

Processo de Justificação de oficiais militares perante o Tribunal competente: rito não recepcionado e necessidade de se dar um tratamento conforme a Constituição Federal

Jorge Cesar de Assis¹

Em julgamento ocorrido em data de 08 de junho de 2016, o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, rejeitou Representação no Interesse da Justiça Militar, onde o membro de primeiro grau do Ministério Público Militar, propôs alteração do Regimento Interno da Corte, com o fito de que, quando do início do Conselho de Justificação em sua fase judicial, houvesse a participação do Ministério Público para iniciar aquele procedimento, já que da forma como se encontra atualmente o julgamento do Conselho de Justificação enquanto na Corte é um processo sem autor².

Ao rejeitar o pedido, a Corte asseverou [e isso constou da ementa do acórdão], que a Lei nº 5.836/72 estabelece um processo de natureza especial, destinado a avaliar a capacidade de permanência na ativa do Oficial. Disse ainda que o Conselho de Justificação é um processo híbrido, pois se inicia na respectiva Força Armada a qual pertence o militar e finda no Superior Tribunal Militar.

Asseverou ser inexistente, para iniciar a fase judicial do Conselho de Justificação no STM, a representação do MPM, uma vez que tal medida é ofensiva ao princípio da legalidade, além de minimizar a natureza jurídica do Conselho de Justificação.

Por fim concluiu que a remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força é mero expediente administrativo, que não constitui qualquer ofensa às prerrogativas constitucionais do Ministério Público, pois não se trata de Ação Penal.

Com a devida vênia, entendemos que o Superior Tribunal Militar não deu a melhor solução à proposta, como aliás será demonstrado na sequência.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO³

¹ Advogado inscrito na OAB-PR. Oficial da Reserva Não Remunerada da Polícia Militar do Paraná. Integrou o Ministério Público Paranaense, de 1995 a 1999. Atuou como Promotor da Justiça Militar da União, de 1999-2016. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM, sendo dela Secretário-Geral Adjunto. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Articulista e palestrante assíduo. Autor de várias obras sobre Direito Militar.

² STM, **Representação no interesse da Justiça Militar nº 130-12.2014.7.00.0000/RS**, relator Min. José Barroso Filho, autuada em 02.09.2014, julgada em 08.06.2016.

³ Já de algum tempo nos dedicamos ao tema, a propósito, *Artigos: A declaração de indignidade e de incompatibilidade para com o oficialato e a conseqüente declaração da perda do posto e da patente*, Florianópolis: **Revista Direito Militar** nº 11, 1998, pp. 32-34; *A condenação pelo crime de tortura e a perda da função pública do militar estadual*, Florianópolis: **Revista Direito Militar** nº 42, 2003, pp. 30-32 *Considerações sobre o processo especial militar do Conselho de Justificação e os equívocos dos tribunais superiores quanto à sua natureza*, São Paulo: **Revista dos Tribunais** nº 826, 2004, pp. 446-465; *Legitimidade para promoção do processo originário do Conselho de Justificação perante o Tribunal competente*, Belo Horizonte: **Revista de Estudos e Informações** nº 32, 2012, pp.37-39. *Livros: Direito Militar, aspectos penais, processuais penais e administrativos, 3ª edição*, Capítulo VI, *A declaração de indignidade e de incompatibilidade para com o oficialato e a conseqüente declaração da perda do posto e da patente*, Curitiba: Juruá, 2012; *Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo, 4ª edição*, Unidade VI – dos processos administrativos em espécie (CJ, CD e PAD), Curitiba: Juruá, 2013.

A Lei 5.836/72 prevê o processo especial do Conselho de Justificação, destinado a julgar da incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.⁴

Dentre as hipóteses de desfecho do Conselho de Justificação no seio da Administração Militar, uma delas é a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar, desde que aventada a possibilidade daquele oficial justificante ser declarado indigno ou incompatível com o oficialato (Lei 5.836/72, art. 13, V), isto porque a Constituição Federal prevê, como condição *sine qua non* para a perda do posto e patente, a já aludida declaração (CF, art. 142, § 3º, VI).

É de se anotar⁵, todavia, que o Constituinte de 1988 não foi muito feliz no trato do tema perda do posto e patente, copiando, inclusive, o texto anterior da constituição de 1969.

E que a questão esteve bem tratada desde a Constituição de 1934 até a de 1967, quando se previa que a perda do posto e patente se daria pela condenação transitada em julgado à pena restritiva de liberdade superior a dois anos [efeito da sentença penal], e nos casos definidos em lei, quando o oficial fosse julgado indigno para o oficialato ou com ele incompatível [que seria o Conselho de Justificação].

