **superioridade hierárquica e/ou a antiguidade do Juiz Militar** é condição *sine qua non* para a formação e composição do Conselho de Justiça, sempre se tomando como base a **condição hierárquica do réu**.

Se inexistentes militares com patente superior ou mais antigo que o réu para compor o Conselho Especial de Justiça, como Juízes Militares, essa situação tem ensejado o desaforamento na JMU para solucionar a questão:

STM: “DESAFORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA POR AUSÊNCIA DE MILITARES DE PATENTES SUPERIORES OU MAIS ANTIGOS DO QUE O DENUNCIADO. *DESAFORAMENTO* PARA O LOCAL DE RESIDÊNCIA DO ACUSADO. PROVIMENTO. UNANIMIDADE. A ausência de militares de patentes superiores ou mais antigos do que o denunciado para compor o Conselho Especial de Justiça para o Exército na 6ª Circunscrição Judiciária Militar, e local da residência do Acusado, Rio de Janeiro/RJ, justificam o *desaforamento* para a 1ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ, uma vez que a medida visa evitar gastos e sacrifícios desnecessários à Administração e às partes. Recurso provido. Decisão unânime” [STM – Desaforamento de Julgamento nº 0000102-92.2013.7.06.0006 - Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi - J. 23.03.17]

Esses valores são tão essenciais à formação do Conselho de Justiça que **se o réu for um Oficial da reserva** deverão compor o Colegiado, por meio de sorteio, **Oficiais de maior patente que o réu, ou mais antigos, e se inexistentes no serviço ativo**, como ocorre quando o réu detém o *último posto* da instituição militar estadual (Coronel PM ou BM), **deverão os Oficiais Coronéis sorteados serem revertidos, da reserva, ao serviço ativo**, regra essa prevista, expressamente, no artigo 13 da Lei 5.048/58 de SP²⁰.

Bem por isso, já havíamos defendido, em 2003, que a **condição hierárquica da patente do Juiz Militar** em relação à **condição hierárquica do réu na instituição militar** deve observar ao **princípio do Juiz Hierárquico**²¹, como *primado* do Juiz natural, de forma que sempre o superior hierárquico ou o mais antigo é que pode processar e julgar o réu nos crimes militares. Em decorrência, não se deve confundir *antiguidade* com *precedência*²², pois é a primeira que atende ao princípio do juízo hierárquico e do Juiz natural.

¹⁹ LOJMU: Art. 23. “Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade”.

²⁰ Lei 5.048/58, art. 13: Não bastando à constituição do Conselho o número de oficiais constantes da relação, de patente superior ou igual à do acusado, completá-lo-á o juiz auditor com oficiais da guarnição do interior e, não sendo ainda possível organizá-lo, recorrerá aos oficiais da reserva, nas mesmas condições, domiciliados na Capital.

²¹ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 30/32.

²² TJM/RS, Recurso em Sentido Estrito nº 1000052-77.2016.9.21.0000. Relator: Juiz-Cel. Paulo Roberto Mendes Rodrigues. Julgado em 16 de março de 2016: “(...) **5. A precedência, versada no art. 15, parágrafo 3.º, da Lei Estadual nº 10.990-97, dos militares da ativa em relação aos na inatividade, em igualdade de**

Essa nossa posição foi *abonada*, posteriormente, pela pena de Vander Ferreira de Andrade²³ e de Roberto Botelho²⁴, os quais, com brilho, esmiuçaram a questão, fortalecendo o **princípio do Juízo Hierárquico** no âmbito da primeira instância da Justiça Castrense. Rodrigo Foureaux, também vai no mesmo entendimento de que “Prevalece nos Conselhos de Justiça o princípio do juízo hierárquico, segundo o qual os militares somente podem ser julgados por superiores hierárquicos, ou se par, mais antigo.”²⁵, inclusive quando o réu for coronel da reserva.

A **inobservância** do *princípio do juízo hierárquico* constitui **vício insanável** ao processo-crime militar e **nulidade** (art. 500, inciso III, alínea “h”, do CPPM), matéria essa hoje pacificada na jurisprudência no **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**: *Habeas Corpus* 42.162/SP – Rel. Min. Nilson Naves – J. 16.06.08; *Habeas Corpus* nº 45.794 – Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – J. 18.12.12; *Habeas Corpus* 41.717/MS – Rel. Min. Felix Ficher – J. 06.04.06.

2.2. Do momento de atuação do conselho de justiça.

Embora previstos constitucionalmente, **os Conselhos de Justiça só têm atuação após o recebimento da denúncia** que é o momento em que o **processo é formalmente instaurado**, consoante disciplina o Código de Processo Penal Militar (art. 35, CPPM), determinando a *convocação* do correspondente Conselho de Justiça para nele atuar (arts. 399 e seguintes), após o sorteio sob estrita fiscalização do Ministério Público.²⁶

Dessa forma, na Justiça Castrense, **os atos pré-processuais são de alçada do Juiz togado** (Juiz Auditor ou Juiz de Direito), e, quando inaugurado o processo-crime, cabe-lhe o sorteio do Colegiado que se sucede no tempo com renovação a cada trimestre (Conselho Permanente de Justiça), ou o sorteio do Colegiado formado para o processo específico de réus Oficiais, que caracteriza o Conselho Especial de Justiça.

Como se disse, o marco para atuação do Conselho de Justiça é **o recebimento da denúncia** pelo Juiz togado (Juiz Auditor na JMU e Juiz de Direito na JME).

Assim, a formação do Colegiado de primeira instância na Justiça Castrense é *precedido* por um *sorteio* e, a seguir, da *convocação* dos Oficiais militares sorteados por parte

posto ou graduação, não afasta a antiguidade no posto ou na graduação, a qual é exigida para a composição dos Conselhos de Justiça. (...)

²³ ANDRADE, Vander Ferreira de. **O princípio do juízo hierárquico na Justiça Militar**. Florianópolis: AMAJME, Revista "Direito Militar", 2004, nº 45, pp.12/13.

²⁴ BOTELHO, Roberto. **A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 e a necessidade de composição hierárquica do Conselho de Justiça**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011, pp. 806-833.

²⁵ FOUREAUX, Rodrigo. **Justiça Militar: aspectos gerais e controversos**. São Paulo: Fiuza, 2012, pp. 352 e 390/398.

²⁶ STM: “**Durante a realização dos sorteios dos juízes dos Conselhos Permanentes de Justiça é exigida a presença de um Representante do Ministério Público, evidenciando que nenhum sentido teria se esse não pudesse desempenhar sua atribuição, essencial à função jurisdicional do Estado, de fiscalizador do fiel cumprimento das normas. Rejeitada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo Juiz-Auditor. Maioria.**” (Mandado de Segurança nº 0000000-20.0901.0.00.7270 - Rel. Min. Rayder Alencar da Silveira - J. 24.08.09).

do Juiz togado (art. 396, CPPM), e, uma vez formado, os membros do Conselho são *empossados* e realizado o *compromisso público* (art. 400, CPPM), legitimando sua atuação, por meio de **sessão pública** para a prática de atos processuais.

2.2.1. Do momento do recebimento da denúncia.

O momento do recebimento da denúncia é, pois, relevante para habilitar os Juízes Militares a atuar nos processos-crime. Desse modo, como nos **crimes militares a ação penal é pública**, é com base no inquérito policial militar, ou no auto de prisão em flagrante, ou noutra peça investigativa que o Ministério Público oferece a **denúncia** (arts. 29 e 30, CPM), a qual, se recebida, dará **início ao processo** (art. 35, CPPM).

Uma vez formado o Conselho de Justiça mediante sorteio dos Juízes Militares para compor o Colegiado, com sua instalação e posse em **sessão pública**, a sua atuação se dará com a presença do Juiz togado e, no mínimo, mais dois Juízes Militares, para a realização das sessões de instrução, e em sua totalidade (cinco Juízes) para a sessão de julgamento.

Normalmente, a **Lei de Organização Judiciária Militar** contempla de forma exemplificativa **um rol de atos processuais** que são de competência exclusiva do Colegiado e os atos processuais que são de exclusiva competência do Juiz togado. No entanto, **antes do recebimento da denúncia**, ou seja, na fase pré-processual, há uma gama de atos processuais que, exclusivamente, são realizados pelo Juiz togado, tais quais: a decretação da prisão cautelar, outras medidas cautelares (quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, busca e apreensão na residência do indiciado etc.), a liberdade provisória, o exame da legalidade das medidas realizadas pela Polícia Judiciária Militar nos procedimentos persecutórios tais quais o inquérito policial militar (IPM), o Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) a Instrução Provisória de Deserção (IPD) a Instrução Provisória de Insubmissão (IPI), o arquivamento desses procedimentos.

A partir do recebimento da denúncia, portanto, **os atos processuais na Justiça Castrense serão divididos** entre os **atos de competência exclusiva do Juiz togado**, e os **atos de competência exclusiva do Colegiado ou do Escabinato**, denominado Conselho de Justiça.

Note-se que só há de se falar em Conselho de Justiça quando este estiver formalmente constituído, isto é, com o sorteio e posse dos juízes militares pelo Juiz togado, podendo haver dois Colegiados distintos, o **Conselho Permanente de Justiça (CPJ)** que é sorteado e empossado a cada trimestre e que conhece todos os processos em que as Praças figuram como réus e o **Conselho Especial de Justiça (CEJ)** que é formado mediante sorteio de juízes militares para cada processo em que um Oficial figure como réu.

No Colegiado castrense, a presença e atuação do Juiz togado é *essencial*, pois ele exerce funções que se assemelham às do relator exercida nos Tribunais. Nas palavras de Jorge Cesar de Assis, o Juiz togado é: “o arcabouço jurídico do Conselho de Justiça. É ele quem efetivamente tem o conhecimento legal necessário para resolver qualquer incidente durante o processo. É também quem relata o feito, apresentando-o para os juízes militares e, votando

sempre em primeiro lugar. Os atos judiciais são, via de regra, executados por ele, ou de acordo com sua orientação.”²⁷

2.2.2. Da decisão da prisão cautelar e da liberdade provisória.

Dentre os vários atos de competência exclusiva do Conselho de Justiça estão: deliberar sobre a decretação da prisão cautelar, revogá-la ou restabelecê-la, a concessão da menagem e da liberdade provisória, e a decretação de medidas preventivas e assecuratórias nos processos de sua competência, dentre outros atos (art. 28, LOJMU).

