

CONSIDERAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO DO JUÍZO HIERÁRQUICO. HIPÓTESES DE QUESTIONAMENTO NA FORMAÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA QUANDO O RÉU DETIVER O ÚLTIMO POSTO NA CORPORACÃO MILITAR.

Jorge Cesar de Assis, Nathália Calil Gomes e Rosana Fortes de Lima¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Diferença entre foro privilegiado por prerrogativa de posto e foro privilegiado por prerrogativa de função. Competência em razão da dificuldade de formação do Conselho; 3. Hipóteses possíveis de gerar controvérsias na constituição do Conselho Especial de Justiça; 3.1. Réu é Comandante-Geral da Corporação; 3.2. Réu é Coronel da ativa e inexistente Coronel mais antigo que ele na ativa; 3.3. Réu é Coronel da reserva e inexistente, “em tese”, Coronel mais antigo que ele na ativa; 3.4. Réu é Coronel da ativa do Corpo de Bombeiros e inexistente Coronel Bombeiro mais antigo que ele; 3.5. Um ou mais Juizes Militares ocupam as funções do parágrafo 3º do artigo 19 da Lei de Organização Judiciária Militar (Lei n. 8.457 de 4 de setembro de 1992); 3.6. Necessidade ou não de reversão do Coronel da reserva convocado para o serviço ativo; 4. Juiz militar investido irregularmente gera nulidade do processo? 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Questão que vem suscitando debates na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais é definir, da forma mais correta possível, os limites da aplicação do chamado juízo hierárquico, o qual seria um princípio informador na constituição dos Conselhos de Justiça, que são órgãos colegiados da Justiça Militar brasileira.

O princípio do juízo hierárquico, segundo a lição de Ronaldo João Roth, que, salvo engano, foi o primeiro a tratar da questão, pressupõe que o militar o qual compuser o Conselho de Justiça deve possuir condição hierárquica

¹ Jorge Cesar de Assis é Promotor da Justiça Militar. Nathália Calil Gomes e Rosana Fortes de Lima são acadêmicas de Direito, todos lotados na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria – RS.

superior ou mais antiga que a do réu.²

Isto reflete uma dupla garantia: para o julgador, na medida em que terá independência para decidir em relação àquele que lhe é subordinado, sem se preocupar com futuras perseguições na carreira; e ao réu, consciente de que em hipótese alguma poderá ter seu processo apreciado por um inferior hierárquico.

Um simples passar de olhos pela Constituição Federal, em específico no artigo 125, parágrafo 4º, permite sinalizar que a Justiça Militar Estadual constituiu-se, em primeiro grau, dos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, do Tribunal de Justiça Militar ou Tribunal de Justiça.

Por aí, percebe-se que iniciamos nossa análise com a Justiça Militar Estadual, foco, aliás, de toda controvérsia.

O mesmo passar de olhos, volvido agora para o artigo 92 da Carta Magna, permite identificar que “os tribunais e juízes militares”, referidos em seu inciso VI, quando da moldura do Poder Judiciário nacional, referem-se à estrutura da Justiça Militar da União, já que a Justiça dos Estados e do Distrito Federal – seus tribunais e juízes - restou referida no inciso VII, e dentro dela, a Justiça Militar Estadual.

Isto, no entanto, não implica em diferenciação na essência da Justiça Militar brasileira – que, para nós, é *sui generis* -, gênero, com duas espécies: Federal (da União), Estadual e do Distrito Federal.

Conquanto cada Estado e o Distrito Federal tenham sua organização judiciária própria, é de se ter como válida, a ser aplicada em tudo aquilo em que não for conflitante, a Lei 8.457 de 04 de setembro de 1992, Lei da Organização Judiciária Militar da União (LOJMU), em cujo artigo 16 se vê a composição dos Conselhos de Justiça.

Nos exatos termos da lei, o Conselho Permanente de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior - que será o presidente - e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão, para o processamento e julgamento de praças.

² ROTH, Ronaldo João. Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional. São Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2003.

O Conselho Especial de Justiça, por sua vez, é constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade no caso de igualdade.

Assim, tanto o Conselho Permanente de Justiça como o Conselho Especial de Justiça são regidos pelo princípio do juízo hierárquico, contemplado no artigo 23 da lei nº 8.457 de 1992 (LOJMU), o qual estabelece que os juízes militares que integrarem os Conselhos de Justiça serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade. Contudo, é na composição do Conselho Especial de Justiça, responsável pelo julgamento de oficiais, que residem maiores controvérsias na hipótese de o réu possuir o maior posto da Corporação e, ao mesmo tempo, ser o mais antigo.

2. DIFERENÇA DE FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE POSTO E FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA DIFICULDADE DE FORMAÇÃO DO CONSELHO.

O Código de Processo Penal Militar, de forma sucinta, dispõe em seu artigo 108 que a competência pela prerrogativa de posto ou da função decorre de sua própria natureza e não da natureza da infração e regula-se, estritamente, pelas normas expressas neste Código.

O foro privilegiado por prerrogativa da função, sob um aspecto, determina a competência para o exercício da jurisdição *ratione personae*, isto é, em razão da pessoa. Contudo, importa ressaltar que o privilégio não é atribuído, de fato, em razão da pessoa, mas devido à relevância do cargo/função pública que ela exerce e, então, iremos identificar o critério *ratione materiae*, pois as hipóteses dizem respeito a infrações penais e a infrações político-administrativas (crimes de responsabilidade em sentido estrito). Nesse sentido, a lição de Denilson Feitoza Pacheco ressalta que a prerrogativa de foro tem por objetivo proteger o

cargo público, pois subtrairia a discussão jurídica sobre o exercício de determinado cargo público de possível ingerência política que poderia haver numa determinada comarca ou foro locais.³

É exemplo de foro por prerrogativa da função fixado pela Constituição Federal, para agentes militares, a competência de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns⁴ e nos crimes de responsabilidade, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, da Constituição Federal (artigo 102, inciso I, letra 'c', da Constituição Federal). A prerrogativa é da função: função de Comandante de qualquer uma das Forças Armadas.

Também se apresenta como prerrogativa da função, prevista na lei infraconstitucional para o tempo de guerra, o processo e julgamento do oficial Comandante do Teatro de Operações perante o Superior Tribunal Militar, condicionada, entretanto, a ação penal militar à requisição do Presidente da República.⁵

Já o foro privilegiado por prerrogativa de posto tem uma característica singular que o diferencia da prerrogativa da função: ele é deferido em razão da posição que o agente (um oficial) ocupa na escala hierárquica militar⁶. Para Soel Arpini, o foro por prerrogativa de posto é uma espécie do foro por prerrogativa da função⁷. Referindo-se à competência do Superior Tribunal Militar em processar e julgar os oficiais gerais das Forças Armadas nos crimes militares definidos em lei⁸, Soel Arpini entende que apenas a Constituição Federal poderia estabelecer foro privilegiado por prerrogativa de posto *“de forma que a competência, nesta hipótese, pertenceria aos Conselhos Especiais de Justiça, que, ao lado dos Conselhos Permanentes de Justiça e dos Juízes-Auditores,*

³ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Praxis**, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 294.

⁴ Nos crimes comuns a que se refere a Constituição, incluem-se todos e quaisquer delitos da jurisdição penal ordinária ou da jurisdição penal militar (STF - HC 41.296/DF).

⁵ Lei 8.457, de 04.09.1992: art. 95, parágrafo único.

⁶ Sobre posto militar, vide § 1º, do art. 16, da Lei 6.880/80 – Estatuto dos Militares.

⁷ ARPINI, Soel. *A (in)constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares*. **Revista do Ministério Público Militar**, nº 21, Brasília, abril de 2010, p.107.

⁸ Lei 8.457, de 04.09.1992: art. 6º, inciso I, letra 'a'.

compõem a 1ª instância da Justiça Militar da União”.⁹

Não consideramos a competência por prerrogativa de posto (em favor de oficiais gerais) como uma espécie da prerrogativa de função. São coisas bem distintas o posto (posição hierárquica que até se confunde com o cargo quando ele é privativo de determinado posto) e a função exercida pelo agente. A competência por prerrogativa de posto é uma competência singular, que não encontra identidade em local algum da Constituição, sendo prevista apenas pela Lei de Organização Judiciária Militar da União (artigo 6º, inciso I, alínea “a”), o que causa certa perplexidade, convenhamos, e indicia a inconstitucionalidade frente ao modelo adotado pela nossa Carta Magna.

Não é o caso, neste ensaio, de discutir a constitucionalidade ou não da competência por prerrogativa de posto, pois faltaria espaço para tanto. Mas a discussão existe e é interessante.¹⁰

Lembre-se, apenas a título de esclarecimento, que compete ao Conselho Especial de Justiça processar e julgar oficiais, que não os oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar e, ao Conselho Permanente de Justiça, processar e julgar acusados que não sejam oficiais naqueles mesmos crimes.

Assim, verifica-se que, nas Forças Armadas, quando um militar do último posto de hierarquia (um general) estiver sendo processado pela prática de crime militar, não se terá problemas quanto à competência para seu julgamento, visto que, conforme acima explanado, esta será sempre do Superior Tribunal Militar.

A questão controversa recai no caso de o acusado da prática de um crime militar ser oficial do último posto (coronel) da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar. Sabe-se que, no âmbito da Justiça Militar estadual, não há competência por prerrogativa da função, salvo quando a Constituição estadual

⁹ *ibidem*, p.113.