Portanto, tanto a Constituição de 1969, quanto os preceitos repetidos pela Lei Maior de 1988, **inovaram** ao condicionar a perda do posto e patente ao fato daquele oficial considerado ser julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar permanente em tempo de paz⁶, ou especial em tempo de guerra, determinando ainda que o oficial condenado na justiça comum ou militar seja submetido ao mesmo julgamento.⁷

Conforme se pode verificar no Capítulo X do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar – RISTM, o estabelecimento do rito aplicável à espécie vem tratado a partir do art. 157 e seguintes da norma regimental, de forma extremamente sumária, a saber:

“DO PROCESSO ORIUNDO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Art. 157. O Conselho de Justificação é regulado em lei especial.

Art. 158. Recebido, autuado e distribuído o processo oriundo de Conselho de Justificação, o Relator abrirá vista ao Justificante para, no prazo de cinco dias, manifestar-se, por escrito, sobre os fatos que lhe são imputados.

Art. 159. Decorrido o prazo do artigo anterior, sem manifestação do justificante, solicitará o Relator a designação de Defensor Público para que a apresente, no prazo de dez dias. Em seguida, será ouvido o Procurador-Geral da Justiça Militar, devendo os autos, após restituídos, serem encaminhados ao Revisor e, posteriormente, colocados em mesa para julgamento.

Art. 160. Anunciado o julgamento, proceder-se-á ao relatório, sendo facultado à Defesa usar da palavra por vinte minutos e assegurado ao representante do Ministério Público Militar igual prazo para sustentar o respectivo parecer. Discutida a matéria, será proferida a decisão.

⁴ As Forças Auxiliares tratam a questão de forma semelhante.

⁵⁵ Vide ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar – Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Superiores e Jurisprudência em tempo de guerra**, 8ª edição, Curitiba: Juruá, 2014, p.360-361.

⁶ Em nível federal é o Superior Tribunal Militar; em nível estadual são os Tribunais de Justiça e, os Tribunais de Justiça Militar de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo.

⁷ CF, art. 142, § 3º, incisos VI e VII, combinado com o art. 42§ 1º.

§ 1º Caso exista ação penal pendente de julgamento, no foro militar ou comum, em que a imputação corresponda inteiramente às irregularidades atribuídas ao militar no Conselho de Justificação, será este sobrestado até o trânsito em julgado da decisão do foro criminal.

§ 2º Se o objeto de apreciação no foro criminal corresponder apenas em parte aos itens do libelo no Conselho de Justificação, o Plenário poderá, preliminarmente, decidir pelo sobrestamento ou pelo julgamento do justificante pelos fatos não pendentes de apreciação judicial.

Art. 161. Decidindo o Tribunal que o justificante é, nos termos da lei, culpado ou incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá, conforme o caso:

I - declará-lo indigno do Oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

II - determinar sua reforma.

DA PARTICIPAÇÃO ATUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NO PROCESSO DECORRENTE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

A Lei 5.836/72⁸ não prevê a participação do Ministério Público no processo decorrente do Conselho de Justificação. Todavia, a Constituição Federal, ao dispor em seu art. 127, *caput*, que a instituição é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não deixa dúvidas quanto à necessidade dessa participação.

No Conselho de Justificação, a participação do Ministério Público Militar ocorre no Tribunal competente, **obrigatoriamente**, como fiscal da lei, *custos legis* daquele processo especial, julgado em instância única.

A participação aqui é diversa daquela que ocorre na Representação pela perda do posto e patente⁹, onde o Ministério Público é parte, exclusiva, que dá origem ao processo originário. Detém, inclusive o chamado “juízo de admissibilidade”, podendo deixar de provocar a ação se entender inexistentes os motivos para tanto.

No Conselho de Justificação, o processo é provocado pela autoridade militar nomeante, porém o Ministério Público deve, obrigatoriamente, manifestar-se como fiscal da lei, sob pena de nulidade do feito.