Pois bem, a matéria tem alto significado, vez que, **inobservada a competência do Colegiado para decidir sobre a decretação, manutenção, ou revogação da prisão cautelar** (por exemplo a prisão preventiva), ou sobre a **concessão ou denegação da liberdade provisória, nulo estarão os atos**, se por exemplo forem praticados pelo Juiz Auditor na JMU, ou pelo Juiz de Direito na JME, singularmente.

O motivo para tanto é razoável, vez que, após o recebimento da denúncia são cinco Juízes que deverão deliberar as matérias elencadas na Lei de Organização Judiciária, e não apenas um único Juiz, de forma que o Juiz togado (Juiz Auditor ou Juiz de Direito) terá apenas um voto no Colegiado, e os outros quatro votos, dos Juízes Militares, não devem se limitar a **mera aquiescência** do voto do Juiz togado, sob pena de ausência de motivação.

Revela, pois, a **Justiça Castrense a importância do Colegiado no processo-crime**, guardando assim, como primazia, a composição mista do Conselho de Justiça para bem aquilatar a melhor decisão para o caso.

E é inafastável que num Colegiado de Juízes a **decisão dali decorrente seja por unanimidade ou maioria de votos, tomada em sessão pública, após o contraditório e o debate essencial entre as partes** – Ministério Público e Defesa – marcando, pois, o devido processo legal.

Segue na mesma linha Jorge César de Assis que separa o poder decisório da prisão preventiva na fase pré-processual e na fase judicial, diante da norma do artigo 254 do CPPM, *in verbis*:

O dispositivo em estudo aponta para as autoridades que podem decretá-la, o auditor e o Conselho de Justiça, valendo anotar que na fase pré-processual a decretação está afeta ao juiz-auditor [ou ao juiz de direito do juízo militar], com base no art. 30, III, da LOJMU e, na fase processual, ao conselho de Justiça [permanente ou especial, conforme a qualidade do réu], nos termos do art. 28, I, da LOJMU.²⁸

Retratando a jurisprudência do TJM/MG, no mesmo sentido, Márcio Luís Chila Freyesleben cita que: “é da competência do Juiz-auditor a decretação da prisão preventiva do acusado em qualquer fase do inquérito ou do processo, nos precisos termos do art. 254 do

²⁷ ASSIS, Jorge César de. **Os Conselhos de Justiça Militar**, Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, ano IV, n° 20/nov/dez., 1999, p. 30.

²⁸ ASSIS, Jorge César. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Curitiba: Juruá, 2009, Vol. 2 p. 102.

CPPM. Quando esse pedido é feito em sessão do Conselho de Justiça compete a este decidir a matéria.”²⁹

A matéria encontra pacífica jurisprudência reconhecendo que **a partir do recebimento da denúncia o poder decisório do Escabinato castrense de primeiro grau não pode ser suprimido pela decisão do Juiz togado, singularmente, sob pena de nulidade**, encontrando *vários precedentes*: STF: 1ª Turma - RHC 60.169/ES – Rel. Min. Néri da Silveira – J. 20.08.82; e 1ª Turma – RHC 60341 – Rel. Min. Rafael Mayer – J. 05.10.82. STJ: STJ - *Habeas Corpus* 4954/RJ – Rel. Min. Edson Vidigal – J. 24.06.97. STM: Correição Parcial 0000269-87.2017.7.01.0401 – Rel. Min. Álvaro Luiz Pinto – J. 22.11.17; Embargos Infringentes e de Nulidade 0000269-90.2012.7.11.0011 – Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi - J. 04.05.17; Correição Parcial 0000096-68.2014.7.01.0401 – Rel. Min. Fernando Sérgio Galvão - J. 03.09.14. Outros julgados ainda há:

STM: “[...] NULIDADE DA DECISÃO QUESTIONADA. Conforme se depreende da norma positivada no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.457/92, a competência do Juiz-Auditor para proferir decisões, isoladamente, cessa com o recebimento da peça acusatória, a partir do que aflora a competência do Órgão Colegiado de primeira instância. Portanto, no curso da instrução criminal, eventual decisão monocrática que indefere pleito de degravação de prova testemunhal consubstancia censurável *usurpação* de competência privativa do Conselho de Justiça, do que resulta, irremediavelmente, causa de nulidade do decisum alvo da impugnação. Anulada a decisão a quo, ex vi do art. 500, inciso I, do CPPM, com ordem para regressarem os autos à Auditoria de origem, de modo que o Conselho de Justiça venha a decidir as questões de fato e de direito havidas ao longo da instrução processual. [...]” [Correição Parcial 0000024-78.2014.7.12.0012 – Rel. Min. José Américo dos Santos – J. 08.04.14];

STM: “APELAÇÃO MPM. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PROLATADA MONOCRATICAMENTE PELO JUIZ-AUDITOR. ACOLHIMENTO. 1. Não merece prosperar a Decisão do magistrado a quo que, monocraticamente, aplica a regra da Absolvição Sumária prevista no direito processual comum, pois não há lacuna ou omissão no CPPM que autorize a aplicação analógica dos dispositivos legais do CPP introduzidos pela Lei nº 11.719/2008. 2. A Decisão proferida não só aplicou procedimento não previsto no Código Processual Penal Militar, invocando a analogia quando não havia lacuna legal, como usurpou a competência do Conselho de Justiça. 3. Na hipótese dos autos, ao Juiz-Auditor caberia tão somente rejeitar a Denúncia ou recebê-la, cumprindo o devido processo legal estabelecido na legislação processual castrense. 4. Preliminar acolhida para declarar a nulidade da Decisão monocrática. Unânime” [STM – Apelação 0000150-95.2013.7.01.0101 – Rel. Min. Marcos Martins Torres – J. 11.03.14];

STM: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE ANULOU O FEITO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, POR FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. *COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA*. ANULAÇÃO. Militar denunciado por deserção que torna a desertar na mesma data do recebimento da Denúncia. A Decisão monocrática que anulou o processo carece de legitimidade, pela dicção do art. 28, inciso V, da Lei nº 8457/92. Reconhecida, por maioria, a nulidade do ato praticado, determinando-se a baixa dos autos para que o Conselho de Justiça se manifeste como de direito” [STM – RSE nº 0000063-78.2014.7.01.0401 – Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos - J. 05.02.15]

²⁹ FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **A prisão provisória no CPPM**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 126, citando a decisão do Ementário de Jurisprudência do TJM/MG, p. 129, 1989.

Como se vê, a decisão do Juiz togado que *invade* a competência do Conselho de Justiça é *insubsistente e nula* diante da violação do princípio do Juiz natural, pois *inafastável* a atuação colegiada castrense.

Ademais, **no âmbito da JME toma maior relevo a competência do Conselho de Justiça diante da norma do § 5º do art. 125 do CF** que, de forma *absoluta e exclusiva* estabelece a competência do Colegiado, corroborando toda a legislação infraconstitucional mencionada e objeto dos precedentes judiciais citados.

Nessa toada, é de se constatar que no Estado de São Paulo a Lei 5.048/58 (LOJMESP) **também previu e disciplinou as atribuições do Juiz de Direito antecedendo ao recebimento da denúncia**, pois, após essa, **a competência é exclusiva do Conselho de Justiça** (art. 71, inciso I). No entanto, houve evidente equívoco da aludida Lei **ao elencar na competência singular do Juiz togado a prisão preventiva do acusado** (art. 77, inciso IX), a qual é exclusiva apenas na fase pré-processual, pois a partir do recebimento da denúncia a competência do Conselho de Justiça é *inafastável*. Pensar de modo diverso, seria fazer **tábula rasa da norma constitucional** (art. 125, § 5º) e praticar uma interpretação *contra legem*. Logo, a atuação *decisória* do Juiz de Direito **isoladamente** somente pode ocorrer na fase **pré-processual**, salvo nos casos de crime militar contra vítima civil, cuja competência para processar e julgar é única e exclusiva do juiz singular (art. 125, § 5º, CF).

Assim, há de se distinguir, no devido processo legal, a competência do Juiz de Direito e do Conselho de Justiça.

2.3. Do dever de motivação do voto do juiz militar.

Como as decisões colegiadas são registradas em atas de sessão e até gravadas em mídia de áudio e vídeo, **é seguro se aferir a motivação dela, obedecendo ao comando constitucional do art. 93, inciso IX, como pressuposto para sua validade**³⁰, de forma que poderão ser impugnadas por meio de *correição parcial* (art. 498, CPPM), ou tirados os recursos cabíveis, como, por exemplo, o *recurso em sentido estrito* (art. 516, CPPM), a *apelação* (art. 526, CPPM), ou até mesmo as ações constitucionais de *habeas corpus* ou do mandado de segurança (art. 5º, incisos LXVIII e LXIX, CF).

Assim, **o dever do Juiz Militar fundamentar o seu voto, explicitamente, é uma decorrência de imposição constitucional sob pena de nulidade** (art. 93, IX, CF), questão esta que encontra não só o *nosso expresso posicionamento* nesse sentido, mas também o posicionamento da doutrina especializada, valendo aqui citar a lição de Ricardo Vergueiro Figueiredo que afirma: “*Claro que por imposição constitucional (art. 93, IX), tanto o juiz-auditor quanto os juízes militares têm o dever de fundamentar os seus respectivos votos, seja nas questões de direito suscitadas, seja no tocante ao mérito.*”³¹

³⁰ ROTH, Ronaldo João. **O Juiz Militar e o dever de motivar sua decisão**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, nº 19, 1999, pp. 34/38.

³¹ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. **O Escabinato na Justiça Militar e o julgamento na Primeira Instância**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011, pp. 852-876.