¹⁰ A propósito, vide: RODRIGUES, Clementino Augusto Ruffeil. *A inconstitucionalidade da fixação de competência de prerrogativa de função pela lei de organização judiciária militar*. **Revista do Ministério Público Militar**, nº 21, Brasília, abril de 2010, p.75-102; ARPINI, Soel. A (in)constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares. **Revista do Ministério Público Militar**, nº 21, Brasília, abril de 2010, p.103-116; PORTO, Mário. *A competência originária do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os oficiais gerais nos crimes militares e sua compatibilidade com a Constituição da República de 1988*. **Revista**

assim dispuser (artigo 125, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988), haja vista ter a Constituição Federal previsto que a competência dos Tribunais deverá ser definida pelas Cartas Políticas estaduais.

Desse modo, “*se o constituinte estadual ao tratar da competência do tribunal de Justiça incluiu os Comandantes-Gerais das Polícias e Bombeiros Militares, estes gozarão do foro privilegiado*”¹¹. Exceto esse caso, o Coronel da Polícia Militar será julgado pela Justiça Militar de primeiro grau, salvo naqueles Estados em que tenha sido criado o Tribunal de Justiça Militar, conforme permite o artigo 125, parágrafo 3º, da Carta Magna e haja previsão nesse sentido na respectiva Constituição estadual ou Lei de Organização Judiciária dos Estados.

No Brasil, apenas seis Constituições Estaduais incluíram, de forma expressa, os Comandantes-Gerais das Polícias Militares dentre as autoridades que serão processadas e julgadas nos Tribunais de Justiça, nos crimes comuns e de responsabilidade. São estes os Estados: São Paulo (artigo 74, inciso II), Piauí (artigo 123, inciso III, alínea “d”, “3”), Amazonas (artigo 72, inciso I, alínea “a”), Minas Gerais (artigo 106, inciso I, alínea “b”), Pará (artigo 338) e Tocantins (artigo 48, parágrafo 1º, inciso IV). Da mesma forma, somente os estados de Santa Catarina (artigo 87, inciso XXI, alínea “b”, da Lei nº 5.624/79), do Mato Grosso do Sul (artigo 30, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 1.511/94) e do Pará (artigo 143, alínea “a”, da lei nº 5.008/81) possuem tal previsão expressa em suas leis ou códigos de organização judiciária.

Ainda, é possível encontrar, igualmente, uma competência distinta da prerrogativa de função ou de posto, de modo a deslocar o processo e o julgamento para o Tribunal de Justiça. Seria o que convencionamos chamar de **competência em razão da dificuldade de composição do Conselho Especial**, solução adotada tanto em Santa Catarina como na Paraíba.

Com efeito, o artigo 63 do Código de Divisão e Organização Judiciárias

Direito Militar, n. 93, Florianópolis, janeiro –fevereiro de 2012, p. 23-28.

¹¹ MARTINS, Gilberto. *Justiças Militares dos Estados. Competência para processar e julgar os Comandantes Gerais das Forças Militares*. Revista Direito Militar 5, Florianópolis: AMAJME, maio-junho de 1997, p.38.

do Estado de Santa Catarina¹² previu que, na composição dos Conselhos de Justiça, observar-se-á, no que for possível, o disposto no Código de Processo Penal Militar e na Organização Judiciária Militar da União.

Seu parágrafo 1º assevera que, à falta de oficiais nas condições exigidas para exercer a função de juiz, a lista para o sorteio poderá ser organizada ou completada com oficiais da reserva remunerada de patente superior à do acusado, sendo os sorteados convocados para o serviço ativo com a exclusiva finalidade de compor o conselho e pelo tempo de seu funcionamento.

É no parágrafo 2º, no entanto, que está o ponto digno de nota, já que assevera que, **se apesar da providência prevista no parágrafo anterior, não for possível a constituição do conselho, o processo correrá perante o Tribunal de Justiça** na forma que dispuser o seu Regimento Interno (destacamos).

Por outro lado, a Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba¹³, dispôs, em seu artigo 194, que os Conselhos Especiais são compostos por quatro juízes militares, todos oficiais de postos não inferiores ao do acusado.

Já o parágrafo 2º determina que, sendo o acusado do posto mais elevado da corporação policial ou do corpo de bombeiro militar, o Conselho Especial será composto por oficiais da respectiva instituição militar que sejam da ativa, do mesmo posto do acusado e mais antigos que ele. Não existindo oficiais mais antigos que o acusado na ativa, serão sorteados e convocados oficiais da reserva remunerada.

Conforme o parágrafo 3º, sendo o acusado do posto mais elevado da corporação, e nela não existindo oficial, ativo ou inativo, mais antigo que ele, o Conselho Especial será composto por oficiais que atendam ao requisito da hierarquia, embora pertencentes à outra instituição militar estadual.

Já o parágrafo 4º adotou postura semelhante a do Estado de Santa Catarina, pois prevê que, **não havendo oficial, ativo ou inativo, no posto mais elevado e mais antigo que o acusado em qualquer das corporações,**

¹² Lei estadual 5.624, de 09.11.1979, com posteriores alterações.

¹³ Lei Complementar 96, de 03.12.2010.

ele este julgado pelo Tribunal de Justiça (destacamos).

Não se pode sequer imaginar uma hipótese em que o réu não possa ser julgado em face de dificuldades na formação do órgão julgador.

Uma vez traçadas estas considerações iniciais, passaremos, agora, a enumerar uma série de hipóteses em que o chamado juízo hierárquico passará a ser questionado na Justiça Militar Estadual em face de o réu ostentar o posto de coronel. São elas: a hipótese do réu de uma ação penal militar ser o Comandante-Geral da Corporação militar estadual; a hipótese de o réu ser da ativa e inexistirem coronéis mais antigos que ele; a hipótese de o réu ser coronel da reserva; a hipótese de o réu ser coronel do Corpo de Bombeiros e inexistirem coronéis mais antigos que ele.

Além disso, analisaremos também a hipótese de que, mesmo sendo mais antigo que o réu, um ou mais dos membros do Conselho de Justiça Especial seja ocupante de uma das funções que excluem a inclusão em lista para sorteio de juízes militares (Lei 8.457/92, art. 19, § 3º) e, por último, a necessidade ou não de reversão ao serviço ativo dos coronéis convocados da reserva para a composição do Conselho.

3. HIPÓTESES POSSÍVEIS DE GERAR CONTROVÉRSIA NA CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA

3.1. Réu é Comandante-Geral da Corporação

Como visto anteriormente, quando o réu é Comandante-Geral (coronel nomeado pelo Governador) das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, será processado e julgado pelo Tribunal de Justiça competente, uma vez que possui foro privilegiado por prerrogativa de função se assim dispuser a Constituição estadual ou a Lei de Organização Judiciária do Estado.

Nesse caso, não há que se falar em antiguidade dos juízes militares em relação ao réu, visto que este será processado e julgado por Desembargadores. Como exemplos, citamos os Tribunais de Justiça de São Paulo (artigo 74, inciso

II, da Constituição Estadual de São Paulo), do Piauí (artigo 123, inciso III, alínea “d”, da Constituição Estadual do Piauí), do Amazonas (artigo 72, inciso I, alínea “a”, da Constituição Estadual do Amazonas) e de Minas Gerais (artigo 106, inciso I, alínea “b”, da Constituição Estadual de Minas Gerais).

Por outro lado, não havendo previsão de foro privilegiado do Comandante-Geral na legislação estadual, entende-se que ele será processado e julgado no 1º grau da Justiça Militar Estadual. Dessa forma, deverá ser composto o Conselho Especial de Justiça, observando-se o princípio norteador do juízo hierárquico, qual seja, a antiguidade dos juízes. Exemplo desta hipótese ocorreu no Rio Grande do Sul¹⁴.

Sabe-se que o Comandante-Geral é coronel e, portanto, ocupa o mais alto posto hierárquico da Polícia Militar ou Corpo de Bombeiro Militar. Da mesma forma, nem sempre é necessariamente nomeado o coronel mais antigo da corporação para o exercício dessa função, já que é de confiança do Governador. Assim, quando o Comandante-Geral for réu em uma ação judicial, o Conselho Especial de Justiça, para julgá-lo, deverá ser composto por coronéis mais antigos que ele e, para tanto, não existindo em atividade, deverão ser revertidos para a ativa tantos coronéis da reserva quanto bastem para a formação do órgão julgador.

Anote-se, entretanto, a possibilidade do réu coronel ser o Chefe de Estado Maior, 2ª autoridade na hierarquia da Corporação, com precedência sobre todos os demais coronéis, à exceção do próprio Comandante Geral. Se este Chefe de Estado Maior, por ser cargo de confiança e gozar de precedência funcional, for mais moderno que os juízes do Conselho Especial, não haverá problema algum, pois, embora com precedência funcional sobre todos os demais Coronéis da Polícia Militar, era mais moderno em antiguidade no posto, e assim, pode ser julgado normalmente pelos coronéis mais antigos, como já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁵.

¹⁴ TJMRS - HC n. 956/08 – Rel. Juiz Cel João Vanderlan Rodrigues Vieira – j. em 25 de junho de 2008.

¹⁵ TJSC – HC n. 10.904 – Rel. Desembargador Tycho Brahe – j. em 03 de maio de 1993.