A esse respeito, os membros do Ministério Público Militar, participantes da 1ª Reunião de Promotores da Justiça Militar em Estágio Probatório¹⁰, declararam a seguinte conclusão:

1. “Considera-se fundamental o exercício efetivo e amplo da função de **custos legis**, pelo Ministério Público Militar, atuando nos procedimentos pré-processuais, processos de conhecimento, cautelares e executórios, emitindo pronunciamento em defesa da ordem jurídica, e requerendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis. A sua intervenção como Fiscal da Lei decorre das disposições dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal. É na

⁸ A Lei 5.836/72, foi editada há mais de 40 anos, em plena vigência do Ato Institucional nº 5, que se estenderia até 13.10.1978, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 11, cujo artigo 3º revogava todos os atos institucionais e complementares que fossem contrários à Constituição Federal. Diz a emenda: “ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”, restaurando o *habeas corpus*. A emenda constitucional entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1979. A simples gênese da lei do conselho de justificação já enseja uma melhor avaliação de sua conformidade com o Estado Democrático de Direito que se pretende reconhecer no Brasil da atualidade.

⁹ Prevista na Lei nº 8457/92, art. 6º, inciso I, letra ‘h’, combinado com a Lei Complementar 75/93, art. 116, inciso II.

¹⁰ 1ª REUNIÃO DE PROMOTORES DA JUSTIÇA MILITAR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. Brasília/DF, de 25 a 27.10.2000. Publicada, dentre outros, no **Informativo Consulex**, a. XV, n. 28, Brasília, 09 jul. 2001.

defesa da ordem jurídica que o Ministério Público realça sua função essencial à prestação jurisdicional”.

Conquanto inexistente previsão legal, o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar assegurou no rito estabelecido para os processos oriundos do CJ, a participação do Ministério Público Militar, a qual reputamos essencial, mas isto, cada vez mais se mostra insuficiente para a caracterização de um devido processo legal, que é um direito fundamental inclusive.

Não é de se ignorar a hipótese de que o Ministério Público, ao se manifestar como fiscal da lei, aponte nulidade ocorrida originariamente, quando o processo ainda se desenvolvia na organização militar; ou ainda, contrariedade verificada a dispositivo da Constituição.

Não reconhecidas pelo Tribunal, o Ministério Público poderá ele mesmo interpor recurso extraordinário ou especial, questão inclusive já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: “**Verbete 99:** “*O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que funcionou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte*”.

LEGITIMIDADE PARA A PROMOÇÃO DO PROCESSO ORIGINÁRIO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL

Nos termos da Lei 8.457/92, a perda do posto e patente pode ocorrer de duas formas distintas: a) originariamente em relação ao tribunal como decorrência da representação para a decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato daquele que foi condenado à pena privativa de liberdade superior a dois anos (art. 6º, I, ‘h’); e, b) em consequência do processo decorrente do Conselho de Justificação (art. 6º, II, ‘f’).

Na primeira hipótese, como o feito é de competência originária do Superior Tribunal Militar, a competência de sua promoção exclusiva é do Ministério Público Militar, como assegura o art. 116, II, da LC 75/93.

Todavia, a segunda hipótese vem gerando discussão no sentido de qual seria o órgão legítimo para dar início àquele processo no tribunal, que se originou do processo do Conselho de Justificação, o qual, como se sabe, em um primeiro momento (perante a organização militar) era de natureza administrativa.

Não resta dúvida quanto à necessidade de participação do Ministério Público no processo decorrente do Conselho de Justificação. No entanto, é possível discutir se esta participação limitar-se-á à simples condição de *custos legis* – o fiscal da lei – ou, assim como nos casos de representação pela decretação de indignidade ou incompatibilidade, assumiria o *Parquet* a condição de promotor daquele processo especial perante o Tribunal, já que a finalidade pretendida seria a mesma: a perda do posto e patente do oficial.

Epaminondas Fulgêncio Neto e Rafael Pereira dos Santos lembram que a questão da legitimidade para a propositura do Processo de Justificação já foi debatida no Estado de Minas Gerais, suscitada no Processo 150¹¹, a partir de preliminar levantada pelo eminente Juiz do Tribunal de Justiça Militar mineiro e Professor Fernando Galvão da Rocha¹².

¹¹ TJMMG, **Processo de Justificação 150**, Rel. Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, j. em 09.06.2010, DJ 21.06.2010, maioria.

¹² NETO, Epaminondas Fulgêncio; SANTOS, Rafael Pereira dos. *Processo de Justificação: qual é o órgão que tem legitimidade para promovê-lo?* **Revista Direito Militar 87**. Florianópolis: AMAJME, 2011, p. 30-33.

A construção que se faz, com base no voto de Fernando Galvão, é a de que, no processo oriundo do Conselho de Justificação (ou processo administrativo similar), torna-se imperioso que a provocação do Judiciário (**inerte pela própria natureza**) parta de órgão com legitimidade para tanto.