Nesse passo, o Juiz Militar deve no Conselho de Justiça “obediência apenas à própria e imparcial consciência, de acordo com a lei e com a prova dos autos” [art. 400 do CPPM], e tanto quanto o Juiz togado, **deve o Juiz Militar ser o garante dos direitos processuais e constitucionais do réu que lhe é submetido a processo e julgamento**, e, na lição de Jorge Cesar de Assis³², Promotor de Justiça Militar, Capitão da Reserva PM e jurista, *“como juiz militar, o oficial não deverá permanecer inerte, em posição de sentido – mesmo sentado. Também não deve se manifestar monossilabicamente. Naquele momento é juiz, questiona, analisa, tira dúvidas, decide.”*

Ao cuidar da atuação do Juiz Militar nos Conselhos da Justiça Militar Estadual, Jairo Paes de Lira que já atuou naquela condição em *16 [dezesseis] Conselhos de Justiça* no Estado de São Paulo, em rara abordagem, tratou da figura do Juiz Militar como **Juiz Fardado e bem retrata o dever de motivação do voto** na oportuna e feliz lição:

Nunca será demasiado insistir num ponto fundamental: o **Juiz Fardado**, face aos atributos antes esmiuçados, não pode contentar-se em proferir voto de mera aquiescência em relação ao voto do Juiz-Auditor. Seu voto deve ser **motivado**, exatamente como sempre será o do Juiz Togado, ainda que concordante com este em mérito [portanto em tipo de decisão] e em pena, quando condenatório for. Assim sendo, no momento crucial de julgar, quintessência do dever de jurisdição, o Juiz Militar deverá observar a prerrogativa do livre convencimento” [art. 437, 438, 439 e 440 do CPPM].³³

Na mesma trilha, Abelardo Júlio da Rocha, Advogado militante na Justiça Militar e Major da Reserva PM, acrescenta, na linha da fundamentação do voto do Juiz Militar:

Assim, citando como exemplo o que é possível ocorrer na Justiça Militar Estadual, após a leitura do voto pelo juiz de direito presidente do Escabinato, qualquer juiz militar é livre para inaugurar divergência em relação ao voto proferido e, a partir daí, alinhar toda a fundamentação que dará base ao seu julgamento, inclusive, se for o caso, fixando a pena de acordo com a dosimetria que entender justa, respeitado os parâmetros legais estabelecidos pela norma adjetiva castrense.³⁴

No mesmo caminho das lições doutrinárias, Eduardo Casagrandi Mansoldo Filho³⁵, Capitão PM que atuou por três meses, ao nosso lado, como Juiz Militar no Conselho de Justiça da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, bem registrou sua experiência:

Assim, **deve o Juiz Militar dizer as razões de seu voto nos julgamentos do Conselho de Justiça como dever constitucional e legal**, matéria essa que encontra eco na doutrina especializada e na jurisprudência, pois o Juiz Fardado não é jurado e, nessa condição, vota justificando o voto, oral e publicamente, característica esta

³² ASSIS, Jorge César de. **Os Conselhos de Justiça Militar**, Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, ano IV, n.º 20, nov/dez., 1999, p. 29.

³³ LIRA, Jairo Paes de. **O Juiz Fardado nos Conselhos da Justiça Militar Estadual**, inserto no livro “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, 2004, v 6, n.º 3, p. 69-71, jul./dez. 2004. Disponível na página da Escola Judiciária Militar do TJM/SP em: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

³⁴ ROCHA, Abelardo Júlio da. **O Juiz Militar nos Conselhos de Justiça e no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo**, in “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvia Helena Ono, 2017, p. 114

³⁵ MANSOLDO FILHO, Eduardo Casagrandi. **A marcha à motivação do voto do juiz militar como corolário à legitimação e legalidade de sua judicatura no conselho de justiça**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, 2018, n.º 129, pp. 9/13.

que marca a Justiça Castrense, alcançando o mais justo e perfeito deslinde do processo-crime, nos mais altos ditames da Lei e da Justiça pela qual tanto clama a escorreita Sociedade.”

Com experiência de envergadura o Juiz togado na Justiça Militar da 3ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, Ênio Luiz Rossetto³⁶ também não deixa dúvida sobre **o dever de motivação do voto por parte do Juiz Militar**:

A motivação da decisão, que é indispensável sob pena de nulidade, é realizada em dois momentos distintos. Oralmente na votação do Conselho; depois pelo auditor ao redigir a sentença e facultado, ainda, ao membro do Conselho justificar o seu voto, se vencido.

Na motivação da decisão, com ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, é necessário “que o juiz explique não somente o conteúdo das provas em que se baseou, mas igualmente o raciocínio de que se valeu para, através dos dados probatórios incorporados ao processo, chegar à decisão final”.

Igualmente, como Juiz de Direito da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, José Álvaro Machado Marques leciona³⁷, quanto ao **dever de motivação do voto por parte do Juiz Militar**, que: “Aos jurados, portanto, basta a íntima convicção. Aos membros dos Conselhos de Justiça Militar, é exigida a explicitação do motivo de sua decisão que deve estar ancorada na lei e na prova dos autos.”

Nesse diapasão, já decidiu o Superior Tribunal Militar (STM):

[...] A Lei de Organização da Justiça Militar da União [Lei nº 8.457/92] descreve o funcionamento dos Conselhos Permanente e Especial de Justiça, dispondo, inclusive, sobre sua formação e, bem assim, estabelece **as competências dos Juízes-Audidores, entre as quais, a de relatar os processos e redigir as Sentenças prolatadas pelo Conselho Julgador**, cuja composição inclui os Juízes-Militares. Ainda que o Juiz-Auditor tenha divergido dos Juízes Militares, compete ao magistrado togado a redação da Sentença, **restando ressalvado e preservado o livre convencimento motivado de cada um dos membros do Conselho Julgador quando da tomada de votos, preservando, assim, o comando constitucional insculpido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.** [...]” (STM – Apelação nº 0000007-70.2011.7.08.0008 – Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva - J. 25.03.13).

Na prática, portanto, **diante do dever de motivação dos votos**, quando o Conselho de Justiça vai decidir sobre a segregação da liberdade do réu, ou pela concessão de sua liberdade, impõe que cada um dos cinco Juízes decida explicitando **fundamentação** concreta, plausível e que demonstre elementos fáticos em condições de justificar a correspondente medida deliberada, fazendo-se mister que cada um dos Juízes **sustente as razões de seu voto** que certamente serão lançadas na ata de sessão, sem prejuízo de serem gravados, documentando o ato processual realizado publicamente.

³⁶ ROSSETTO, Ênio Luiz. **Do processo e julgamento na Justiça Militar em primeiro grau: uma abordagem crítica**, inserto no livro “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, v 6, nº 3, 2004, p. 36. Disponível: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

³⁷ MARQUES, José Álvaro Machado. **Dos Conselhos de Justiça e dos Conselhos de Sentença**, in “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, v 6, nº 3, 2004, p. 95. Disponível: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

Note-se que *no cálculo da pena cabe também ao Juiz Militar fundamentar a sanção aplicada*, nos exatos termos do art. 93, IX, da CF c.c., parágrafo único do art. 435 do CPPM, como bem demonstra Cícero Robson Coimbra Neves.³⁸, posição essa que sempre defendemos.³⁹

Na mesma linha, Gilmar Luciano Santos, afirma que “O parágrafo único do art. 435 se justifica porque, como cada Juiz do Conselho deve motivar e justificar o voto, inclusive aplicando a dosimetria da pena, há a possibilidade de se ter, para o mesmo processo, cinco votos diferentes, devendo prevalecer o que for mais favorável ao réu.”⁴⁰

Realmente frustrante na decisão do Colegiado é a **mera concordância dos Juízes Militares com o voto do Juiz togado**, nas deliberações públicas, havendo entendimento jurisprudencial que, em tal caso, os Juízes Militares *entenderam correto o embasamento da decisão proferida pelo juiz togado, sendo despidendo tecerem comentários outros, diversos ou complementares àqueles já exteriorizados pelo Juiz de Direito*⁴¹, tendo se entendido até que “*a justificativa de voto, por cada um dos votos dos juízes militares, é facultativa, conforme prevê o art. 438, § 2º, do CPPM, o qual não fere o art. 93, inciso IX, da CF. O Conselho constitui órgão colegiado, não se exigindo, por essa razão, que cada um dos juízes justifique os seus votos.*”⁴²⁻⁴³

Ora, **não se pode confundir**, como fizeram dois julgados acima mencionados, a faculdade que os cinco Juízes do Escabinato castrense têm - diante da sentença materializada, por escrito - de **justificar o seu voto**, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura (art. 438, § 2º, CPPM)⁴⁴, com o **dever de cada um dos Juízes fundamentar o seu voto** que trata-se de uma **decisão individual do Juiz** (art. 93, inciso IX, CF), **quando do julgamento, sob pena de nulidade**, até porque, por lógica e cronologia, **o voto é proferido antes da sentença** que o fundamentará, e a sentença será elaborada pelo Juiz togado após o julgamento, no prazo de até 8 (oito) dias (art. 443, CPPM)⁴⁵.

Aqui, há *concreto dissenso* entre a **doutrina** e a **jurisprudência** em face do dever de o Juiz Militar justificar o seu voto, com explícita fundamentação, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF. Nossa discordância se reflete na praxis e no plano constitucional, pois a **mera**

³⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **A aplicação da pena privativa de liberdade no Direito Penal Militar**. São Paulo: Revista Justitia, MPSP, nº 202/203, jan./dez., 2011-2012, pp. 39/82.

³⁹ ROTH, Ronaldo João. **O cálculo da pena no Processo Penal Militar**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, nº 67, set./out., 2007, pp. 10/14.

⁴⁰ SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. Belo Horizonte: Inbradim, 2013, 1ª ed., p. 135.

⁴¹ TJM/SP – 2ª Câmara - Apelação Criminal nº 7.112/15 – Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior – J. 03.12.15, **trecho do v. acórdão**.

⁴² STM: Apelação nº 0000001-53.2001.7.10.0010 – Rel. Raymundo Nonato de Cerqueira Filho – J. 03.03.11, **trecho do v. acórdão**.

⁴³ TJM/SP – 1ª Câmara - Apelação nº 6.178/10- Rel. Juiz Cel PM Orlando Eduardo Geraldi - J. 07.12.11: **É facultativa a motivação individualizada dos membros do Conselho de Justiça – Inteligência do art. 438, § 2º, do CPPM – Preliminares rejeitadas**.

⁴⁴ CPPM, art. 438, § 2º: “A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.”

⁴⁵ STM: Apelação nº 0000004-25.2004.7.06.0006 – Rel. Min. Renaldo Quintas Magioli – J. 15.10.08, “**Nos termos do art. 438, § 2º c/c o art. 443, ambos do CPM, ao Juiz-Auditor incumbe a formalização da Sentença, dentro do prazo de oito dias após a data do Julgamento.**”

concordância do Juiz Militar com o voto do juiz togado nas decisões colegiadas reduz a importância do voto do Juiz Fardado que, desse modo, em muito se aproxima do voto do jurado, no Tribunal do Júri, o qual, igualmente, não precisa fundamentar o voto, bastando dizer “sim” ou “não” aos quesitos do Juiz de Direito em sala secreta, garantida que é o sigilo nas votações, no preenchimento das correspondentes cédulas (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”, CF c.c. art. 486, CPP).