3.2. Réu é coronel da Ativa e inexistente coronel mais antigo que ele na ativa.

Esta situação reflete o caso em que, sendo o réu coronel em atividade, não há coronel com antiguidade superior à sua para compor o Conselho de Justiça que irá julgá-lo. Desse modo, o órgão jurisdicional deverá ser formado por militares de igual posto, isto é, coronéis, mais antigos que o réu, consoante o princípio do juízo hierárquico que informa o sorteio dos juízes militares.

Na hipótese de não haver coronel da ativa mais antigo que o réu, deve-se reverter tantos coronéis da reserva quanto bastem para a formação do Conselho Especial de Justiça. Esta hipótese não apresenta maiores dificuldades, e independe do tempo de coronelato que o coronel convocado ostente na reserva.

Imaginemos que o réu, coronel da ativa, possui, no ano de 2012, quatro anos de coronelato e, na ativa, apenas existem dois coronéis mais antigos que ele, com quatro anos e meio no posto. Da reserva, devem ser convocados e sorteados dois coronéis que **tenham sido promovidos antes do réu, não sendo necessário perquirir o efetivo tempo que cada um ostentava de coronelato ao passar para a inatividade**. Ora, ao serem revertidos para o serviço ativo, a antiguidade no posto como de praxe será contada a partir da data da promoção de cada um, e, desta forma, agora em atividade, os dois coronéis revertidos passam, automaticamente, a ser mais antigos que o réu, pois foram promovidos antes dele.

A questão aqui é meramente matemática, vejamos: o coronel **A**, réu, foi promovido em 2008 e é o segundo mais antigo da ativa (*4 anos de coronelato*) em 2012. Faltam 2 coronéis mais antigos que ele para compor o Conselho Especial. Sorteiam e convocam-se da reserva remunerada os coronéis **B** (*promovido em 2005 e que tinha 1 ano de coronelato ao passar para a reserva em 2006*) e o Coronel **C** (*também promovido na mesma data em 2005 e que tinha 3 anos de coronelato ao passar para a reserva em 2008*). Ao serem revertidos para a ativa, os coronéis **B** e **C** (*que foram promovidos na mesma data em 2005*), passaram a ter, os dois, 7 anos de coronelato, portanto, mais

antigos que o réu, independente de quanto tempo tiveram, cada um, de coronelato na ativa, pois **o critério legal para a verificação inicial da antiguidade é o da data da promoção ao último posto contada até a data em que se pretende verificar a referida antiguidade.**

Anote-se que no exemplo acima, não restaram mais dúvidas acerca da antiguidade. Todavia, caso permaneça a necessidade de se verificar qual o mais antigo, em razão de estarem, agora, todos no mesmo posto e com a mesma data de promoção, a própria legislação estabelece, com alguma variação de Estado para Estado que a antiguidade será então estabelecida pela antiguidade que possuía no posto ou graduação anterior, se ainda assim, subsistir a igualdade, recorrer-se-á aos graus hierárquicos anteriores, à data de inclusão e a data de nascimento para definir a precedência. Neste último caso o mais velho será considerado mais antigo.

3.3. Réu é coronel da Reserva e inexistente, “em tese”, coronel mais antigo que ele na ativa

Se existe possibilidade capaz de suscitar controvérsia na formação do Conselho Especial de Justiça, com certeza será aquela em que o réu for coronel PM ou BM da reserva remunerada e, inexistirem na ativa, **em tese**, coronéis de maior antiguidade que o acusado. (destacamos)

A hipótese tem gerado muita controvérsia sendo possível identificar duas correntes, a saber:

A primeira, lastreada na prevalência do chamado princípio do juízo hierárquico e, segundo a qual, sendo o réu coronel da reserva mais antigo que seus pares da ativa, a solução deve ser dirimida com o necessário sorteio e conseqüente convocação de coronéis da reserva mais antigos que o acusado, ou seja, aqueles que possuam maior tempo de serviço naquele posto que o réu (coronel PM RR), não podendo o réu ser julgado por coronéis mais modernos,

ainda que estando na ativa. São seus defensores, Ronaldo João Roth¹⁶, Vander Ferreira de Andrade¹⁷ e Roberto Botelho¹⁸ e a tese já mereceu a acolhida do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que a antiguidade é decisiva na formação do Conselho Especial de Justiça¹⁹.

Nos termos do entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, “**no julgamento de coronel da reserva da Polícia Militar – último posto da hierarquia militar estadual -, todos os integrantes do Conselho Especial devem ser da mesma patente, porém mais antigos que o acusado. À vista disso, não é lícito aceitar que o coronel da reserva que foi superior hierárquico possa, apenas porque se encontra na reserva, ser julgado por subordinado que o alcançou no último posto**”.

Para a segunda corrente, sendo o réu coronel PM da reserva remunerada, concorrerão ao sorteio todos os coronéis da ativa, sem cogitar de antiguidade, visto que inexistente relação de antiguidade entre militar da ativa e militar inativo que deixou de contar tempo de serviço. Além do mais, a legislação militar assegura que em igualdade de posto, os militares da ativa tem precedência sobre os da reserva. Para esta corrente, o militar do Estado que passou para a inatividade, efetivamente, não ocupa cargo no serviço público, nem exerce função militar, salvo se houver sido revertido para o serviço ativo e, neste caso, conseqüentemente, não se encontrará na inatividade. Defende esta posição, Célio Lobão²⁰, e ela teve acolhida pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo que decidiu que se o réu é coronel do serviço inativo, os juízes

¹⁶ *Do princípio da hierarquia militar para atuação do juiz temporário. Apud Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

¹⁷ *O princípio do juízo hierárquico e a reversibilidade de coronéis da reserva PM para o serviço ativo. Revista Direito Militar n. 45,* Florianópolis: AMAJME, 2004.

¹⁸ *Justiça Militar: a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 e a necessidade de composição hierárquica do Conselho de Justiça. Direito Militar. Doutrina e Aplicações.* Coordenadores: Dirceu Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa e Ronaldo João Roth. São Paulo: Elsevier, 2010, pp. 806-833.

¹⁹ STJ, 6ª Turma, HC 42.162/SP, relator Ministro Nilson Naves, julgado em 17.06.2008. No mesmo sentido, STJ, 5ª Turma, HC 41.217/MS, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 06.04.2006.

²⁰ LOBÃO, Célio. *Justiça Militar Estadual. Conselho Especial. Composição. Competência originária do TJ e TJM. Revista Direito Militar nº 86.* Florianópolis: AMAJME, novembro-dezembro de 2010, pp. 23-27.

militares que integram o Conselho Especial de Justiça devem ser coronéis do serviço ativo²¹.

Desta forma, para a Corte Castrense paulista, se o “réu é coronel PM do serviço inativo. Os Juízes Militares que integram o Conselho Especial de Justiça devem ser coronéis do serviço ativo. Se o réu é coronel PM do serviço ativo e não há número suficiente de coronéis mais antigos que aquele no serviço ativo para compor o Conselho Especial de Justiça. Reverte-se da reserva tantos coronéis quantos necessários com maior antiguidade”.

Ainda que observando as judiciosas ponderações existentes na defesa das duas teses, tentaremos construir nossa posição, independente, sempre lembrando que o direito é convencimento e, assim, deve prevalecer a força do argumento, e nunca o argumento da força, este último sempre de todo reprovável.

A primeira questão a ser então respondida é se o juízo hierárquico constitui-se em uma característica fundamental do Conselho Especial de Justiça ou se ele é apenas um princípio a ser observado por ocasião do sorteio.

A toda evidência, trata-se de um princípio informador, **incidente exatamente no sorteio do juiz militar**, como aliás nos informa Ronaldo Roth²², ou seja, para o militar integrar o Conselho de Justiça, **sua condição hierárquica deve ser superior ou mais antiga que a do réu.** (destacamos)

Todavia, uma vez formado e instalado o Conselho Especial de Justiça – que é um órgão colegiado da Justiça Militar –, desnecessário se torna a referencia a tal princípio, já que os órgãos judiciais não guardam nenhuma relação de hierarquia com os réus, nem muito menos com a corporação militar a que pertençam. O próprio princípio da inafastabilidade de acesso ao Judiciário exclui essa exagerada ilação.

A segunda questão implica em delimitar se existe relação de antiguidade

²¹ TJMSP, Procedimento Administrativo (ref. Proc. 35.871/03, 1ª Auditoria), relator Juiz Cel Lourival Costa Ramos, julgado em 12.05.2005.

²² ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003; p. 30.

entre os coronéis da ativa que irão formar o Conselho de Justiça e o coronel da reserva que estiver na condição de réu de um processo penal militar. Ora, uma leitura minuciosa no Estatuto dos Militares e também na legislação estadual similar, levará a inexorável conclusão que a antiguidade entre militares é uma situação que antecede a precedência. Com efeito, o artigo 17 do Estatuto assevera que “a **precedência** entre militares da **ativa** do mesmo grau hierárquico ou correspondente, **é assegurada pela antiguidade** no posto ou graduação, **salvo nos casos de precedência funcional** estabelecida em lei”. Ou seja, **o mais antigo precede o mais moderno**, todavia **esta antiguidade somente é verificável para os militares da ativa**.²³ (destacamos)

Sabe-se que a precedência funcional é uma exceção à antiguidade no posto ou graduação, ela deriva da lei, por exemplo, o Comandante-Geral da instituição militar estadual, será um oficial do último posto, de livre escolha do Governador do Estado, ainda que seja oficial mais moderno que os demais coronéis da ativa. Este coronel mais moderno, que é o Comandante-Geral da Polícia Militar ou Corpo de Bombeiro Militar terá precedência funcional sobre todos os demais, que passarão a lhe dever subordinação e obediência, enquanto perdurar sua permanência no cargo. Detentor da precedência funcional, no entanto, este coronel, continuará mais moderno que os outros!