Do referido voto é de se extrair a seguinte passagem:

[...] como é sabido, todo o processo judicial possui pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular. Neste contexto, a provocação da jurisdição constitui pressuposto de observância inafastável. A Jurisdição sem ação constitui ofensa ao princípio garantista da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria natureza, inertes. Neste sentido é a mensagem dos consagrados brocardos do nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio.

A função jurisdicional, nos casos em que podem haver prejuízos para a situação jurídica do jurisdicionado, somente pode ser exercida em relação a uma lide que uma parte interessada deduz em juízo. É verdade que a lide não é uma característica essencial do processo judicial. Nos casos em que a doutrina visualiza jurisdição voluntária, como a separação consensual, não há lide. Mas, mesmo nestes casos, o processo só pode iniciar-se por provocação dos interessados. Em outras palavras, se a lide não é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, a provocação da jurisdição por meio da ação o é.

*É, justamente por ser necessário identificar uma lide para constituição e desenvolvimento de um processo judicial válido, é que nos casos de perda de posto e patente dos oficiais, bem como de graduação das praças, fundada em condenação criminal a pena superior a 02 (dois) anos, as peças de informação são encaminhadas ao Ministério Público e o Exmo. Sr. Procurador de Justiça postula o provimento judicial por meio de ação. Se nestes casos de julgamento sobre perda do posto e da patente é necessário a provocação da jurisdição, com mais razões **deve-se exigir a provocação da jurisdição nos casos de julgamento em razão de infração disciplinar**. Isto porque, nos casos de perda do posto e patente em decorrência de condenação criminal, o processo judicial tem início com a denúncia e o julgamento constitui um desdobramento do provimento judicial que decretou a condenação. No caso de infração disciplinar, por outro lado, **a apuração da infração disciplinar foi toda realizada na administração. O procedimento administrativo deve se transformar em processo judicial e isto somente é possível mediante provocação da parte interessada.***

Concordamos em parte com a tese apresentada pelo ilustre Juiz Fernando Galvão, já que este, no julgamento do Processo de Justificação em questão, propunha a remessa dos autos para a Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, para a propositura ou não, da ação de perda do posto e patente, com o que o Tribunal, por maioria, não concordou.

A essência da proposta de remessa dos autos para a Advocacia Geral tem suporte constitucional. Com efeito, se volvermos os olhos para o art. 133 da Constituição Federal, iremos ver que a Advocacia Geral da União – AGU, é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente. **A AGU representa, portanto, as Forças Armadas, as quais, em que pese os relevantes serviços prestados à Pátria integram a Administração Direta do Executivo Federal.** O mesmo raciocínio se aplica, agora à Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais [e assim nos demais Estados e Distrito Federal], a qual, nos termos do art. 128 da Constituição Estadual Mineira, representa aquele Estado, judicial e extrajudicialmente, englobando, por certo, a representação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.

Acreditamos, no entanto, que tal remessa dos autos do Processo de Justificação é, em vista do atual ordenamento jurídico vigente, dispensável.

É que, como assevera outro ícone do Direito Militar, Ronaldo João Roth, é de se registrar que ambos os processos [representação para declaração de indignidade ou incompatibilidade e Conselho de Justificação] dependem de decisão judicial **para a perda**

do posto e da patente, pois esta só ocorre se o oficial for considerado indigno ou incompatível com o oficialato¹³.

Ora, já existe um legitimado legal (LC 75/93, art. 116, II) para a representação pela perda do posto e patente que é o Ministério Público Militar. Desta forma, entendemos que os autos do Conselho de Justificação, após darem entrada no Tribunal podem seguir direto para o Ministério Público, em que o ente ministerial ali atuante, fará o exame de admissibilidade da eventual representação, como *sói* acontecer nos casos de condenação criminal a penas superiores a dois anos. Tanto os autos do Conselho de Justificação (ou processo administrativo similar) quanto as peças de informação que visam à perda do posto e patente dos oficiais seguem, então, ao Ministério Público Militar, que já possui legitimidade para tanto.