Há de se distinguir a **fundamentação do voto** da **fundamentação da sentença** no Conselho de Justiça. A sentença irá esposar os fundamentos determinantes que levaram o Colegiado, de forma unânime ou por maioria de votos, a inclinar-se por determinado resultado. Já o voto é *individual* e vai se materializar com o pronunciamento oral do Juiz em sessão pública, fazendo parte do computo dos votos no veredicto, formando o *decisum* ocorrido durante o processo, ou do julgamento de mérito, por meio de *sentença*.

Diante disso, relevante é, pois, a **fundamentação divergente no Colegiado**, tanto na decisão de um incidente durante o processo, como por exemplo, a concessão da liberdade provisória do réu, como no julgamento de mérito *absolutório* ou *condenatório*, este último que, no caso do *cálculo da pena*, será formada pelo *quantum* decidido pela maioria, que, se divergente, é solucionada pelo **voto médio** (parágrafo único do art. 435 do CPPM). No caso de divergência *absolutória*, defendemos que o **fundamento prevalente** é o que definirá a fundamentação decidida para todos os fins.⁴⁶

Como toda decisão judicial **deve ser fundamentada** (art. 93, inciso IX, CF), é de se reconhecer que **esta é precedida dos motivos** que formarão o **convencimento do Juiz**, tanto no voto como na sentença. Aliás, nesse sentido, a lição de Carlos Aurélio Mota de Souza: “Como toda a atividade do juiz se concentra na discussão, ponderação, motivação e determinação (escolha definitiva) de um motivo forte, relevante (argumento, razão suficiente, *ratio decidendi*), a discussão nos parece centrar-se na *motivação*, da qual emerge o *fundamento*, como razão suficiente para uma decisão justa e adequada.”⁴⁷

Segundo De Plácido e Silva, *motivação* “é a justificação em que se procura dar as razões ou *motivos* que fundamentam a pretensão. E *motivar* é relacionar os motivos justificativos “de qualquer ato, de qualquer direito ou de qualquer ação”.⁴⁸

Assim, a *fundamentação* é a exposição dos motivos e razões que levaram àquele resultado a que chegou o Juiz, após realizar o seu convencimento, por meio da *motivação*. No *julgamento de homicídio*, por exemplo, ao absolver o réu, o Juiz, reconhecendo *motivadamente* com base nos fatos e no direito que se **o fato foi inexistente**, a *fundamentação* terá como causa da absolvição o artigo 439, alínea “a”, primeira parte, do CPPM. Se *fundamentar a causa da absolvição sem dar os motivos ou sem justificar aquela decisão, o voto estará nulo*. No caso de condenar o réu, explicitará qual[is] a[s] prova[s] foi[oram] decisiva[s] para o seu convencimento, e, em seguida, ao calcular a pena, deverá expor o seu raciocínio em relação à *quantum* da pena, se ela for superior ao mínimo legal.

⁴⁶ ROTH, Ronaldo João. **A diversidade dos votos absolutórios no Conselho de Justiça**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, 2009, nº 67, pp. 10/14.

⁴⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, ESDC, Vol 2, - Nº7 - Jan/Jun 2006, p. 357, capturado em 10.06.18 in: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345>

⁴⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 934.

Importante lembrar que **a decisão judicial somente tem assento diante da realidade do processo**, de forma que é dali que o juiz irá justificar o seu convencimento e a sua decisão, com base nas provas existentes e, para tanto, indicadas no seu voto. Aqui tem aplicação o brocardo do Direito Romano: “*Quod non est in actis non est in mundo*”, ou seja, **o que não está nos autos não está no mundo**.

E tanto no **voto** como na **sentença**, não se pode olvidar a **regra de ouro** sobre a avaliação da prova que irá formar a convicção do Juiz: “*O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância.*” (art. 297 do CPPM).

Nessa atividade de **apreciação das provas** para formação da **convicção** do Juiz a **interpretação** e a **motivação** caminham juntas, pois desse procedimento resultará a base para a decisão (voto no Colegiado ou a sentença do Juiz Singular). Nessa linha **deve o Juiz iluminar o caminho de sua decisão com as melhores razões da visualização finalística que se avizinha**, como leciona Carlos Aurélio Mota de Souza:

Os romanos nos legaram um axioma que vale a pena recordar: *Em tudo o que faças, olha para o fim [In omnium respice finem]*, que nos transmite uma metodologia finalística dos atos humanos: a) o fim projeta luz sobre as etapas do caminho; b) indica o procedimento para o julgador chegar à decisão, convencido de suas melhores razões; c) se o juiz, durante o caminho, não vislumbra esse alvo [*o decisum*], para o qual se destina, arrisca-se a decisões injustas e inadequadas. A interpretação e a motivação integram esta etapa necessária, em que o juiz prepara seu arsenal de razões e argumentos para bem decidir.⁴⁹

Assim, impende dizer que na **atividade do Juiz criminal** não se pode olvidar que “para existir interpretação, há necessidade de existir, primeiro, a compreensão, e esta imporá a explicitação”, e “a *interpretação* e a *aplicação* do direito caminham juntas – lado a lado –, implicando que a interpretação jurídica não se faz sem motivo, de modo que a exegese jurídica vem marcada por esse direcionamento para a aplicação.”⁵⁰

A **motivação** abrange a **livre convicção fundamentada** (ou persuasão racional) e de onde o Juiz indica em sua decisão os **motivos** do seu convencimento. Nesse sentido, “entende-se, pois, como *livre convencimento, a influência da verdade tirada pelo Juiz da prova dos autos*, a qual alcança o espírito do julgador por meio de seus próprios sentidos.”⁵¹

Em consequência, já decidiu o **Supremo Tribunal Federal [STF]**:

[...] 1. A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes,

⁴⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Op. cit. p. 366.

⁵⁰ BAPTISTA, Fernando Pavan. ROTH, Ronaldo João. **A interpretação judicial criminal, a segurança jurídica e a aplicação da lei em face dos direitos humanos**. *Revista do Doutorado e Mestrado da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: *Revista Juris Poiesis*, Vol.20 -nº22, 2017, pg. 17-39. Disponível e capturado, em 10.06.18, na página da Escola Judiciária Militar: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

⁵¹ ROTH, Ronaldo João. ONO, Sylvia Helena. **A livre convicção motivada no novo Código de Processo Civil**, inserto na *Revista Direitos e Garantias no novo Código de Processo Civil*. Org. Antônio Cláudio da Costa Machado, Clilton Guimarães dos Santos e Waleska Cariola Viana. Osasco: Edifício, Revista do Mestrado da Unifício, 2016, p. 61. Disponível e capturado, em 10.06.18, na página da Escola Judiciária Militar: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos. (STF – 1ª T. – RE 656820 ED/RJ – Rel. Min. Luiz Fux – J. 06.12.11);

[...] 5. O sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional permite ao magistrado revelar o seu convencimento sobre as provas dos autos livremente, desde que demonstre o raciocínio desenvolvido. [...]. (STF – 1ª T. – HC 101.698 – Rel. Min. Luiz Fux – J. 18.10.11);

[...] 18. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo [...]. (STF – 2ª T. – AP 618/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli – J. 13.12.16);

[...] 2. Não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado valorá-las segundo o seu livre convencimento, de forma motivada, como se tem na espécie vertente. Sistema do livre convencimento motivado. [...]. (STF – 2ª T. – HC 116.153/MS – Rel. Min. Cármen Lúcia – J. 21.05.13).

Assim, é de se ver que *fundamentação* do voto ou a sua *motivação* tem **conteúdo substancial**, e não meramente formal, de forma que **cabe a cada Juiz Militar no Colegiado embasar sua decisão**, sob o aspecto fático e jurídico, explicitando as razões de sua convicção para decidir num ou noutro sentido, pois, como se disse, **o Juiz Militar não atua como o jurado do Tribunal do Júri**.

É da atuação dinâmica e marcante do Juiz Militar que se pode medir a grandeza do Conselho de Justiça na formação da decisão colegiada ao lado do Juiz togado.

A decisão no Conselho de Justiça é formada por cinco decisões individuais, portanto, **cada um dos Juízes que compõem o Colegiado deve fundamentar e justificar o seu voto**, de tal sorte que **se a decisão individual tem fundamentação idônea, contextualizando a realidade dos autos, e é razoável, o voto do Juiz Militar será válido e vai se sustentar juridicamente**, caso contrário, não, *o que o tornará nulo*, da mesma forma que a *inexistência* de motivação. Então, toma **relevância essencial a fundamentação do voto do Juiz Militar**, não somente pelo comando constitucional (art. 93, IX), mas também pelo comando legal do CPPM (art. 500, IV).

Oportuno o magistério de Nelson Nery Junior, “**Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira**”, e, com relação à obrigatoriedade de o Juiz fundamentar o voto, complementa:

A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam que, ‘segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido’. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.⁵²

Inafastável, a nosso ver, é que **a fundamentação constitucional, com conteúdo substancial, é aquela que deve ser verificada para validade no voto do Juiz, inclusive os Juízes Militares, individualmente**, e isso faz a diferença, pois numa votação de 3x2, por

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal, Penal e Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.286.

exemplo, a anulação de um dos votos majoritários, por fundamentação inidônea ou inexistente, implica no empate, e isso muda a solução do caso. Nesse sentido, já decidiu o STM:

APELAÇÃO. PECULATO. RECURSO DA DEFESA. NULIDADE DO FEITO A PARTIR DO JULGAMENTO "A QUO". - Preliminar de nulidade do feito suscitada pelo eminente Ministro-Relator, tendo em vista a infringência ao princípio do livre convencimento motivado do Juiz. - Conforme constou da Ata de Julgamento, **um dos membros do Conselho julgador votou pela condenação, pois imaginava que não pudesse divergir do voto do Exmº. Juiz-Auditor Substituto.** - Apelante que foi condenada em primeira instância por três votos a dois, restando evidente o prejuízo. - Pronunciamento de nulidade do feito a partir do julgamento e consequente baixa dos autos ao Juízo de origem para efetuar novo julgamento do processo. - Decisão Unânime. (STM – Apelação nº 0000067-46.2008.7.01.0201 – Rel. Min. Álvaro Luiz Pinto – J. 14.09.10).