Fora disso, a antiguidade, via de regra, com alguma variação entre a legislação federal e a estadual, é contada a partir da data da assinatura do ato da respectiva promoção, nomeação, declaração ou incorporação, salvo quando estiver taxativamente fixada outra data. Exemplo: ao ingressarem todos no curso de formação de oficiais da Academia Militar, na mesma data de matrícula, a antiguidade é estabelecida pela ordem de classificação dos alunos, classificação esta que se seguirá até a data do aspirantado, por conclusão de curso. Servirá para a primeira noção de antiguidade que o futuro oficial adquire, os primeiros

²³ No mesmo sentido, o art. 16, caput e § 1^a da Lei nº 6.652, de 30 de maio de 1979 (dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares das Polícias Militares dos Territórios Federais do Amapá, de Rondônia e de Roraima); artigo 13 da Lei 880 de 1985 (dispõe sobre o Estatuto dos Bombeiros-Militares do Estado do Rio de Janeiro); artigo 15 da lei nº 8.033 de 1975 (dispõe sobre o Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Goiás); e, artigo 17 da LEI Nº 6.218 de 1983 (dispõe sobre o Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Santa Catarina).

classificados são designados como comandantes dos pelotões de alunos, e, o 01 é o comandante de todo o Corpo. Nas salas de aulas, em cada turma, o mais antigo é o “xerife²⁴”. Decorrido o aspirantado, segue-se a promoção ao primeiro posto, agora nem sempre com data coincidente para todos, iniciam-se as ultrapassagens entre os oficiais, os mais modernos podem ser promovidos por merecimento na frente dos mais antigos, e deles tornarem-se, agora, superiores hierárquicos. A antiguidade inicial já não mais existe, ela será retomada a partir da data da promoção a cada novo posto.

Portanto, esta precedência decorrente da antiguidade não serve apenas para definir posições em solenidades ou formatura de acordo com o cerimonial, como se possa pensar, ela implica em atribuições específicas do superior hierárquico, *v.g.*, é o segundo oficial mais antigo da Unidade depois do comandante que deve assumir o subcomando da mesma; deve ser o mais antigo presente no local que tomará as providências emergenciais em caso de grave violação da disciplina, e, estas hipóteses destacam o conceito de superior previsto no artigo 24 do Código Penal Militar.

O coronel que se encontra na reserva remunerada não é mais antigo do que nenhum outro coronel da ativa, nem de nenhum outro coronel na mesma situação que a sua, ou pelo menos, esta circunstância não é levada em conta a não ser que ele seja convocado para o serviço ativo, quando, por óbvio, deixa de ser da reserva e passa a ser novamente da ativa, tendo sua antiguidade restabelecida²⁵.

O coronel reservista quando visita a antiga Unidade da qual foi comandante, será sempre recebido com respeito e deferência pelos seus antigos subordinados, mas não lhe colocam a guarda em forma para prestar continência, nem será anunciado pelo toque de clarim que identifica a chegada do Comandante, que é oficial da ativa e isto, por um motivo óbvio: o coronel da reserva não interfere mais na disciplina e hierarquia da corporação.

²⁴ aluno responsável pela turma.

²⁵ Art. 24 do CPM. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

Outro ponto a se considerar em relação à antiguidade é que, anualmente tanto as Forças Armadas como as Forças Auxiliares, publicam suas listas de antiguidade de oficiais, e essa classificação se refere apenas aos que estão na ativa, jamais se publicando lista de antiguidade de oficiais da reserva, porque eventual publicação de uma lista dessa natureza não teria finalidade legal alguma.

O coronel PM ou BM na reserva, não é mais antigo que ninguém e, o coronel PM ou BM que estiver na ativa sobre ele tem legítima e legal precedência para todo e qualquer ato próprio do exercício de comando, chefia ou direção, aliás, atributos para os quais o oficial é preparado ao longo de sua carreira, nos exatos termos do artigo 36 do Estatuto dos Militares.

Este conceito de antiguidade não é desconhecido da Justiça como possa parecer, visto que tanto em nível de Poder Judiciário como de Ministério Público, igualmente publicam, anualmente, suas lista de antiguidade daqueles seus membros que se encontram em atividade, nada se referindo aos aposentados.

Por isso, quando o § 3º do art. 17 do Estatuto dos Militares diz, com todas as letras, que em igualdade de posto ou graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade essa precedência inclui, inclusive a formação do Conselho Especial de Justiça.

A antiguidade que um coronel tenha na ativa é interrompida quando ele passa para a reserva (com 1, 2 ou 5 anos de coronelato) e, somente se ele for convocado novamente para a ativa, como a contagem da antiguidade é feita a partir data da promoção, é que ele voltará á ser o mais antigo. Esta antiguidade - que pode, em determinadas situações legais, ser reiniciada digamos assim - , somente seria admitida para a formação do Conselho Especial, em relação ao coronel da reserva que será revertido para a ativa para atuar temporariamente como juiz militar, jamais para o réu, que não precisa ser revertido para ser processado.

Reafirmamos novamente, que o fato da legislação militar asseverar que em igualdade de posto o militar da ativa tem precedência sobre o da reserva, não se resume a uma questão de cerimonial, mesmo porque, muitos coronéis da

reserva sequer vão (estão desobrigados) às solenidades onde essa precedência poderia ser exercida.

Sabe-se que somente o coronel da ativa é que poderá ser juiz militar temporário, portanto, a possibilidade de fazer parte do colegiado julgador independe do tempo de coronelato que possua, ao tempo do processo, em comparação com o réu da reserva.

Assim, conclui-se que a posição correta quanto à questão é a do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, tendo o Superior Tribunal de Justiça, com a devida vênia, laborado grave equívoco por ao menos duas vezes.

Adotando-se o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, ficaria inviabilizada a composição do Conselho se um dos quatro coronéis mais antigos da reserva fosse submetido a julgamento. Não há que se falar na convocação de oficiais reformados, porque estes estão definitivamente desobrigados do serviço militar, ou seja, não podem ser revertidos para a ativa, e de consequência, não podem ser juízes militares a integrar o Conselho Especial.

Conquanto longeva, sempre é bom lembrar da lição do Ministro Rocha Lagoa, do Supremo Tribunal Federal, quando, apreciando recurso extraordinário oposto contra decisão que julgou competente Conselho Especial formado por oficiais que tinham o mesmo posto do acusado, porém mais modernos, assentou em seu voto, corretamente, que **“dado o pequeno número de oficiais superiores na Polícia Militar de Minas Gerais, chegar-se-ia à impunidade do oficial mais antigo, por não existir outros de maior antiguidade para participar do Conselho Julgador caso se aceitasse a tese defendida pelo recorrente”**²⁶

Aliás, na época em que os generais (ultimo posto das Forças Armadas) eram julgados em 1º grau de jurisdição (isto durou até 1926), o então Código de Organização Judiciária e Processual Militar, previu, em seu art. 16, que **o Conselho de Justiça Militar compor-se-á do auditor e de quatro juízes militares de patente igual ou superior ao do acusado**, sendo que seu § 1º

²⁶ STF, 2ª Turma, RE 23.271, relator para o acórdão Ministro Hannemann Guimarães, julgado em 21.07.1953.

leccionava, de forma serena e firme, que **“a composição do Conselho para o processo e julgamento de generais obedecerá até onde for possível ao critério deste artigo. Faltando generais de patente ou antiguidade exigidas, o Conselho se formará com generais efetivos [da ativa] de qualquer patente ou antiguidade.”**²⁷

3.4. Réu é coronel da ativa do Corpo de Bombeiros e inexistente coronel Bombeiro mais antigo que ele.

Ao início da formação dos Estados brasileiros, os Corpos de Bombeiros Militares eram Unidades das Polícias Militares, delas fazendo parte. Posteriormente, aqueles passaram a se tornar independentes, sendo que, atualmente, somente nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Bahia, os Corpos de Bombeiros Militares ainda fazem parte da Polícia Militar.

Em nível constitucional, as polícias militares passaram a ser previstas em 1934, não havendo na Carta Magna, referência específica aos corpos de bombeiros militares, tendo essa situação perdurado até 1967, quando o texto constitucional passou a se referir, no mesmo dispositivo, tanto às polícias militares como aos corpos de bombeiros militares, ensejando a conclusão de que, ao menos constitucionalmente, seria essa Constituição, a autorizadora do desmembramento das corporações, assim chegando até os dias atuais.

Na legislação infraconstitucional, é de se lembrar da Lei nº 192 de 1936, que foi o primeiro diploma com a finalidade de reorganização, pelos Estados e pela União das forças auxiliares do Exército, e se referia apenas às polícias militares já que os corpos de bombeiros delas faziam parte. Posteriormente, o Decreto-Lei 667, de 1969, iria novamente tratar da reorganização das forças auxiliares, referindo-se então às polícias militares e aos corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, o que reforça a conclusão do parágrafo anterior.