Nesse sentido é de se registrar o Enunciado 6, do **1º Encontro Institucional em busca da Unidade**, realizado entre o Ministério Público da União e o Ministério Público do Rio de Janeiro:

*“Findo o Conselho de Justificação, que concluir por perda de posto das Forças Armadas, ou Conselho de Disciplina e Justificação, que concluir por perda de graduação ou posto nas Polícias Militares e Bombeiros Militares, a perda de posto deve ser efetivada por meio de ação inominada, nos termos do que dispõem os arts. 142, § 3º, inc. VI e 125, § 4º da Constituição Federal”*¹⁴

Por sua vez, os membros do Ministério Público Militar reunidos durante o **7º Encontro do Colégio de Procuradores da Justiça Militar**, aprovaram proposição para que o Conselho de Justificação no Superior Tribunal Militar deva ser provocado pelo Ministério Público Militar, na forma de Representação pela declaração de Indignidade e Incompatibilidade para o oficialato¹⁵.

Mas não foi somente isso. Em 11 de junho de 2015, por convocação do Conselho Nacional do Ministério Público, durante o I Encontro Nacional do Ministério Público com atuação perante a Justiça Militar, por unanimidade, foi decidido o seguinte acerca do **rito processual para perda do posto e da graduação dos militares**:

“EMENTA: Declaração de indignidade e incompatibilidade para o oficialato com a consequente perda do posto e patente dos oficiais. Processo decorrente do Conselho de Justificação. Caráter judicial do referido processo. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer ao tribunal competente. Incompatibilidade da Lei 5.836/1972 com a Carta Política de 1988.

1. No regime constitucional brasileiro apenas o Poder Judiciário é integrado por órgãos cuja decisão é dotada de definitividade apta a solucionar uma lide, ostentando uma de suas características essenciais – a inércia – que lhe garante a devida imparcialidade, tornando-o apto para o julgamento da lide.

2. Nos termos da Constituição Federal, o oficial das Forças Armadas e os das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, só perderão o posto e a patente se forem julgados indignos do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra (Inteligência dos artigos 42, § 1º; 125, § 4º e; 142, § 3º, incisos VI e VII da Carta Magna). Desta forma, a declaração de indignidade e incompatibilidade para o oficialato apresenta-se em duas modalidades: a decorrente do julgamento do processo do Conselho de Justificação e, aquela decorrente da condenação, em crime comum ou militar, por pena privativa de liberdade superior a dois anos.

¹³ ROTH, Ronaldo João. *A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação*. Revista Direito Militar 42. Florianópolis: AMAJME, 2003, p.13.

¹⁴ **1º Encontro Institucional em busca da Unidade**. MPU-MPRJ, realizado em 27.08.2010, no Rio de Janeiro/RJ.

¹⁵ **7º Encontro do Colégio de Procuradores da Justiça Militar**, realizado em Brasília/DF, entre os dias 10 e 11.11.2011. 3ª proposta aprovada pelo Plenário, por maioria.

3. A lei 5.836/1972 instituiu o Conselho de Justificação, cuja finalidade é julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial – militar de carreira – para permanecer na ativa ou na situação de inatividade em que se encontra. Nos termos da Lei, o processo decorrente do Conselho de Justificação, quando em julgamento perante o Superior Tribunal Militar, não tem um legitimado para provocar a manifestação da Corte, apresentando-se como um processo sem autor. Isto porque, a autoridade militar não possui legitimidade ativa para ajuizar o Conselho de Justificação visando à perda do posto e patente do oficial que foi por ela considerado indigno ou incompatível para com o oficialato. E isso se demonstra por uma constatação de ordem constitucional irrefutável: as Forças Armadas são representadas, judicial e extrajudicialmente, pela Advocacia – Geral da União. A Advocacia-Geral da União, no entanto, teria que ter sua legitimidade confirmada pela lei, o que, no caso da Lei nº 5.836/72, não se verifica. O Ministério Público Militar, que já possui a legitimidade exclusiva para representar pela declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, visando a perda do posto e patente dos oficiais pode também fazê-lo com base nos autos originais do Conselho de Justificação, que passam a ser considerados como peças informativas (inteligência dos art. 6º, I, ‘h’ e art. 6º II, ‘f’, da Lei 8.457/1992 –LOJMU – combinado com o art. 116, II, da LC 75/1993).

4. Em nível de Estados e do Distrito Federal, a declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, visando a perda do posto e patente dos oficiais das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares deve ser representada, nos Tribunais, pelo Ministério Público.