Desse modo, é que no Colegiado, *em sessão pública de julgamento*, **a norma constitucional do dever de fundamentar a decisão (voto) diz respeito a cada julgador.** Ademais, uma vez edificado o prédio motivacional construído pelo cômputo dos votos dos cinco Juízes do Conselho de Justiça nas decisões de mérito no julgamento e devidamente lançados em ata de sessão, **haverá após a existência da sentença escrita** (art. 438, § 2º, c.c. art. 443, CPPM) - cuja redação é de responsabilidade do Juiz togado – que **também deve ser fundamentada**, sob pena de nulidade.

Impende dizer que, além da fundamentação individual de cada Juiz Militar, cabe ao Magistrado na sentença demonstrar *como* o Colegiado chegou à determinada decisão e *qual* foi a sua motivação. Nessa linha, já decidiu o **Superior Tribunal Militar** [STM]:

Na Justiça Militar a *fundamentação* contida na sentença não é apenas o *voto* solitário do Juiz-Auditor, responsável por redigi-la, mas a expressão do pensamento de todos os membros do Conselho de Justiça.” [STM – Apelação nº 0000008-97.2008.7.10.0010 - Rel. Min. William de Oliveira Barros – J. 05.02.10], e “*ainda que o Juiz-Auditor tenha divergido dos Juízes Militares, compete ao magistrado togado a redação da Sentença, restando ressalvado e preservado o livre convencimento motivado de cada um dos membros do Conselho Julgador quando da tomada de votos, preservando, assim, o comando constitucional insculpido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.* (STM – Apelação nº 0000007-70.2011.7.08.0008 - Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva – J. 25.03.13).

Ao longo dos mais de *vinte e quatro anos ininterruptos de judicatura atuando como Magistrado togado* na Justiça Militar do Estado de São Paulo podemos afirmar que **os Juízes Militares que nos ladearam nos inúmeros Conselhos de Justiça sempre, de maneira individual e explicitada, fundamentaram suas decisões** em sessão pública, dando dignidade e substância ao exercício de seu voto, espelhados, de forma minuciosa, na ata de sessão pública, **cumprindo, inequivocamente, o comando constitucional do dever de fundamentação do voto**, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), como já demonstramos em outros trabalhos jurídicos, característica esta que é peculiar ao Escabinato e que destaca a sua importância e grandeza.

Para evidenciar o afirmado e a **dinâmica dos votos motivados dos Juízes Militares** no Conselho de Justiça, sugerimos ao leitor que verifique os julgamentos simulados da 1ª Auditoria Militar da Justiça Militar do Estado de São Paulo, que *presidimos*, **documentados em vídeo** e disponíveis na **Escola Judiciária Militar** (EJM) do Estado de São Paulo,

TJM/SP⁵³, e na página da **Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais [AMAJME]**⁵⁴, tratando de decisão sobre **porte ilegal de droga** (art. 290, CPM) e de **extravio de material bélico** (art. 265 c.c. art. 266, CPM).

Não se pode deixar aqui de se anotar que para o réu é **relevantíssimo ser processado e julgado por um Colegiado**, pois a **pluralidade de votos** dos Juízes que irão decidir a causa, como no caso do dos **cinco Juízes** do Conselho de Justiça castrense, dão-lhe a sensação e a esperança de ver a justiça no julgamento, exatamente porque decorre a decisão do Colegiado, em sessão pública e onde a **independência para julgar** e o **livre convencimento motivado**, em relação a cada um dos Juízes, permitem a melhor decisão.

É da liberdade dos votos, do livre convencimento motivado dos Juízes e da forma democrática das decisões que o julgamento colegiado supera o julgamento monocrático.

Como o Juiz Militar não é jurado, é inequívoco o seu dever de justificar o voto, fundamentando-o, sob pena de nulidade nos termos do artigo 93, inciso IX, da CF, questão esta com sólido embasamento doutrinário.^{55_56_57_58_59_60_61_62}

Com o abono do escólio de José da Silva Loureiro Neto⁶³, tivemos enriquecida nossa posição, afirmando o nobre e antigo Professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB) sua *concordância com a obrigatoriedade do juiz militar dizer as razões de seu voto publicamente e na presença das partes*, quando do julgamento, com nossa citação⁶⁴:

[...] Importante consignar que a decisão do colegiado é formada, então, da decisão proferida pelo voto dos juízes individualmente, de tal sorte que o cômputo daqueles é que formará a decisão do colegiado. Entendo, assim, que cada um dos votos do

⁵³ ROTH, Ronaldo João. **Julgamento simulado de porte de entorpecente na ESA/SP**, realizado em 15.09.14, e **juulgamento simulado de extravio de material bélico** em 10.11.2017 na Unifieo/Osasco, capturado em 10.06.18 e disponível na página da EJM do TJM/SP em: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

⁵⁴ ROTH, Ronaldo João. **Julgamento simulado de porte de entorpecente na ESA/SP**, realizado em 15.09.14, e **juulgamento simulado de extravio de material bélico** em 10.11.2017 na Unifieo/Osasco, capturado em 10.06.18 e disponível na página da AMAJME em: <http://www.amajme-sc.com.br/entrevistas.php>

⁵⁵ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 97/100 e 109/110.

⁵⁶ ROTH, Ronaldo João. **O julgamento na Justiça Militar: aspectos teóricos e práticos e uma comparação com o julgamento pelo Tribunal do Júri**, inserto no livro “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvia Helena Ono, 2017, p. 136/143.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. **O Escabinato na Justiça Militar e o julgamento na Primeira Instância**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011, pp. 852-876.

⁵⁸ ROCHA, Abelardo Júlio da. **O Juiz Militar nos Conselhos de Justiça e no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo**, inserto no livro “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvia Helena Ono, 2017, p. 114.

⁵⁹ LIRA, Jairo Paes de. **O Juiz Fardado nos Conselhos da Justiça Militar Estadual**, inserto no livro “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”. Coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, 2004, v 6, n° 3, p. 69-71, jul./dez. 2004. Disponível na página da Escola Judiciária Militar do TJM/SP em: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

⁶⁰ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 147.

⁶¹ ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2013, p.224.

⁶² NEVES, Cícero Robson Coimbra. **A aplicação da pena privativa de liberdade no Direito Penal Militar**. São Paulo: Revista Justitia, MPSP, n° 202/203, jan./dez., 2011-2012, pp. 39/82.

⁶³ LOUREIRO NETO, José da Silva. São Paulo: Atlas, 6ª ed., 2010, pp. 147/148.

⁶⁴ ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 23-30.

colegiado deve obedecer ao mandamento constitucional da motivação para ser válido. Esse raciocínio encontra razão também pelo fato de os votos dos juízes, sejam convergentes ou divergentes, poderem ocorrer por fundamentos diversos, daí a motivação explícita do juiz permitirá às partes o exame de sua pertinência e razoabilidade.

De todo legítimo, portanto, que uma das partes ou ambas, após o pronunciamento do voto do juiz militar, pela ordem, requeira que o Magistrado explicitasse as razões de seu voto. Este o sentido da fundamentação que, a meu ver, engloba a motivação. Situação possível ainda, diante do cânone da ampla defesa, é a parte requerer, no prazo de dois dias da leitura da sentença, que o Juiz declare a motivação de seu voto, desde que naquela ocasião tenha havido obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. É o que se denomina ‘embargos de declaração’, previstos no art. 382 do Código de Processo Penal Comum e com inteiro assento a sua aplicação dada a analogia permitida pelo CPPM (art. 3º).

Nesse caso, ainda, dada a peculiaridade das decisões do Conselho de Justiça, o voto vencido pode ser objeto de embargos declaratórios, tendo em vista a contradição em relação à maioria da decisão. A propósito o STF decidiu: ‘Decisão não unânime: necessidade de declaração de voto. As decisões do Judiciário, pena de nulidade, devem ser fundamentadas (Const. Art. 93, IX). As partes têm o direito de conhecer as razões de decidir. Há omissão, corrigível por Embargos de Declaração, a falta de voto no acórdão, máxime quando a decisão for tomada por maioria’ (REsp. nº 50.377-91/SP, rel. p/acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 3ª T. J. 29-5-95, m.v., DJU 16-9-96, p. 33.797). Note-se que qualquer decisão pode ser embargada e não só a sentença ou acórdão.

Note-se que no **Conselho de Justiça** na Justiça Militar **o Juiz togado vota primeiro sobre o mérito da questão julgada e a seguir votam os Juízes Militares, tudo em sessão pública, na presença do réu e das partes**, sendo a motivação do voto de cada Juiz relevantíssima para o cômputo do julgado, **diferentemente do que ocorre no Conselho de Sentença** no Tribunal do Júri, **onde o Juiz togado não vota**, mas apenas os jurados, *sem motivação e de modo sigiloso*, no julgamento da questão decidida (*crimes dolosos contra a vida*).⁶⁵

2.3.1. Da construção do voto do juiz militar.

No Conselho de Justiça castrense, **o Juiz togado, como se disse, é o relator**, de tal forma que lhe cabe **fazer um resumo do caso ali julgado, sintetizar os debates das partes e ao final proferir o seu voto**. A seguir, tendo a juridicidade explicitada pelo Juiz togado, votam os Juízes Militares, por ordem inversa de antiguidade, nos termos do art. 435 do CPPM.

Os Juízes Militares, **tendo como base o relatório já oralmente demonstrado pelo relator** (juiz togado), deverão se manifestar quanto às *razões de sua convicção* – de fato e de direito – dando os *motivos* que o levaram a decidir num ou noutro sentido, e, ao final, decidirem no mérito (se absolvem ou condenam) fundamentando o voto. **Se for absolutório**, após percorrer o caminho indicado, apontarão qual a causa legal da absolvição numa das alíneas do artigo 439 do CPPM. **Se condenatório o voto**, decidirão qual a pena a ser aplicada,

⁶⁵ ROTH, Ronaldo João. **O julgamento na Justiça Militar: Aspectos teóricos e práticos e uma comparação com o julgamento pelo Tribunal do Júri**, inserto no livro “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvania Helena Ono, 2017, p. 114.

esclarecendo, no caso de a pena ser acima do mínimo legal, as fases da pena no sistema trifásico⁶⁶, para consecução de seu resultado.

De se registrar que uma vez decidida a questão julgada pelo Conselho de Justiça, seja pela absolvição, seja pela condenação, haverá a proclamação da decisão pelo Juiz Presidente do Colegiado após computar os votos de cada um dos Juízes do Escabinato, tudo devendo ser objeto de registro na ata de sessão, inclusive a motivação utilizada *individualmente* sustentada pelos cinco juízes.