Questão interessante ocorre nos Estados menores em que o Corpo de Bombeiros tenha sido desvinculado da Polícia Militar, nos quais é provável que

²⁷ Decreto 15.635, de 26.08.1922.

aquela instituição conte com limitado efetivo de bombeiros militares devido ao baixo contingente populacional do Estado. O mesmo pode ocorrer nos Estados em que o Corpo de Bombeiros tenha recentemente sido desvinculado da Polícia Militar, e o seu efetivo de oficiais coronéis, em razão dessa desvinculação, poderá ser reduzido.

Ambas as situações geram problemas no caso de um coronel do Corpo de Bombeiros (posto de maior superioridade hierárquica da Corporação) ser réu de uma ação penal, uma vez que dificilmente haverá, nessas instituições, número suficiente de coronéis mais antigos que o acusado, o que, já vimos, é necessário para a composição do Conselho Especial de Justiça que irá julgá-lo, segundo reza o princípio do juízo hierárquico.

Como solução deste impasse, entendemos que a formação do Conselho Especial de Justiça pode ser mista, isto é, os membros do órgão jurisdicional serão oriundos de ambas as Corporações Militares Estaduais. Tal entendimento encontra-se em conformidade com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, ao trazer alterações ao parágrafo 3º do artigo 125 da Constituição Federal²⁸, fez menção a um efetivo militar estadual único, sem distinção entre as instituições do Corpo de Bombeiros e da Polícia Militar. Ademais, sabe-se que os Corpos de Bombeiros eram anteriormente vinculados às Polícias Militares, como uma única Corporação.

Tais fatos permitem entender que não há problema algum em convocar-se o coronel da Polícia Militar para a formação do Conselho Especial de Justiça que irá julgar réu coronel Bombeiro Militar, visto que, antigamente e aos olhos da Constituição Federal, essas instituições eram e são vistas como um único efetivo militar estadual.

Desse modo, não havendo no Corpo de Bombeiros número suficiente de coronéis da ativa mais antigos que o réu para a formação do Conselho Especial

²⁸ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar **nos Estados em que o efetivo militar** seja superior a vinte mil integrantes

de Justiça, devem ser convocados tantos militares da Polícia Militar, nesta mesma condição, quanto bastem para a composição do órgão jurisdicional.

Por conseguinte, na hipótese de não existirem coronéis da ativa mais antigos que o réu na Polícia Militar, devem ser convocados os coronéis da reserva que possuam esta condição, primeiramente, do próprio Corpo de Bombeiros Militares e, caso não haja, da Polícia Militar, devendo todos, para o exercício da função jurisdicional, ser revertidos para a ativa.

Tal entendimento já foi citado em julgamento recente de um Tenente-Coronel Bombeiro Militar, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, *in verbis*:

*“(...) A autoridade coatora informou que a convocação de militares agregados e da reserva remunerada “deu-se necessariamente porque, à época. inexistiam na ativa do Corpo de Bombeiros Militares superiores ou. como mínimo, Oficiais mais antigos disponíveis do que o paciente” e, mais adiante, acrescenta que “o cenário nacional no marco da Justiça Militar, seja estadual ou federal, permite mais, Excelência. Sim, pois não havendo militar apto de maior posto ou mais antigo na Instituição Militar Bombeiro ou PM a que pertença o acusado, é possível, inclusive, ser utilizado militar da ativa ou não da instituição correlata, significando que. in specie. não sendo diagnosticados. oficiais BMs da ativa (agregados ou não) nem R/Rs BMs com patente superior ou mais antigo c171 relação ao imputado. autoriza-se a convocação de militares até mesmo da PM. (...)”.*²⁹

Salienta-se que, na Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado da Paraíba, enquadra-se a possibilidade de o réu do posto mais elevado do Corpo de Bombeiros ser julgado por oficiais da outra instituição militar estadual, no caso de não haver militar qualificado na própria Corporação, a saber:

Art. 194. Os Conselhos Especiais são compostos por quatro juízes militares, todos oficiais de postos não inferiores ao do acusado.
§ 3º Sendo o acusado do posto mais elevado da corporação, e nela não existindo oficial, ativo ou inativo, mais antigo que ele, o conselho especial será composto por oficiais que atendam ao requisito da hierarquia, embora pertencentes à outra instituição militar estadual.

Ainda, nos termos do § 4º do mesmo artigo, encontra-se prevista a possibilidade de “*não havendo, em qualquer das corporações, no posto mais*

²⁹ TJPB – HC nº 200.2004.020117-6/001. Rel. Des. Arnóbio Alves Teodósio. J. em 03/02/2011.

elevado, oficial, ativo ou inativo, mais antigo que o acusado, será este julgado pelo Tribunal de Justiça.”.

Esta possibilidade também encontra suporte no Código de Divisão e Organização Judiciárias de Santa Catarina³⁰, *in verbis*:

Art. 63. Na composição dos Conselhos de Justiça observar-se-á, no que for possível, o disposto no Código de Processo Penal Militar e na Organização Judiciária Militar da União.

§ 1º À falta de oficiais nas condições exigidas para exercer a função de juiz, a lista para o sorteio poderá ser organizada com completada com oficiais da reserva remunerada, de patente superior à do acusado, sendo os sorteados convocados para o serviço ativo com a exclusiva finalidade de compor o Conselho e pelo tempo de seu funcionamento.

§ 2º Se, apesar da providência prevista no parágrafo anterior, não for possível a constituição do conselho, o processo correrá perante o Tribunal de Justiça, na forma do que dispuser o seu Regimento Interno.

Em suma, acreditamos que o conteúdo das Leis de Organização e Divisão Judiciária dos Estados da Paraíba e de Santa Catarina, referente à formação do Conselho Especial de Justiça nos casos em que se apresenta impossibilidade de formação do Conselho julgador, é um modelo a ser seguido pelas outras unidades federativas, como forma, principalmente de se evitar a procrastinação dos feitos e o favorecimento à impunidade.

3.5. Um ou mais juízes militares ocupam as funções do parágrafo 3º do artigo 19 da Lei de Organização Judiciária Militar (Lei nº 8.457 de 4 de setembro 1992)

A Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJMU) elenca, no parágrafo 3º de seu artigo 19, uma inexigibilidade em razão de funções exercidas por oficiais a qual, em tese, não permitiria que seus nomes fossem incluídos na relação de oficiais que a autoridade militar encaminha ao Auditor para o sorteio dos Juízes Militares a fim de compor Conselho de Justiça, Especial ou Permanente. São elas:

Art. 19. Para efeito de composição dos conselhos de que trata o artigo anterior, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço

³⁰ Lei estadual 5.624, de 09.11.1979, e posteriores alterações.

ativo, com respectivos posto, antiguidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao Juiz-Auditor competente.

§ 3º A relação não incluirá:

- a) os oficiais dos Gabinetes dos Ministros de Estado;
- b) os oficiais agregados;
- c) os comandantes, diretores ou chefes, professores instrutores e alunos de escolas, institutos, academias, centros e cursos de formação, especialização, aperfeiçoamento, Estado-Maior e altos estudos;
- d) na Marinha: os Almirantes-de-Esquadra e oficiais que sirvam em seus gabinetes, os Comandantes de Distrito Naval e de Comando Naval, o Vice-Chefe do Estado-Maior da Armada, o Chefe do Estado-Maior do Comando de Operações Navais e os oficiais embarcados na tropa, em condições de, efetivamente, participar de atividades operativas programadas para o trimestre;
- e) no Exército: os Generais-de-Exército, Generais Comandantes de Divisão de Exército e de Região Militar, bem como os respectivos Chefes de Estado-Maior ou de Gabinete e oficiais do Estado-Maior Pessoal;
- f) na Aeronáutica: os Tenentes-Brigadeiros, bem como seus Chefes de Estado-Maior ou de Gabinete, Assistente e Ajudantes-de-Ordens, ou Vice-Chefe e o Subchefe do Estado-Maior da Aeronáutica.

Nesse sentido, hipótese excepcional que gera controvérsia é a de um oficial, que exerça uma das funções desobrigadas acima enumeradas, ser sorteado para compor o Conselho de Justiça e aceitar o encargo. Discute-se se tal fato geraria prejuízo à defesa do réu julgado por aquele Conselho, uma vez que formado por oficial legalmente desobrigado para o exercício da função jurisdicional.

Entendemos que, de fato, o oficial desobrigado, em princípio, não deveria fazer parte da relação de militares encaminhada para o sorteio de composição do Conselho de Justiça, mas, caso seja sorteado e não declinar a incumbência, isto não constitui, de forma alguma, prejuízo à defesa ou à parcialidade do julgamento. Isso, porque a não inclusão, no sorteio, de oficiais que exerçam as funções acima elencadas constitui uma prerrogativa destes, e não um privilégio da pessoa que será julgada. Por isso, não há motivo algum para invalidação do julgamento em que atuar oficial, em tese, desobrigado funcionalmente de ser Juiz militar.