5. Conclusão inafastável no sentido de que o rito do processo decorrente do Conselho de Justificação, quando em julgamento perante o Superior Tribunal Militar estabelecido pela Lei 5.836/1972, apresenta-se incompatível com a Constituição Federal, devendo ser provocado pela ação exclusiva do Ministério Público”.¹⁶

A outorga de legitimidade para a Advocacia Geral, no entanto, não é de se desprezar, já que defende os interesses do Estado e da União em face da conduta indesejada de seus servidores. Mas há que estar prevista na lei, o que, aliás, está em sintonia com a posição abalizada de Ronaldo João Roth, quando asseverou que “*de lege ferenda*, seria importante que se inserisse regra explícita na Lei do Conselho de Justificação quanto à atuação obrigatória do Ministério Público, destinando-lhe a nobre missão de zelar pelo contraditório e pela regularidade daquele processo, que como vimos, cuida de matéria constitucional, ou seja, da perda do posto e da patente dos oficiais, tanto das Forças Armadas como das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares”¹⁷.

Conquanto Ronaldo Roth se referisse ao Ministério Público, a tese pode ser ampliada para alcançar a Advocacia Geral/Procuradoria Geral da União e dos Estados já que, como referimos acima, em relação ao MP a previsão legal já existe.

O próprio Poder Judiciário já se manifestou acertadamente sobre o tema. Com efeito, quando do julgamento do Conselho de Justificação nº 0018971-43.2014.8.19.0000, oriundo da Polícia Militar do Rio de Janeiro, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça carioca considerou que a Lei Estadual 427/81 que regula o Conselho de Justificação em âmbito estadual, prevê que o Secretário de Estado de Segurança Pública deverá determinar a remessa dos autos do processo do Conselho de Justificação ao Tribunal de Justiça nas hipóteses insertas no artigo 13, V, letras ‘a’ e ‘b’, sem mencionar a participação do Ministério Público de forma expressa, e assim, sendo norma anterior à promulgada Constituição Federal de 1988, não foi por ela recepcionada.

¹⁶ Conselho Nacional do Ministério Público. **I Encontro Nacional do Ministério Público com atuação perante a Justiça Militar**, Conclusões do Grupo III, Brasília / DF, 11.06.2015.

¹⁷ ROTH, Ronaldo João. **A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação**, p.18.

Disse ainda que o Conselho de Justificação requer inequívoca judicialização para que se aperfeiçoe, pois, a apreciação e o julgamento dependem de decisão proferida por um Tribunal.

E que apenas o Poder Judiciário é integrado por órgãos cuja decisão é dotada de definitividade apta a solucionar a lide e ostenta como uma de suas características primordiais a inércia, o que lhe garante a devida imparcialidade, tornando-o apto ao julgamento da lide.

Concluiu, então, que no processo oriundo do Conselho de Justificação, como nas demais demandas ajuizadas, torna-se imperioso que a provocação do Judiciário seja deflagrada por órgão com legitimidade para tanto, condição indispensável ao legítimo e regular exercício do direito de ação, e que, esse órgão seria o Ministério Público.¹⁸

CONCLUSÃO ACERCA DO RITO PROCEDIMENTAL PARA JULGAMENTO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO NO TRIBUNAL: A PROPOSTA QUE FOI RECUSADA

A conclusão inexorável a que se chega, é que o processo decorrente do Conselho de Justificação, quando em julgamento perante o Superior Tribunal Militar, não tem um legitimado para provocar a manifestação da Corte, ou seja, **apresenta-se como um processo sem autor**. Com efeito, a autoridade militar não possui legitimidade ativa para ajuizar o CJ visando a perda do posto e patente do oficial que foi por ela considerado indigno ou incompatível para com o oficialato. E isso se demonstra por uma constatação de ordem constitucional irrefutável: as Forças Armadas são representadas, judicial e extrajudicialmente, pela Advocacia –Geral da União.

A Advocacia-Geral da União, no entanto, teria que ter sua legitimidade confirmada pela lei, o que, no caso da Lei 5.836/72, não se verifica.

A proposta feita pelo membro de primeiro grau do Ministério Público Militar visou tão-somente compatibilizar a Lei nº 5.836/1972 aos ditames da Constituição Federal de 1988, assim como dignificar o processo oriundo do Conselho de Justificação no Tribunal, mesmo porque as decisões do Poder Judiciário brasileiro são as únicas dotadas de definitividade apta a solucionar uma lide, e devem ostentar uma característica essencial – a inércia – que lhe garante a devida imparcialidade. **Não visou, em hipótese alguma ofender o princípio da legalidade ou minimizar a natureza jurídica do Conselho de Justificação** como ficou assentado na ementa do acórdão, seja porque a condição constitucional de defensor da ordem jurídica afastaria tal conclusão, seja porque visou, isto sim, maximizar a natureza jurídica do CJ no tribunal, que o representante entende ser judicial, e não administrativa, o que ocorre somente enquanto o processo está na unidade militar.