Nesse procedimento tem relevância, portanto, **o exame, diante da motivação existente em cada voto**, pois, se algum deles for viciado, deverá ser anulado, e a anulação certamente alterará o resultado proclamado em sessão pública pelo Juiz Presidente.

Nessa linha, importante a lição de Aury Lopes Jr., ao comentar o **dever de fundamentar na sentença**, que a nosso ver se aproveita na construção do voto do Juiz Militar no julgamento, no sentido de que a motivação,

ponto nevrálgico da sentença, em que o juiz deve analisar e enfrentar a totalidade (sob pena de nulidade) das teses acusatórias e defensivas, demonstrando os motivos que o levam a decidir dessa ou daquela forma. A motivação dá-se em duas dimensões: fática e jurídica. Na primeira, procede o juiz à valoração da prova e dos fatos, reservando para a segunda a fundamentação em torno das teses jurídicas adotadas e também o enfrentamento das teses jurídicas alegadas, mas refutadas. [...]⁶⁷

A **motivação** na decisão judicial (voto e sentença) tem o condão, salutar, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho⁶⁸, de vincular o provimento jurisdicional à **legalidade** (na escolha da lei válida e harmônica à Constituição Federal), e à **certeza do direito** (com identidade na escolha racional da decisão, na estabilidade do direito que a lastreia e na controlabilidade da decisão) no Estado de Direito e de **garantia processual na efetividade da cognição judicial**, que, segundo Ferrajoli, é o **valor fundamental do princípio da motivação**, ou seja, o de **garantia da natureza cognitiva e não potestativa do julgamento penal**, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos, à prova da hipótese acusatória. E Gomes Filho complementa:

O mais grave vício da motivação é a inexistência de um discurso em que o juiz enuncie as razões do provimento. Isso ocorre não só diante da falta de um documento justificativo, mas também quando este é apenas *aparente*, contendo afirmações genéricas e vazias de conteúdo, que podem ser aplicadas de modo indiscriminado a uma série de situações.⁶⁹

Complementando o que se falou, é essencial, para a validade do **voto** de cada um dos Juízes no Escabinato castrense e da **sentença** do Juiz togado, a observância do **princípio correlação ou da congruência** entre a acusação e a decisão penal, que consiste na vinculação da decisão do juiz ao objeto da denúncia, ou seja, ao crime ali imputado, de forma que a decisão de mérito – absolvição ou condenação (voto ou sentença) – não pode ter em

⁶⁶ ROTH, Ronaldo João. **O Cálculo da pena no processo penal militar**. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 67, 2007, p. 10/14.

⁶⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2017, p. 884.

⁶⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, pp. 84/88 e 96/97.

⁶⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 245.

consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação, mas necessariamente o que for decidido deve *dar a procedência ou improcedência da denúncia*, diante do crime militar ali imputado, tendo como fundamento a prova existente nos autos e de onde será extraída a convicção do juiz (art. 297, CPPM).

Em consequência, o CPPM **dispõe expressamente sobre o que o Conselho de Justiça deve decidir no julgamento** (art. 437):

a] dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;

Condenação e reconhecimento de agravante não arguida

b] proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido arguida.

Logo, o voto do Juiz Militar deve ter *vinculação obrigatória* com o objeto da denúncia (imputação) decidindo sobre o crime militar ali descrito e *dentro das regras do jogo*, ou seja, diante do *devido processo legal a decisão decorrerá, necessariamente, da lei e da prova dos autos* (art. 400, CPPM), tudo de maneira *fundamentada* (art. 93, inciso IX, CF).

Não se deve olvidar que na atividade do Juiz destaca-se a **concretização do direito**, que ocorre mediante a **interpretação jurídica**, atividade esta que visa alcançar a **juridicidade**, daí nossa lição ao lado de Fernando Pavan Baptista que “*A interpretação é realizada para a melhor aplicação da lei, de forma que, partindo do texto normativo, diante da realidade fática, realizamos a interpretação para se atingir a norma de decisão, que é aquela que dá solução ao caso concreto. A esse procedimento se dá o nome de concretização do direito.*”⁷⁰

Nessa interpretação, como se posiciona Gilmar Luciano Santos, Major PM, “*o Juiz Militar e o Conselho devem fazer interpretação conformada à CF/88 acerca das normas jurídicas insculpidas no CPPM, não aplicando aquelas que entender serem violadoras do pensamento democrático vigente.*”⁷¹, e complementa quando da **votação no julgamento**, nos termos do art. 435 do CPPM que

É importante que o Juiz Militar entenda que a função exercida na Justiça Militar é muito diferente da função de JURADO, exercida no Tribunal do JÚRI. O jurado convocado a compor o Conselho de Sentença no Júri torna-se apenas juiz do fato, já o Juiz Militar é Juiz do FATO e do DIREITO, ou seja, deve realizar a dosimetria da pena e explicar detalhadamente os motivos fáticos e jurídicos que o levaram àquela decisão, diferentemente do que ocorre com o jurado. [...]

Pode o Juiz Militar, ao prolatar seu voto, acompanhar o VOTO do JDJM ou de outro JUIZ MILITAR, mas deve fundamentá-lo, ou seja, explicar juridicamente o motivo fático e o dispositivo jurídico adotado que acompanha, caso contrário, o vício será insanável e nula a prestação jurisdicional.

⁷⁰ BAPTISTA, Fernando Pavan. ROTH, Ronaldo João. **A interpretação judicial criminal, a segurança jurídica e a aplicação da lei em face dos direitos humanos**. *Revista do Doutorado e Mestrado da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: *Revista Juris Poiesis*, Vol.20 -nº22, 2017, pg. 18. Disponível e capturado, em 10.06.18, na página da Escola Judiciária Militar: <http://www.tjm.sp.jus.br/escola/ead.html>

⁷¹ SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. Belo Horizonte: Inbradim, 2013, 1ª ed., pp. 117 e 128/129.

Trata-se de um entendimento personalístico, mas sustentado nos princípios do Direito já expostos nesta obra, principalmente no disposto no art. 93, IX, da CF/88. Não obstante o já exposto, para os demais atores do processo [advogado/promotor/escrivão/estagiários, etc.], quando o JM, ao prolatar o voto, limita-se a enunciar “ACOMPANHO DO VOTO DO JUIZ PRESIDENTE”, demonstra não dominar a técnica jurídica, desconhecer o direito penal militar e estar ali como mero fantoche, marionete, cumprindo um papel coadjuvante.⁷²

Importante lembrar que o *Juiz Militar* decide com base no **livre convencimento motivado**, em sessão pública e oralmente, tudo de acordo **com a lei e a prova dos autos** (art. 400, CPPM), ao passo que o *jurado*, que com aquele não se confunde, decide **por íntima convicção e de maneira sigilosa**. Portanto, são duas realidades de se julgar no Brasil e que não podem ser mimetizadas.

Ademais, também tratando da divergência de votos na condenação e com aplicação de penas em *quantum* diversos, diante da norma do parágrafo único do art. 435 do CPPM, Célio Lobão leciona sobre o **voto médio** que “quando pela diversidade de votos, não se constituir maioria para aplicação da pena, entender-se-á que o Juiz que tiver votado pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave”⁷³ (art. 435, parágrafo único, do CPPM), ilustrando com a seguinte hipótese no julgamento:

O Juiz votou pela condenação do acusado a um ano; os quatro Juízes Militares votaram condenando o réu a 2, 3, 4 e 5 anos, respectivamente. O resultado será a condenação a 3 anos, porque se entende que os militares que votaram 5 e 4 anos, virtualmente votaram a pena menor, imediata, isto é 3 anos que, juntando-se à outra de igual tempo, constitui a maioria de 3 votos. Fixou-se a pena em 3 anos, pelo voto médio. No mesmo exemplo, se o 3º e 4º Juízes militares, em vez de condenar a 4 e 5 anos, votassem pela absolvição, a pena seria de um ano, pois se entende que os Juízes militares que votaram as penas de 2 e 3 anos, virtualmente votaram a pena menor imediata, ou seja, a pena de um ano. Ficção criada pela lei para, através do voto médio, alcançar a maioria de votos.⁷⁴

Dúvida nenhuma resta sobre o **CPPM prever a independência de atuação do Juiz Militar no Colegiado**, devendo tomar suas decisões pelo **livre convencimento motivado** (em obediência ao comando constitucional do art. 93, inciso IX, CF), e prever, expressamente, a solução quando houver **divergência de votos** na condenação (parágrafo único do art. 435, CPPM).

Desse modo, **não pode e não deve o Juiz Militar reduzir sua atuação no Conselho de Justiça a mera concordância no seu voto com o voto precedente do Juiz togado** (que é o que primeiro vota no Colegiado), sob pena de seu voto ser **vazio** ou **com motivação inexistente**, ou agir como jurado e não como Juiz.

Do procedimento acima detalhado, **ao sustentar o seu voto**, oralmente e em sessão pública, **o Juiz diz os motivos e as razões do porque está decidindo daquela forma a causa em julgamento**, sendo que essa fundamentação, que será registrada em ata de sessão, por escrito, ou mediante gravação, é o que dá, por um lado, **legitimidade a decisão**, demonstrando ao réu, normalmente presente no julgamento, que o voto do Juiz foi fruto de sua convicção extraída da prova dos autos (art. 297, CPPM), e, por outro lado, é a que permitirá às partes impugnarem a decisão, **recorrendo do mérito dela, por meio de**

⁷² *Ib idem*

⁷³ LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. São Paulo: Método, 2009, p. 465

⁷⁴ *Ib idem*

apelação, ou, antes deste recurso, impugnando o voto viciado sustentado na sessão de julgamento, ou as omissões ou ambiguidades existentes na sentença, por meio de embargos de declaração (art. 382, CPP aplicado subsidiariamente).

De se anotar também que a sentença do Conselho de Justiça é **uma sentença subjetivamente complexa**⁷⁵, por decorrer de órgão colegiado, de forma que o resultado nela existente foi produto de mais de uma manifestação subjetiva dos Juízes que integram aquele Escabinato. Assim, ao se examinar a sentença do Conselho de Justiça, **deve se compreender que ela é o resultado do voto (decisão individual) de cada um dos cinco Juízes**, oralmente proferidos na sessão pública, e computados para se definir o **veredito**⁷⁶, ou seja, a **decisão colegiada**.