Este foi o entendimento exarado em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba³¹ no ano passado:

HABEAS CORPUS. JUSTIÇA MILITAR. Conselho Especial de Justiça. Incompetência. Juízes militares impedidos. Art. 19, §3º, da Lei 8457/92: Prerrogativa de quem ocupa os cargos aí elencados de não serem incluídos no sorteio para compor o Conselho de Justiça, e não um privilégio de quem será julgado. Convocação de militares agregados ou da reserva para compor o Conselho Especial de Justiça. Excepcionalidade. Ausência de militares de maior posto ou de maior antiguidade que o paciente. Arguição da nulidade. Arts. 128 e seguintes do CPPM. Momento inoportuno. Sentença transitada em julgado. Nulidade relativa. Matéria preclusa. Denegação da ordem.

- A composição do Conselho Especial de Justiça em desacordo com o art. 19 da Lei 8457/92, foi excepcionalidade, pois o paciente possui uma das mais altas patentes do Corpo de Bombeiros e, na época em que fora julgado, não haviam na ativa militares de maior posto ou mais antigos que não estivessem dentro da relação contida no parágrafo terceiro do referido artigo. Por razões óbvias, também não poderia ser julgado por militares de postos inferiores, sendo mais racional e lógico que o fosse por oficiais superiores, ainda que agregados ou da reserva

- O impedimento gerado pelo art. 19 da Lei 8.457/92 não tem como finalidade garantir julgamento imparcial do acusado, mas, é entendido como uma prerrogativa de quem ocupa os cargos nele elencados de não serem incluídos no sorteio para formação do Conselho Especial de Justiça, e não como um privilégio de quem será julgado.

- Nos termos dos arts. 128 e seguintes do CPPM, a alegação de incompetência dos juízes militares sorteados para formação do Conselho Especial de Justiça deve ser arguida em momento oportuno, sob pena de preclusão. *In casu*, tendo em vista que o paciente não interpôs a exceção de impedimento e que a sentença que o condenou resta transitada em julgado, o ato ora questionado está validado.

Essa também é a linha de entendimento exarado em decisão proferida em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná³² no ano de 2001, que, além de tratar das hipóteses de desobrigação previstas no parágrafo 3º do artigo 19 da LOJMU como prerrogativa dos oficiais que nelas se enquadrem, defende a inaplicabilidade do dispositivo da LOJMU na Justiça Militar Estadual, tendo em vista que o reduzido número de oficiais-coronéis da ativa nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros inviabilizaria a composição do Conselho Especial para julgamento de militar do mesmo posto. Abaixo, segue a ementa do referido

³¹ TJPB – HC nº 200.2004.020117-6/001. Rel. Des. Arnóbio Alves Teodósio. J. em 03/02/2011.

³² TJPR - 2ª C.Criminal - CPC 101717-6 - Curitiba - Rel.: Telmo Cherem - J. 15.03.2001; íntegra do acórdão disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1372661/Acórdão-101717-6#>

acórdão:

JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL - CONSELHO ESPECIAL - COMPOSIÇÃO. O art. 19, §3º, 'c', da Lei Federal nº 8.457/92, não contempla hipóteses de impedimentos para a composição de Conselho Especial da Justiça Militar, mas apenas prescrição às autoridades militares para que os oficiais nele mencionados sejam, em razão de funções que exercem e no interesse da administração militar, excluídos da lista a ser trimestralmente encaminhada à Justiça Castrense. Por outro lado, sua aplicação à Justiça Militar Estadual inviabilizaria, dado o reduzido número de oficiais-coronéis em serviço ativo na Polícia Militar do Estado, a formação de Conselho Especial para o julgamento de oficial do mesmo posto. (TJPR - 2ª C.Criminal - CPC 101717-6 - Curitiba - Rel.: Telmo Cherem - J. 15.03.2001)

Ainda, a respeito desta compreensão, o ilustre Des. Telmo Cherem, relator do acórdão supracitado, discorreu didaticamente em seu relatório:

(...) A exegese sistemática deste último dispositivo permite concluir que o legislador não pretendeu estabelecer, ali, fatores impeditivos do excepcional exercício da jurisdição pelos militares que ocupam as funções nele mencionadas. Ao revés, a lei apenas prescreve aos comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional que não incluam na lista trimestral certos subordinados, em razão de encargos que transitoriamente ocupam e que poderiam ser eventualmente prejudicados pelo exercício da atividade judicial-militar. Não significa, todavia, que, acaso tais militares venham a integrar Conselho Especial, os julgamentos possam ser invalidados - a norma está claramente predisposta para a preservação da administração militar e dirige-se aos encarregados da elaboração das listas trimestrais, não para preservar a isenção dos julgamentos da Justiça Militar, que não poderia restar afetada tão-só pela participação no Conselho Especial de, v.g., um oficial diretor, professor ou instrutor de instituto militar de ensino.

Outrossim, a norma, a teor do que dispõe o art. 56 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná, não pode ter aplicação à Justiça Militar Estadual, em face da peculiar situação dos quadros da Corporação.

A Lei Federal limita, como se viu, a composição da lista trimestral a ser fornecida à Justiça Militar, dela excluindo aqueles que exercem as funções que menciona, porque expressivo o contingente de oficiais que integram as três Armas e que podem, sem sacrifício das funções fundamentais, exercer a atividade jurisdicional.

No âmbito estadual, porém, cingir-se aos seus limites é, em última análise, inviabilizar o exercício da atividade judicial-militar, porquanto o contingente de oficiais é, em termos comparativos, sobremaneira reduzido, estando eles, ordinariamente, a ocupar uma daquelas funções que recomendam evitar sobrecarregá-los com a participação em Conselhos Especiais.(...).

Assim, ao encontro da compreensão jurisprudencial citada, entendemos que não há vício algum no julgamento em que atuar, como Juiz Militar, um oficial

desobrigado do exercício jurisdicional por força do parágrafo 3º do artigo 19 da LOJMU. Tal norma, além de se referir à prerrogativa do oficial de poder se eximir do exercício da função judicante caso chamado para tal, também se constitui em uma recomendação, aos encarregados da elaboração da lista para o sorteio de formação do Conselho de Justiça, de não o incluir nesta relação. Em nível de Estados e Distrito Federal, como se sabe, a LOJMU será aplicada naquilo que não confrontar com a disciplina e organização judiciária local.

3.6 Necessidade ou não de reversão do coronel da Reserva convocado para o serviço ativo para atuar como Juiz Militar

Sabe-se que somente o coronel da ativa poderá ser Juiz Militar temporário. Mas, nos casos em que não houver Oficiais na ativa em número suficiente para a formação do Órgão Julgador, as Leis de Organização Judiciária dos Estados³³ autorizam a reversão dos militares da reserva para a ativa, em observância ao princípio do juízo hierárquico.

A LOJMU não indica solução para este caso, porque, em nível federal, os oficiais do último posto (generais) são processados e julgados pelo Superior Tribunal Militar.

Entretanto, naqueles Estados onde a Lei de Organização Judiciária apenas prevê a aplicação, no que couber, da Legislação Judiciária Militar Federal, a previsão legal não atende satisfatoriamente a questão. Exemplificativamente, no Estado do Espírito Santo, o art. 79 do Código de Organização Judiciária fixou expressamente que, na formação do Conselho Militar, observar-se-á, no que for aplicável, a Lei de Organização Judiciária Militar da União, sem declarar, textualmente, a necessidade de convocação e reversão para a ativa dos oficiais sorteados³⁴. No mesmo sentido, o art. 45, do

³³ Nesse sentido: art. 63, §1º do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina; Na Paraíba, artigo 194, parágrafo 2º, da Lei de Organização Judiciária do Estado.

³⁴ Lei complementar 234/2002, e alterações até 03.08.2011.

Código de Divisão e Organização Judiciárias do Paraná³⁵.

Sabe-se que a carreira militar é cheia de peculiaridades que a identificam, portanto, ainda que ausente de previsão na Legislação da Organização Judiciária local, não resta qualquer dúvida que a possibilidade de convocação e posterior reversão de militares da reserva remunerada para o serviço, é um ato eminentemente administrativo, e, com certeza, haverá de estar previsto na legislação específica de cada Corporação. Também não se ignora que o legislador brasileiro é pródigo em redações defeituosas em nossos diplomas legais.

Sabe-se que a Justiça Militar do Espírito Santo, esta questão tem atormentado os julgadores já que não existe norma expressa tratando da convocação e reversão para a ativa dos oficiais que irão participar dos Conselhos de Justiça³⁶. Para equacioná-la há que se recorrer, à toda evidência, ao Estatuto da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo³⁷, que no inciso I, letra 'b', do seu artigo 3º, dispõe que os policiais militares encontram-se na reserva remunerada, quando pertencem à reserva da polícia militar e percebem remuneração do Estado, porém **sujeitos, ainda, a prestar serviços na ativa mediante convocação**. Já no artigo. 92 do Estatuto, ficou estabelecido que o oficial da reserva remunerada poderá ser convocado para o serviço ativo por ato do Governador do Estado para compor o Conselho de Justificação, para ser encarregado de Inquérito Policial Militar ou incumbido de outros procedimentos administrativos, na falta de oficial da ativa em situação hierárquica compatível com a do oficial envolvido.

A omissão legal, no artigo. 92, quanto à possibilidade de convocação para ser juiz militar não pode constituir óbice para o bom andamento da Justiça, mesmo porque o próprio artigo 3º antes referido prescreve, claramente, que **a convocação será para prestar serviços na ativa**, hipótese que abarca, com certeza, a de atuação como juiz militar por tempo determinado.