A afirmação posta no acórdão questionado, de que a remessa dos autos ao STM pelo Comandante da Força é mero expediente administrativo, que não constitui qualquer ofensa às prerrogativas constitucionais do Ministério Público, pois não se trata de Ação Penal é frágil e contraditória, porque **ao afirmar que a remessa dos autos do CJ é mero expediente administrativo está a confirmar que o Tribunal decide definitivamente sem ter sido provocado**, fazendo tábula rasa da mensagem dos consagrados brocardos

¹⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 3ª Câmara Criminal, Conselho de Justificação nº 0018971-43.2014.8.19.0000, relator Desembargador Siro Darlan de Oliveira, julgado em 10.12.2014.

do *nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*. Entender ser correta essa forma seria atribuir mero caráter de órgão homologatório¹⁹ e não decisório ao Poder Judiciário.

O acórdão questionado acerta quando diz que o rito atual do CJ não ofende os princípios constitucionais do Ministério Público, **mas se olvidou de que há ofensa sim, e pode haver prejuízos para a situação jurídica do jurisdicionado**, o oficial passível de perder posto e patente²⁰, o que somente pode ser exercido em relação a uma lide que uma parte interessada e legítima [leia-se, com capacidade postulatória] deduz em juízo.

A decisão do Superior Tribunal Militar não disse uma linha sequer sobre a 3ª proposta aprovada durante o 7º Colégio de Procuradores da Justiça Militar; nem sobre o Enunciado 6, do **1º Encontro Institucional em busca da Unidade**, realizado entre o Ministério Público da União e o Ministério Público do Rio de Janeiro; nem sobre as conclusões do Grupo III, do I Encontro Nacional do Ministério Público com atuação perante a Justiça Militar; muito menos sobre o acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Conselho de Justificação nº 0018971-43.2014.8.19.0000), que concluiu pela incompatibilidade do rito do processo do CJ em face da Constituição de 1988. Todos esses precedentes foram juntados à Representação em que pese não terem merecido uma linha sequer, ainda que fosse para contestá-los.

O Tribunal também deixou de se manifestar sobre o pedido alternativo feito pelo requerente, quando anotou que a alteração do Regimento Interno do Egrégio Superior Tribunal Militar, além de ser uma matéria de cunho administrativa, implicaria, com certeza, na participação da Comissão Permanente do Regimento Interno, e, por isso, apesar de entender que seria possível tal providência ocorrer em sede de julgamento da aludida Representação, *ad cautelam*, aditara o pedido, com uma postulação alternativa, qual seja: que se reconhecesse que o rito de julgamento do CJ previsto no RISTM não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo necessário, portanto, a modulação temporal da não recepção reconhecida, para lhe atribuir *efeito ex nunc*, ou seja, a partir dos novos processos decorrentes do Conselho de Justificação que aportarem na Corte Castrense.²¹

Por ocasião do julgamento da Representação no Interesse da Justiça Militar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar emitiu parecer desfavorável à pretensão de adequação do rito procedimental do Conselho de Justificação aos ditames constitucionais. A toda evidência poderia fazê-lo, manteve-se inclusive fiel à procedimentos anteriores, quando deixou de encaminhar as conclusões do 7º Colégio de Procuradores da Justiça Militar ao STM, e não se deixou convencer pelas conclusões unânimes exaradas pelos

¹⁹ É compreensivo esta resistência da Justiça Militar em aceitar que se adote um procedimento compatível com a CF para o julgamento do Conselho de Justificação. **A história irá nos mostrar uma ligação umbilical entre as Forças Armadas e a Justiça Militar ao longo dos tempos**: na legislação revogada do CJ (Lei 5.300/1967), o § 1º do seu art. 10, asseverava que a produção de provas que se realizassem por precatória, seriam efetuadas perante a Auditoria Militar da Região respectiva [**clara submissão do Poder Judiciário à Administração Militar**]; a Lei 1.057-A/1950, que dispôs sobre reforma de militares, previa em seu art.3º, que os Conselhos de Justificação seriam compostos por cinco membros, sendo um deles o juiz-auditor [**inclusão de um magistrado togado em um colegiado de natureza administrativa**], situações que não mais encontram guarida na Carta Magna de um Estado Democrático de Direito.