Como bem se posiciona na matéria, Viviane de Freitas Pereira,

[...] ao realizar a tarefa de compreender e interpretar, sem dúvida, o Juiz militar utiliza a sua experiência na análise do caso que se propõe [...] É lógico que, em não tendo o conhecimento jurídico, utilizará o conhecimento prático que tem a respeito do fato. Presente terá que estar, porém, a consciência de que deve utilizar esta experiência como julgador. [...] A decisão será o resultado de diversas compreensões e interpretações, chegando-se à uma sentença final pelo voto da maioria. A sentença proferida é uma adequação de compreensões, em que está presente a prática e o conhecimento jurídico. [...] O Juiz Militar trará o seu conhecimento prático, mas como já se disse antes, terá de despir-se da visão exclusivamente militar e investir-se da visão de julgador [...].⁷⁷

Nessa linha, já escrevemos outrora:

Por outro bordo, o fato do juízo castrense se colegiado deixa suas decisões menos infensas a injustiças, pois dificilmente a decisão tomada pela maioria não será a mais razoável e com maior equidade, aproximando-se mais do justo. **Nesse ponto, a interpretação das armas se fará pela interpretação do Direito próprio, sob os cuidados do juiz de direito [togado] que integra os Conselhos de Justiça.**⁷⁸

Dessa maneira, **compatibiliza-se o dever de fundamentação do voto do Juiz Militar com a exigência constitucional (art. 93, inc. IX), pois é corolário do devido processo legal** (art. 5º, inc. LIV, CF), tanto é que, expressamente, o CPPM prevê a **divergência de votos** na aplicação da pena (parágrafo único do art. 435), *sempre fundamentada*, de forma que **não existiria razão dessa norma não fosse inequívoco o dever de fundamentação do voto de cada Juiz Militar**, o que é **inafastável diante do aludido comando constitucional**. De igual sorte, ocorre na *divergência* dos votos absolutórios, com fundamentações distintas.⁷⁹ Vale lembrar que **a atuação do Juiz Militar (que não se confunde com o jurado) é linear no**

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 5ª ed., 2008, p. 658.

⁷⁶ Veredito tem sua origem no latim e provém dos vocábulos *vere* (verdade) e *dictus* (dizer), em tradução livre, significa o “dizer da verdade” ou a “verdade dita”. Essa é a natureza da decisão proferida pelos jurados do Conselho de sentença no Tribunal do Júri, como se refere a Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”), e cujo termo tem também aplicação à decisão colegiada do Conselho de Justiça na Justiça Militar.

⁷⁷ PEREIRA, Viviane de Freitas. **Concretizações judiciais realizadas pelos Conselhos de Justiça da Justiça Militar: Alguns aspectos hermenêuticos**, inserto no Livro Direito Militar. História e Doutrina – Artigos Inéditos, Organizador: Getúlio Corrêa. Florianópolis: AMAJME, 2002, p. 178/179.

⁷⁸ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 107.

⁷⁹ ROTH, Ronaldo João. **A diversidade dos votos absolutórios no Conselho de Justiça**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, 2009, nº 67, pp. 10/14.

Colegiado castrense⁸⁰, ou seja tem o mesmo peso que o voto do Juiz togado no Colegiado, e, **por ser Juiz, tem o dever de justificar o seu voto, publicamente.**

Cabe salientar que o CPPM (art. 438, § 2º) assegura a **declaração de voto** do Juiz do Colegiado que for *vencido* e essa prerrogativa evidencia não só a **independência** do voto, mas também a **oportunidade de explicitação de motivação divergente** da maioria julgadora. Nesse passo, o CPPM prevê expressamente que o Juiz no Colegiado pode, constitucionalmente, divergir, sendo certo que **a divergência dos votos na decisão colegiada fortalece a dialética da discussão e preserva a convicção judicial**,⁸¹, no devido processo legal, como instrumento democrático no Estado de Direito.

A **motivação do voto** do Juiz Militar, tanto como o voto do juiz togado, portanto, **não é um capricho, mas um dever de estatura constitucional**, de forma que, *se inexistente ou viciado*, será nulo.

Nessa linha, decidiu o STM pela nulidade da sentença, por **ausência** de fundamentação na individualização da pena:

STM: [...] 3. Preliminar suscitada de ofício para Turma, de nulidade da sentença, por ausência de *fundamentação* na individualização da pena, haja vista que **o Conselho Permanente de Justiça, sem explicitar suas razões de convencimento, aplicou ao acusado a pena mínima correspondente ao crime de dano, e a pena máxima cominada aos delitos de desrespeito e ameaça**. Nulidade absoluta, por atipicidade constitucional. Decisão majoritária. (Apelação nº 0000000-20.0401.0.49.7552 - Rel. Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach - J. 17.03.05).

É da *motivação* do voto de cada Juiz do Colegiado que as partes ou o Tribunal, de ofício, irão aferir se não houve *ausência de motivação*, se não houve *violação ao princípio da correlação* entre a denúncia e a sentença, se não houve *contradição entre a decisão e suas razões*, se o voto do Juiz *não foi um voto suicida* etc., vícios esses que, *se inexistentes, sustentarão a legitimidade da decisão*, em obediência ao *mandamento constitucional*, sob pena de nulidade [art 93, IX].

Bem por isso, e na mesma linha do STF (1ª Turma - HC 74.351 - Rel. Min. Celso de Mello - j. 29.10.1996 - RTJ 163/1.059), o **Superior Tribunal Militar** (STM), já decidiu em acórdão da relatoria da Cleonilson Nicácio Silva:

A *fundamentação* das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da dicção do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. (STM – Apelação 0000097-67.2011.7.01.0301 – Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva – J. 06.06.13).

De se registrar que se a decisão colegiada impugnada ou recorrida ensejar o *juízo de retratabilidade*, como ocorre no caso da *correção parcial* ou do *recurso em sentido estrito*, a

⁸⁰ ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 95/100 e 109/110.

⁸¹ STM: **A divergência de opinião dos Juizes-Militares, durante a apreciação do feito, faz parte do processo dialético de convencimento do julgador. Somente se configuraria a suposta nulidade da sentença caso faltasse a adequada fundamentação da Decisão. Preliminar Rejeitada** (Apelação nº 0000013-82.2008.7.08.0008 - Rel. Min. Raymundo Nonato de Cerqueira Filho – J. 01.08.11).

matéria necessariamente deve também sofrer a deliberação do Colegiado. Logo, em matéria que envolve competência do Colegiado, o Juiz togado não pode decidir monocraticamente, sob pena de nulidade.

2.3.2. Dos vícios de motivação no voto dos juízes do colegiado.

Demonstrada a necessidade de fundamentação no voto (art. 93, inciso IX, CF), calcado em **motivação idônea nas razões do voto**, os cinco Juízes do Escabinato (Juiz togado e os quatro Juízes Militares) deverão estar atentos para evitar vícios de motivação em seus votos, o que implicará em nulidade do voto, em especial os Juízes Militares, por sua condição de *juízes temporários*.

Assim, **deve evitar o Juiz o voto vazio, isto é o voto sem motivação**. Se for *absolver*, declara os motivos do porque está absolvendo, elege as provas de que extraiu sua convicção e define a tese jurídica que lastreará sua decisão, indicando, ao final, a alínea do artigo 439 do CPPM correspondente aos motivos declarados. Se for *condenar*, de igual modo, declara as razões do porque se convenceu da responsabilidade criminal do réu (autoria e conduta), da existência do crime (materialidade) e das provas que firmaram a responsabilidade do réu, ocasião em que, reprovará a conduta e dará a pena, calculando-a e externando o raciocínio que o levou a determinada pena.

Outra questão que **macula o voto é a motivação viciada** que implica na **contradição** ou no **antagonismo** entre os **motivos declarados para sustentação do voto** e o dispositivo da decisão. Por exemplo: **na absolvição**, o juiz se vale de argumentos que reconhecem a responsabilização criminal do réu, todavia, absolve-o lastreado numa das alíneas legais invocadas do art. 439 do CPPM; **ou na condenação**, o juiz lança mão de motivos e fundamentos que não permitiram a responsabilização do réu, mas o condena assim mesmo. Quando isso ocorre há o **voto suicida**, que é aquele que, juridicamente, não se sustenta.

Não há dúvida que qualquer **contradição do julgado na apuração dos votos do Colegiado** precisa ser eliminada por via de embargos declaratórios, sob pena de esse vício gerar a *modificação* do julgado ou sua *nulidade*. Portanto, cabível a aplicação analógica do art. 382 do CPP.

Como o **voto motivado** requer para sua validade uma coerência lógico-jurídica entre a fundamentação e o dispositivo da referida decisão, **no caso de o Juiz indicar motivos que excluam a responsabilidade criminal do réu, mas o condene**, o voto é nulo, porque suicida, posto que **as razões expostas na fundamentação não se compatibilizam com o *decisum***. O contrário também é verdadeiro conforme já decidiu o TACRIM/SP: “*Nula será, assim, a sentença em que, de maneira contraditória, foi afirmada a inexistência de dúvida quanto à autoria e, em seguida, absolveu-se por falta de prova a respeito da autoria*” (JTACrimSP 86/234).

Também ocorre o vício na motivação se respondendo o réu pelo delito de furto (art. 240, CPM), for condenado por receptação (art. 254, CPM), **violando-se o princípio da correção entre o crime imputado na denúncia e a sentença**. Numa hipótese dessas, o Juiz ou o Colegiado deve absolver o réu por atipicidade do crime imputado.

O roteiro para a **sustentação oral do voto válido** no julgamento, que precede e norteia a sentença, **depende de um raciocínio coerente nas questões fáticas e de direito** que o julgamento exige e que serão expostas pelos Juízes, daí pertinentes as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, no sentido de que ao Juiz cabe uma escolha entre as alternativas jurídicas existentes, todavia, deve ele na motivação expor a escolha que alicerçou sua decisão, devendo, diante de alternativas possíveis dizer e justificar porque fez determinada opção, pois:

A legitimidade da decisão exige ainda correta e adequada apreensão dos fatos transpostos ao processo por meio da atividade probatória. Cabe ao magistrado justificar por que considerou mais relevantes determinados elementos da prova e desprezou outros. A sentença, finalmente, deve ser racional, completa e compreensível.⁸²

Enfim, o Juiz Militar deve se preparar para o mister que lhe cabe como julgador, deve conhecer o processo, a cronologia dos fatos discutidos, as provas, a dinâmica do crime, sua caracterização material, de onde sua convicção ocorrerá e deverá ser revelada para o voto motivado, guardado o seu livre convencimento.