Pelo §1º, o oficial convocado nos termos deste artigo terá os direitos e

³⁵ Lei Estadual 14.277, de 30.12.2003, atualizado até a Lei 16.887, de 26.07.2011.

³⁶ Conferir Processo n. 0003028-90.2009.8.08.0024 (024.09.003028-9).

³⁷ Lei Estadual 3.196, de 09.01.1978.

deveres dos da ativa de igual situação hierárquica, exceto quanto à promoção, a que não concorrerá, e contará como acréscimo esse tempo de serviço.

Já o §2º assevera que a convocação de que trata este artigo, **terá a duração necessária ao cumprimento da atividade que a ela deu origem, não devendo ser superior ao prazo de 12 (doze) meses**, dependerá da anuência do convocado e será precedida de inspeção de saúde. (grifamos)

Já em São Paulo, a Polícia Militar possui o Decreto-lei Nº 260, de 29 de maio de 1970, o qual dispõe sobre a inatividade dos componentes da Polícia Militar do Estado. Seu art. 26, de entendimento cristalino, equaciona a questão:

*Artigo 26 - Os Oficiais da reserva **remunerada poderão ser revertidos ao serviço ativo**, por ato do Governador:*

I - em casos de guerra de comoção intestinal e de calamidade pública;

*II - **por convocação da Justiça Militar**;*

III - para instauração de inquéritos policiais-militares;

IV - para integrar comissões especiais ou exercer funções técnicas e especializadas, por tempo não superior a 12 (doze) meses e que não possam ser desempenhadas por Oficiais da ativa por impedimento legal ou estatutário.

*§ 1.º - **Os Oficiais convocados terão os direitos e deveres dos da ativa, em igual situação hierárquica, e contarão como acréscimo esse tempo de serviço.***

*§ 2.º - **A convocação será precedida de inspeção médica.***

Assim, nos parece perfeitamente claro que para que os oficiais da reserva remunerada possam constituir o Conselho Especial de Justiça, uma vez sorteados e convocados, necessariamente deverão ser revertidos ao serviço ativo, por ato do Governador do Estado, não se podendo aceitar que sejam apenas convocados e aceitem a convocação (chamamento).

É de se destacar o rito adotado no Estado de São Paulo, que serve de modelo para qualquer unidade da Federação: com base na denúncia, verifica-se quais são os militares (prováveis juízes militares), da ativa, do mesmo posto e mais antigos que o acusado, o que atualmente se faz por meio de um atual sistema informatizado de que dispõe a JME/SP (que apenas indica oficiais da ativa). Diante da insuficiência de Coronéis nesta condição, requisita-se, à Polícia ou Corpo de Bombeiros Militares, a indicação de militares, da reserva, deste posto e mais antigos que o réu. Preenchido o requisito numérico, realiza-se o

sorteio de oficiais para a composição do Conselho Especial de Justiça. Após, o Juiz-Auditor determina à corporação que reverta para o serviço ativo os Coronéis da reserva sorteados, o que ocorre depois de serem considerados aptos pela inspeção de saúde, por meio de ato do Governador.

Trocando em miúdos, uma vez sorteados os oficiais que irão compor o Conselho de Justiça (já superadas eventuais declarações de impedimento ou suspeição), o Juiz de Direito do juízo militar estadual determina à Corporação que proceda a reversão, para o serviço ativo, dos militares da reserva sorteados. Lembre-se que o sorteio dos juízes militares destinado a compor o Conselho Especial é um procedimento judicial e a determinação emanada para a reversão tem a natureza de ordem judicial e, por isso, deve ser cumprida sob pena de responsabilidade.

Despicienda a discussão em se a reversão ao serviço ativo do coronel da reserva remunerada deve ser feita antes ou depois do sorteio e convocação. A toda evidência essa reversão para a ativa com a finalidade específica de ser juiz militar temporário, por ato do Governador, será o ato final do procedimento.

Ora, não resta dúvida que a composição do Conselho Especial quando o coronel da ativa for o mais antigo, ou inexistam oficiais na ativa mais antigos que ele é uma situação excepcional. A lista de oficiais para o sorteio refere-se, à toda evidência, aos oficiais da ativa, e, nesta situação, a Corporação não os tem em número suficiente.

Não se pode olvidar que o oficial da reserva sorteado pode, como qualquer outro da ativa na mesma situação, arguir as hipóteses legais de impedimento ou suspeição, por isso ele será primeiro sorteado (necessidade de se determinar quem irá compor o Conselho), e depois convocado pela Justiça Militar, com a conseqüente ordem judicial para sua reversão ao serviço ativo.

Sendo a reversão para o serviço ativo um procedimento administrativo complexo, que envolve submissão a exames de saúde, pagamento das vantagens financeiras decorrentes da convocação, atualização em seu tempo de serviço, lotação provisória (ou agregação) do oficial em alguma seção da Corporação enquanto durar o processo, fica muito difícil aceitar-se que sejam

então, vários oficiais convocados e revertidos para o serviço ativo, apenas e tão - somente para a realização do sorteio, em um dispendioso procedimento que não tem nenhuma razão de ser. Sequer se pode dizer que o coronel da reserva é civil, porque esta afirmação não tem nenhum amparo legal. Coronel da reserva remunerada não é civil. O conceito de militar da ativa e de militar da inatividade, previsto no Estatuto dos Militares e nos diplomas estaduais similares afastam esta esdrúxula conclusão. Apenas o oficial da reserva não remunerada, sem nenhuma obrigação com a corporação, é civil. Desta forma, o oficial da reserva remunerada (que percebe proventos do Estado e que pode ser convocado para o serviço ativo) é exatamente isso: oficial da reserva remunerada, simples.

4. JUIZ MILITAR INVESTIDO IRREGULARMENTE GERA NULIDADE NO PROCESSO?

Todas as hipóteses capazes de gerar controvérsias na constituição do Conselho Especial de Justiça revelam uma irregularidade no órgão julgador. Discute-se se essas irregularidades se caracterizariam em nulidade e, se estariam a ofender o princípio do juiz natural, que tem suporte constitucional (CF, art 5º, LXIII e XXXVII).

Primeiramente, não há que se falar em violação ao princípio do juiz natural porque este, no processo penal militar é o Conselho de Justiça, e não cada um dos juízes militares individualmente considerados. Os juízes militares são juízes apenas enquanto integram o colegiado, que é o órgão judicial constitucionalmente previsto como primeiro grau da Justiça Militar.

O Código de Processo Penal Militar previu, expressamente, a hipótese de juiz irregularmente investido, tanto que seu art. 509 declara que a sentença proferida pelo Conselho de Justiça com juiz irregularmente investido, não anula o processo, salvo se a maioria se constituir com o seu voto.

A verificação é simples. Ainda que um dos militares integrantes do Conselho tenha a ele se integrado de forma irregular, p.ex., por ser um coronel mais moderno que o réu coronel da ativa, a sentença somente anulará o processo se o voto do juiz militar impedido for decisivo para constituir a decisão.

Se a condenação for por unanimidade, não há que se falar em anulação, porque, subtraindo o voto do juiz militar irregular, sobrariam 4 votos condenado, e a situação do acusado não sofreria alteração.

Todavia, se o julgamento teve 3 votos a favor da condenação e 2 pela absolvição, e, se o juiz militar impedido votou pela condenação, o processo será ³⁸anulado visto que seu voto constituiu a maioria condenatória. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no HC 41.207, do Mato Grosso do Sul. Ainda que em nosso entender, e com a devida vênia, o Tribunal tenha se equivocado na consideração da antiguidade entre um dos juízes militares do Conselho e o réu, ambos coronéis da reserva, posto que sendo o acusado inativo bastaria sortear o Conselho entre os coronéis da ativa, quanto ao alcance do art. 509 do CPPM, o STJ deu a correta interpretação pois o voto do juiz militar questionado, efetivamente constituiu a maioria condenatória.

Em outra oportunidade, guardadas as devidas proporções, a 2ª Seção do STJ, decidiu, em questão de natureza cível, que não se anula julgamento do qual participou ministro impedido, se o voto dele não foi determinante para a apuração do julgamento.³⁹

5. CONCLUSÃO

5.1. Parece não restar dúvidas que o chamado *princípio do juízo hierárquico* é um princípio específico do processo penal militar. A toda evidência, trata-se de um princípio informador, **incidente exatamente no sorteio do juiz militar**, ou seja, para o oficial integrar o Conselho de Justiça, **sua condição hierárquica deve ser superior ou mais antiga que a do réu.**

Todavia, uma vez formado e instalado o Conselho Especial de Justiça – que é um órgão colegiado da Justiça Militar –, desnecessário se torna a referencia a tal princípio, já que os órgãos judiciais não guardam nenhuma relação de hierarquia com os réus, nem muito menos com a corporação militar a

³⁸ Código de Processo Penal Interpretado, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1997, p.697.

³⁹ STJ, 2ª Seção, Embargos de Divergência em REsp 1.008.792/RJ, relatora Ministra

que pertençam. O próprio princípio da inafastabilidade de acesso ao Judiciário exclui essa exagerada ilação.

5.2. No direito penal militar brasileiro, é possível identificar em relação às mais altas autoridades militares, privilégio de julgamento nos crimes militares, em razão da prerrogativa de função e do posto.