²⁰ Decorrem sim, sérios prejuízos morais e patrimoniais em razão da quebra do vínculo com a Força à qual pertence o oficial que perde posto e patente: nas Forças Armadas, de acordo com o art. 20 da Lei das Pensões Militares (Lei 3.765/60), o oficial que perde posto e patente deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente, reflexo do Código Penal Militar de 1944, que em seu art. 51, considerava o indigno e o incompatível como se morto fosse, morte civil (*mors ficta*); nas Forças Auxiliares entretanto, a situação é pior ainda, pois o oficial é simplesmente excluído sem direito algum.

²¹ Nos termos do art. 326, do Novo Código de Processo Civil de 2015, aplicável à espécie, “**é lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior**”. Na mesma esteira, seu parágrafo único dispõe que “**é lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles**”.

promotores de justiça com atuação na justiça militar, durante o I Encontro Nacional do Ministério Público com atuação perante a Justiça Militar, organizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Parece não haver dúvida, no entanto, que o Ministério Público Militar, que já possui a legitimidade exclusiva para representar pela declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, visando a perda do posto e patente dos oficiais, poderia, mediante uma simples alteração regimental, também fazê-lo com base nos autos originais do Conselho de Justificação, que passam a ser considerados como peças informativas.

Ultrapassada a fase da pretendida alteração regimental, esta adequação poderá ser buscada, no caso concreto, pelo reconhecimento da incompatibilidade do rito do processo do Conselho de Justificação no Tribunal com a Constituição Federal. Caberá à Defesa do oficial fazê-lo no momento adequado, buscando a carência da ação pela ilegitimidade da Força Armada²² para dar início àquele processo decorrente do Conselho de Justificação (NCPC, art. 330, II), em uma clara violação ao princípio garantista da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais, para nos valermos da feliz expressão do Professor Fernando Galvão, “são inertes pela própria natureza”. E assim devem permanecer.

Só assim se estará dando ao processo decorrente do Conselho de Justificação perante o tribunal a dignidade que ele merece.

Caso contrário, a persistir o entendimento equivocado de que o processo decorrente do CJ na Corte é de natureza administrativa, melhor seria então que ele ficasse apenas na fase administrativa, e que o Comandante da Força [Armada ou Auxiliar] detivesse o poder de excluir aquele oficial ou praça considerado culpado no aspecto disciplinar de sua vida profissional sem necessidade de subirem os autos ao tribunal competente.

Aos tribunais, então, restaria julgar a representação proposta pelo Ministério Público, pela perda do posto e patente quando decorrente de condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, seja pela Justiça Militar, seja pela Justiça Comum [nos exatos termos do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, c/c § 1º, do art. 42, da Constituição Federal].

Aliás, foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 673: “**O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo**”.

Em que pese parecer estar dirigida apenas às pracas militares estaduais, o Superior Tribunal de Justiça, com base na súmula referida, manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que validou a decisão do Comandante-Geral da PMGO que demitiu oficial considerado culpado no Conselho de Justificação, sem a remessa dos autos para o Tribunal²³.

²² O mesmo raciocínio se aplica em relação ao envio, pelas Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares, de processo administrativo de Conselho de Justificação ou similar para os Tribunais de Justiça ou Tribunais de Justiça Militar de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo.

²³ A ementa ficou assim vasada: **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR - EXCLUSÃO DA CORPORACÃO - COMPETÊNCIA DO COMANDANTE GERAL - INFRAÇÃO DISCIPLINAR - INAPLICABILIDADE DO ART. 125, § 4º, DA CF - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À REINTEGRAÇÃO**. 1 - A exegese do art. 125, § 4º, da Constituição Federal é clara em definir que somente nos casos de crimes militares a competência é do Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal de Justiça Militar, onde houver, para apreciação da perda do posto e da patente dos oficiais. Tratando-se de infração disciplinar apurada em Procedimento Administrativo, onde observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a competência para o ato de exclusão é da própria Administração. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão. 2 - Precedentes (STF, RE nº 199.800/SP; STJ, ROMS nºs 10.800/PR, 1.605/RJ e 1.033/RJ). (STJ, 5ª Turma, ROMS 15.711, relator Min. Jorge Scartezini, julgado em 20.11.2003).

Mas atenção, ainda que o processo especial do Conselho de Justificação e seu julgamento, ficassem a cargo apenas da Administração Militar²⁴, ainda assim o rito estabelecido na Lei nº 5.836/72 estaria em desconformidade com a Constituição Federal, o que reclama, da parte do Poder Judiciário a sua declaração de não recepção pela Constituição de 1988.

²⁴ Sempre sujeitos à apreciação judicial, com base no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.