3. CONCLUSÃO.

Tratar da atuação do **Escabinato castrense** de primeiro grau implica reconhecemos *formalidades* constitucionais e legais, como ocorre com todo órgão do Poder Judiciário, e envolve, pois, inseparavelmente, a *formalidade essencial* de **constituição do Colegiado** competente como juiz natural, onde a composição colegiada não pode se distanciar do **princípio do juízo hierárquico**; envolve também o *relevantíssimo momento* do **recebimento da denúncia** que marca e delimita a atuação do Colegiado castrense durante o processo, quando caberá decidir sobre as questões de fato e de direito; e, por fim, **envolve o voto do Juiz Militar**, em cada uma de suas decisões, *fracionariamente* como integrante do Colegiado de cinco Juízes que nele atuam, e que **devem justificar os seus votos**, diante da inafastável e correspondente norma constitucional (art. 93, IX), diante do **devido processo legal** (art. 5º, inc. LIV, CF).

O princípio do juízo hierárquico é o que norteia a **formação e composição** do Colegiado castrense de primeiro grau e, em especial, no sorteio dos Juízes Militares, isso diante do valor constitucional inafastável da **hierarquia e disciplina militares** (arts. 42 e 142, CF).

A Justiça Militar se marca como Justiça Especializada e constitucionalmente enraizada no Brasil, não somente pela legislação específica que aplica e as causas militares, mas essencialmente por ter como órgão que processa e julga um **Escabinato castrense**, formado por um Juiz togado e quatro Juízes Militares, *estes que nunca foram e não se confundem com jurados, isto porque são, inequivocamente, Juízes*. Dessa forma, os julgadores criminais, no Colegiado, unem a *visão técnica-jurídica com a visão técnica da carreira das armas* ao decidir nos *julgamentos dos crimes militares*. E, em consequência desse *status* de julgador, os Juízes Militares tem o dever de fundamentar suas decisões, seus votos, os quais são colhidos, de maneira oral, e em sessão pública e devem, portanto, serem *registrados e lançados em ata*

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 11ª ed., 2010, pp. 198/199.

de sessão (art. 448, CPPM), inclusive *gravados* em mídia de áudio e vídeo, como disciplinado pelo Conselho Nacional de Justiça⁸³ e pelo TJM/SP⁸⁴.

Diferenciar os momentos de atuação do Juiz togado, isoladamente, **na fase pré-processual** com a atuação do Escabinato castrense **durante o processo** é garantir a **competência do Juiz natural** (art. 5º, inciso LIII, CF) dentro do princípio constitucional do **devido processo legal**, sob pena de nulidade (art. 5º, inciso LIV, CF).

A **fundamentação da decisão judicial**, que legitimamente a sustenta (art. 93, IX, CF), ocorre, *em sessão pública*, tanto em relação ao voto de cada um dos Juízes do Conselho de Justiça, e, em especial aos Juízes Militares, como, posteriormente, em relação à sentença, que será elaborada pelo Juiz togado.

Assim, o dever de fundamentar o voto, como estabelece a Constituição Federal, implica no **exercício substancial de justificar o voto**, papel este que, além de *formalidade essencial* no devido processo legal (art. 500, inciso IV, CPPM), dignifica a atuação do Juiz Militar no Escabinato castrense, pois sua **imprescindível presença e decisão** não são acessória ou secundária, mas sim **linear a do Juiz togado** na Justiça castrense e no Estado Democrático de Direito.

A atuação do Juiz Militar e do Conselho de Justiça deve **garantir os direitos processuais e constitucionais do réu** que é submetido a processo e julgamento, e a **decisão individual, por meio do voto oral e público, deve se pautar pelo livre convencimento motivado e ter como balizas a lei e a prova dos autos**.

A existência do Colegiado de 1ª instância formado por Juízes Militares ao lado do Juiz togado é que distingue a Justiça Militar de outros Órgãos do Poder Judiciário, de forma que a essencialidade da decisão colegiada não pode ser suprimida pela decisão do Juiz togado em face do Juiz natural.

A qualidade e a adequação escoreta das decisões da Justiça Militar têm como marca histórica, desde Roma Antiga, **a presença dos Juízes Militares ao lado do Juiz togado no Escabinato castrense** e aqui no Brasil no conhecimento constitucional dos crimes militares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vander Ferreira de. **O princípio do juízo hierárquico na Justiça Militar**. Florianópolis: AMAJME, Revista "Direito Militar", nº 45, 2004.

ANJOS, Marcelo Adriano Menacho dos. **A Justiça Militar e a Democracia – Controle Judicial da Atividade Policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015

ASSIS, Jorge César de. **Os Conselhos de Justiça Militar**, Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, ano IV, n.º 20, 1999.

_____. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Curitiba: Juruá, Vol. 2, 2009.

ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2013.

⁸³ Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Resolução nº 105, alterada pela Resolução nº 222.

⁸⁴ TJM/SP: Portaria nº 428/17 – CGer., publicada no Diário Oficial eletrônico da Justiça Militar de 19.09.17.

BAPTISTA, Carlos de Almeida. **A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente-Entrevista**. Florianópolis: Revista “Direito Militar”, AMAJME, nº 13, 1998.

BAPTISTA, Fernando Pavan. ROTH, Ronaldo João. **A interpretação judicial criminal, a segurança jurídica e a aplicação da lei em face dos direitos humanos**. Revista do Doutorado e Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro: Revista Juris Poiesis, Vol.20 -nº22, 2017.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira - Comentários**. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia Editores, 1924.

BOTELHO, Roberto. **A Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 e a necessidade de composição hierárquica do Conselho de Justiça**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011.

CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Vol. VI, 2ª ed., 1993.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. **O Escabinato na Justiça Militar e o julgamento na Primeira Instância**, inserto no livro “Direito Militar. Doutrina e Aplicações”. Coordenadores: Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2011.

FOUREAUX, Rodrigo. **Justiça Militar: aspectos gerais e controversos**. São Paulo: Fiuza, 2012.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **A prisão provisória no CPPM**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 126, citando a decisão do Ementário de Jurisprudência do TJM/MG, p. 129, 1989.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 11ª ed., 2010.

LIRA, Jairo Paes de. **O Juiz Fardado nos Conselhos da Justiça Militar Estadual**, inserto no livro “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, Coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, v 6, nº 3, 2004.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. São Paulo: Método, 2009.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2017.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANSOLDO FILHO, Eduardo Casagrandi. **A marcha à motivação do voto do juiz militar como corolário à legitimação e legalidade de sua judicatura no conselho de justiça**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, 2018, nº 129

MIRANDA, Reynaldo Moreira. **As origens remotas do Direito Penal Militar**. São Paulo: Revista A Força Policial, Polícia Militar do Estado de São Paulo, IMESP, 1998.

MARQUES, José Álvaro Machado. **Dos Conselhos de Justiça e dos Conselhos de Sentença**, in “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, Coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, v 6, nº 3, 2004, Disponível: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal, Penal e Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **A aplicação da pena privativa de liberdade no Direito Penal Militar**. São Paulo: Revista Justitia, MPSP, nº 202/203, jan./dez., 2011-2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 5ª ed., 2008.

PEREIRA, Viviane de Freitas. **Concretizações judiciais realizadas pelos Conselhos de Justiça da Justiça Militar: Alguns aspectos hermenêuticos**, inserto no Livro Direito Militar. História e Doutrina – Artigos Inéditos, Organizador: Getúlio Corrêa. Florianópolis: AMAJME, 2002.

ROCHA, Abelardo Júlio da. **O Juiz Militar nos Conselhos de Justiça e no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo**, inserto no livro “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvia Helena Ono, 2017.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A importância das Justiças Militares para o Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Revista “Justiça Militar & Memória” - TJM/RS, edição 6 e 7, publicada em 01.10.12, jan./julho de 2012, disponível em: <https://www.tjmrs.jus.br/?secao=artigos&pIndice=1161>

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSSETTO, Ênio Luiz. **Do processo e julgamento na Justiça Militar em primeiro grau: uma abordagem crítica**, inserto no livro “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”, Coordenado por Edgard Moreira da Silva. São Paulo: ESMP, Caderno Jurídico, v 6, nº 3, 2004. Disponível: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

ROTH, Ronaldo João. ONO, Sylvia Helena. **A livre convicção motivada no novo Código de Processo Civil**, inserto na *Revista Direitos e Garantias no novo Código de Processo Civil*. Org. Antônio Cláudio da Costa Machado, Clilton Guimarães dos Santos e Waleska Cariola Viana. Osasco: Edifio, Revista do Mestrado da Unifio, 2016.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. **Temas de Direito Militar**”. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_____. **O Juiz Militar e o dever de motivar sua decisão**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, nº 19, 1999.

_____. **O cálculo da pena no Processo Penal Militar**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, nº 67, set./out., 2007.

_____. **A diversidade dos votos absolutórios no Conselho de Justiça**. Florianópolis: Revista Direito Militar, AMAJME, nº 67, 2009.

_____. **O julgamento na Justiça Militar: aspectos teóricos e práticos e uma comparação com o julgamento pelo Tribunal do Júri**, inserto no livro “Justiça Militar – Aspectos práticos”. Coordenado por Sylvia Helena Ono, 2017.

_____. **Julgamento simulado de porte de entorpecente na ESA/SP**, realizado em 15.09.14, e **julgamento simulado de extravio de material bélico** em 10.11.2017 na Unifio/Osasco: <http://www.tjmsp.jus.br/escola/ead.html>

_____. **Julgamento simulado de porte de entorpecente na ESA/SP**, realizado em 15.09.14, e **julgamento simulado de extravio de material bélico** em 10.11.2017 na Unifio/Osasco, capturado em 10.06.18 e disponível na página da AMAJME em: <http://www.amajme-sc.com.br/entrevistas.php>

SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. Belo Horizonte: Inbradim, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, ESDC, Vol. 2, - nº7 - Jan/Jun 2006.

Publicado na Revista "A Força Policial" - São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo (Coordenadoria de Assuntos Jurídicos da PMESP) - 2018 (JAN/FEV/MAR) - nº 1 - 1ª ed. - digital - pp. 26/57 - ISSN 1983-3660 - Página eletrônica: http://revistafpolicial.policiamilitar.sp.gov.br/?page_id=4024