É exemplo de foro por prerrogativa da função fixado pela Constituição Federal, para agentes militares, a competência de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns⁴⁰ e nos crimes de responsabilidade, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, inciso I, da Constituição Federal (artigo 102, inciso I, letra 'c', da Constituição Federal). A prerrogativa é da função: função de Comandante de qualquer uma das Forças Armadas.

Em nível estadual, desde que a Constituição do Estado preveja, poderá ser prevista a prerrogativa de função do Comandante-Geral de suas instituições militares (CF, art. 125, § 1º).

Também se apresenta como prerrogativa da função, prevista na lei infraconstitucional para o tempo de guerra, o processo e julgamento do oficial Comandante do Teatro de Operações perante o Superior Tribunal Militar, condicionada, entretanto, a ação penal militar à requisição do Presidente da República.

Já o foro privilegiado por prerrogativa de posto tem uma característica singular que o diferencia da prerrogativa da função: ele é deferido em razão da posição que o agente (um oficial) ocupa na escala hierárquica militar.

A competência por prerrogativa de posto (em favor de oficiais gerais) não é uma espécie da prerrogativa de função. São coisas bem distintas o posto (posição hierárquica que até se confunde com o cargo quando ele é privativo de determinado posto) e a função exercida pelo agente. A competência por prerrogativa de posto é uma competência singular, que não encontra identidade em local algum da Constituição, sendo prevista apenas pela Lei de Organização

Nancy Andrighi, julgado em 09.02.2011.

⁴⁰ Nos crimes comuns a que se refere a Constituição, incluem-se todos e quaisquer delitos da jurisdição penal ordinária ou da jurisdição penal militar (STF - HC 41.296/DF).

Judiciária Militar da União (artigo 6º, inciso I, alínea “a”), o que causa certa perplexidade, convenhamos, e indicia a inconstitucionalidade frente ao modelo adotado pela nossa Carta Magna.

Ainda, é possível encontrar, igualmente, uma competência distinta da prerrogativa de função ou de posto, de modo a deslocar o processo e o julgamento para o Tribunal de Justiça. Seria o que convencionamos chamar de **competência em razão da dificuldade de composição do Conselho Especial**, solução adotada tanto em Santa Catarina como na Paraíba.

Esta competência, criada com base nas leis de organização judiciárias estaduais, prevê que, na composição dos Conselhos de Justiça, observar-se-á, no que for possível, o disposto no Código de Processo Penal Militar e na Organização Judiciária Militar da União. Utiliza-se, primeiramente, a lista dos oficiais da ativa em condições de concorrer ao sorteio.

Todavia, à falta de oficiais nas condições exigidas para exercer a função de juiz, a lista para o sorteio poderá ser organizada ou completada com oficiais da reserva remunerada de patente superior à do acusado, sendo os sorteados convocados para o serviço ativo com a exclusiva finalidade de compor o conselho e pelo tempo de seu funcionamento.

Se apesar da providência prevista no parágrafo anterior, não for possível a constituição do Conselho, o processo correrá perante o Tribunal de Justiça na forma que dispuser o seu Regimento Interno.

5.3. Quando o réu for Comandante-Geral da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar, será processado e julgado perante o Tribunal de Justiça se houver previsão de foro privilegiado na Constituição Estadual. Neste caso, não há que falar em princípio do juízo hierárquico com relação ao réu, uma vez que este será processado e julgado por Desembargadores: prerrogativa de função!

Não existindo previsão de foro privilegiado para o Comandante-Geral na Constituição do Estado, ele deverá ser processado e julgado no 1º grau da Justiça Militar Estadual, devendo ser observado o princípio do juízo hierárquico por ocasião do sorteio para a composição do Conselho Especial de Justiça.

5.4. Sendo o réu coronel em atividade, pode ocorrer que não haja

coronel na ativa com antiguidade superior à sua para compor o Conselho de Justiça que irá julgá-lo. Ora, o órgão jurisdicional deverá ser formado por militares de igual posto, isto é, coronéis, mais antigos que o réu, consoante o princípio do juízo hierárquico que informa o sorteio dos juízes militares.

Na hipótese de não haver coronel da ativa mais antigo que o réu, deve-se reverter tantos coronéis da reserva quanto bastem para a formação do Conselho Especial de Justiça. Esta hipótese não apresenta maiores dificuldades, e independe do tempo de coronelato que o coronel convocado ostente na reserva pois **o critério legal para a verificação inicial da antiguidade é o da data da promoção ao último posto contada até a data em que se pretende verificar a referida antiguidade.**

5.5. Sendo o réu coronel na inatividade – hipótese, diga-se de passagem – geradora de conflitos, entendemos que a posição acertada é a do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo: **se o réu é coronel do serviço inativo (da reserva remunerada ou reformado), os Juízes Militares que integram o Conselho Especial de Justiça devem ser coronéis do serviço ativo, já que, em igualdade de posto, os oficiais da ativa têm precedência legal sobre os inativos.**

Quando o § 3º do art. 17 do Estatuto dos Militares (e com ele os diplomas legais estaduais) diz, com todas as letras, que em igualdade de posto ou graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade essa precedência inclui, inclusive a formação do Conselho Especial de Justiça.

O coronel que se encontra na reserva remunerada não é mais antigo do que nenhum outro coronel da ativa, nem de nenhum outro coronel na mesma situação que a sua, ou pelo menos, esta circunstância não é levada em conta a não ser que ele seja convocado para o serviço ativo, quando, por óbvio, deixa de ser da reserva e passa a ser novamente da ativa, tendo sua antiguidade restabelecida.

E isto porque somente o coronel da ativa é que pode ser juiz militar temporário. **Lembre-se, o coronel da reserva não precisa ser revertido ao serviço ativo para ser processado!**

5.6. Quando o réu é do mais alto posto hierárquico em atividade no Corpo de Bombeiros e inexistente coronel mais antigo que ele em número suficiente na ativa, entendemos que a formação do Conselho Especial de Justiça pode ser mista, isto é, os membros do órgão jurisdicional serão oriundos de ambas as Corporações Militares Estaduais. Tal entendimento encontra-se em conformidade com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, ao trazer alterações ao parágrafo 3º do artigo 125 da Constituição Federal, fez menção a um efetivo militar estadual único, sem distinção entre as instituições do Corpo de Bombeiros e da Polícia Militar. Ademais, sabe-se que os Corpos de Bombeiros eram anteriormente vinculados às Polícias Militares, como uma única Corporação.

Desse modo, não havendo no Corpo de Bombeiros número suficiente de Coronéis da ativa mais antigos que o réu para a formação do Conselho Especial de Justiça, devem ser convocados tantos militares da Polícia Militar, nesta mesma condição, quanto bastem para a composição do órgão jurisdicional.

Por conseguinte, na hipótese de não existirem Coronéis da ativa mais antigos que o réu na Polícia Militar, devem ser convocados os Coronéis da reserva que possuam esta condição, primeiramente, do próprio Corpo de Bombeiros Militares e, caso não haja, da Polícia Militar, devendo todos, para o exercício da função jurisdicional, ser revertidos para a ativa.

5.7. Nos casos em que o Conselho de Justiça vier a ser constituído por um oficial que estiver desobrigado por força do § 3º, do art. 19, da Lei nº 8457/92 – LOJMU, entendemos que o impedimento gerado pelo dispositivo em questão não tem, como finalidade, garantir um julgamento imparcial do acusado, mas é, entendido como uma prerrogativa de quem ocupa os cargos nele elencados de não serem incluídos no sorteio para a formação do Conselho Especial de Justiça.

Não se trata, portanto, de privilégio ou garantia daquele que será julgado. **A norma do § 3º, do art. 19, da LOJMU, constitui-se em prerrogativa do oficial ocupante do cargo, de poder se eximir do exercício da função judicante caso chamado para tal, além de se constituir, igualmente, em**

uma recomendação, aos encarregados da elaboração da lista para o sorteio, de não o incluir nesta relação.

5.8. Finalmente, existe uma obrigatoriedade de reversão do Coronel da reserva convocado para composição do Conselho Especial de Justiça.

Sabe-se que somente o Coronel da ativa poderá ser Juiz Militar temporário. Mas, nos casos em que não houver Oficiais na ativa em número suficiente para a formação do Órgão Julgador, as Leis de Organização Judiciária dos Estados autorizam a reversão dos militares da reserva para a ativa, em observância ao princípio do juízo hierárquico.

Com base na denúncia, o juiz de direito do juízo militar verifica quais são os militares (prováveis juízes militares), da ativa, do mesmo posto e mais antigos que o acusado. Diante da insuficiência de Coronéis nesta condição, requisita-se, à Polícia ou Corpo de Bombeiros Militares, a indicação de militares, da reserva, deste posto e mais antigos que o réu. Preenchido o requisito numérico, realiza-se o sorteio de oficiais para a composição do Conselho Especial de Justiça. Após, o Juiz-Auditor determina à corporação que reverta para o serviço ativo os Coronéis da reserva sorteados, o que ocorre depois de serem considerados aptos pela inspeção de saúde, por meio de ato do Governador.

Lembre-se que o sorteio dos juízes militares destinado a compor o Conselho Especial é um procedimento judicial e a determinação emanada para a reversão tem a natureza de ordem judicial e, por isso, deve ser cumprida sob pena de responsabilidade.

5.9. Nos termos do art. 509 do CPPM, a sentença proferida pelo Conselho de Justiça com juiz irregularmente investido, não anula o processo, salvo se a maioria se constituir com o seu voto.