

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

Mario Porto¹

Nunca havíamos refletido, com maior preocupação, sobre a competência do Superior Tribunal Militar (STM) para processar e julgar, originariamente, os oficiais gerais das Forças Armadas, prevista no artigo 6º, inciso I, alínea “a”, da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei 8457/1992).

Recentemente, ao ler uma reportagem em revista de grande circulação, observei que o repórter tratava o tema como uma “regalia” dos oficiais gerais e que o Promotor da Justiça Militar Soel Arpini entende que somente a Constituição poderia estabelecer foro 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 Juizes-Auditores, compõem a 1ª instância da Justiça Militar da União.²

Os argumentos são interessantes e provocaram nossa reflexão sobre a questão e sobre o papel da Constituição na organização do Poder Judiciário.

Antes de fazer qualquer consideração sobre o tema, é importante conhecer a evolução história de nossas leis castrenses e compreender a razão da legislação hodierna.

Thomaz Alves Junior, tratando da legislação militar vigente à sua época, criticava a inexistência de um código de processo militar, ensinando que: “*O Código do processo que cria os tribunais do julgamento, que firma a competência e jurisdição que dá as regras e formula o processo é de intuitiva necessidade, é o complemento da Justiça Militar. Entre nós tudo é confuso; tudo é arbitrário. Os crimes confundem-se com as faltas, as penas não tem qualificação, e muitas*

¹ Advogado especializado em Direito Militar, Pós-Graduado em Direito da Administração Pública, professor de Direito Penal Militar do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar do CESDIM / UNISUL e Professor de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar em diversos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas no Rio de Janeiro. Autor do livro “Direito Penal Militar”, Editora Juspodivm (*no prelo*).

² Revista Carta Capital nº 666, de 5 de outubro de 2011, na reportagem “A farra na caserna”, de Maurício Dias.

vezes ficção a mercê da vontade do julgador. Os conselhos de guerra, tribunais que julgão, o Conselho Supremo Militar, tribunal de segunda instancia não tem competência nem jurisdição firmada, o acusado não tem garantias precisas. Tudo precisa de reforma, e reforma prompta e immediata.” (transcrito conforme o original)³

Realmente, durante o Império, a legislação militar era esparsa e confusa, havendo, além dos draconianos “Artigos de Guerra do Conde Lippe”, inúmeros alvarás, avisos, ordenanças, cartas régias etc, sendo a legislação da época, em sua maioria, herdada de Portugal.⁴

Podemos afirmar que a primeira tentativa de sistematização do Direito Castrense brasileiro se deu através dos Projetos de Magalhães Castro de 1860, que teve o seu processo legislativo interrompido pela proclamação da República⁵.

A primeira norma sistematizada sobre processo penal militar no Brasil foi o Regulamento Processual Criminal Militar, de 16 de julho de 1895, expedido pelo, então, Supremo Tribunal Militar, com fundamento no Decreto Legislativo 149, de 18 de julho de 1893.

O Regulamento Processual Criminal Militar, considerado inconstitucional por Chrysólito de Gusmão⁶, em seu artigo 12, previa a competência dos Conselhos de Guerra para processar e julgar os oficiais gerais, havendo previsão expressa de que este seria composto 7 juizes, sendo 1 juiz-auditor e os demais oficiais gerais mais antigos que o réu, *salvo na absoluta falta de outros de superior ou igual posto*.

Já à época, a Justiça Militar encontrava dificuldades de compor os Conselhos de Guerra, atualmente denominados de Conselhos de Justiça, em razão do posto do oficial general.

Após a proclamação da República surgiram novas tentativas de modernização da legislação militar, entre essas, destacamos o projeto Dunshee de Abranches (Projeto 475, de 1907), que pela primeira vez, em seu artigo 5º, alínea

³ ALVES JUNIOR, Thomaz. Curso de Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Typ. Do Correio Mercantil, 1868. p. 132.

⁴ ARAÚJO, João Vieira de. Direito Penal do Exército e Armada. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores. p. 7.

⁵ REICHARDT, H. Canabarro. Esboço de uma História do Direito Militar brasileiro. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1947. p. 27.

⁶ GUSMÃO, Chrysólito de. Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1915. p. 37.

“a”, previa a competência originária do Supremo Tribunal Militar para processar e julgar seus membros e os oficiais generais⁷.

A natureza administrativa dos Tribunais Militares e dos Conselhos de Guerra gerava perplexidades à época e era muito questionada, mas foi em “Sabres e Togas – a autonomia judicante militar”, do professor Helio Lobo, que surgiu a crítica mais contundente à Justiça Castrense, razão pela qual o Ministro Mario Tibúrcio Gomes Carneiro, ao prefaciar a 2ª edição da referida obra, atribui toda a modernização legislação militar e inclusão da Justiça Militar ao Poder Judiciário como reflexo das teses expostas nesta erudita monografia⁸.

O Código de Justiça Militar de 1926 (Decreto 17231-A, de 26 de fevereiro de 1926), em seu artigo 91, alínea “a”, previa a competência originária do Supremo Tribunal Militar, para processar e julgar os oficiais generais das Forças Armadas nos crimes militares⁹, sendo essa regra consagrada também no artigo 91, alínea “a”, do Código de Justiça Militar de 1938 (Decreto-Lei 925, de 2 de dezembro de 1938)¹⁰.

Durante a 2ª Grande Guerra Mundial, foram instalados em território italiano, junto às tropas brasileiras no teatro de operações, o Conselho Supremo de Justiça Militar e a 1ª e 2ª Auditorias da 1ª Divisão de Infantaria Expedicionária, por força do Decreto-Lei 6396, de 1º de abril de 1944, que em seu artigo 10, inciso I, previa a competência originária do Conselho Supremo de Justiça Militar para processar e julgar os oficiais generais e coronéis¹¹.

O atual Código de Processo Penal Militar é o Decreto-Lei 1002, de 21 de outubro de 1969 e em seu artigo 489 e seguintes, regula o processo e julgamento das causas da competência originária do Superior Tribunal Militar e antiga Lei de Organização da Justiça Militar da União (Decreto-Lei 1003, também de 21 de outubro de 1969), em seu artigo 40, inciso IX, alínea “a”, estabelecia a competência originária para processar e julgar os oficiais generais nos crimes militares e nos crimes contra a segurança nacional, sendo que em seu artigo 94,

⁷ ABRANCHES, Dunshee de. A Reforma da Justiça e do Código Penal Militar. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1943. p. 30.

⁸ LOBO, Helio. Sabres e Togas a autonomia judicante militar. 2ª edição. Rio de Janeiro; Borsoi, 1960. P. 33.

⁹ CARNEIRO, Mario Tibúrcio Gomes. Códigos Militares do Brasil e leis complementares. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1930. p. 244.

¹⁰ HOMERO, Prates. Código da Justiça Militar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. p. 96.

¹¹ ALBUQUERQUE. Bento. A Justiça Militar na Campanha da Itália. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1958. p. 60.

alínea “a”, que tratava da Justiça Militar em tempo de guerra, previa a competência originária do Conselho Superior de Justiça Militar para processar e julgar os oficiais generais, bem como os coronéis e os capitães-de-mar-e-guerra.

Sob a égide da Constituição de 1988, vigora a atual Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei 8457/1992), que em seu 6, inciso I, alínea “a”, estabelece a competência originária do Superior Tribunal Militar para processar e julgar os oficiais generais nos crimes militares definidos em lei e em seu artigo 96, inciso I, que trata da Justiça Militar em tempo de guerra, prevê a competência originária do Conselho Superior de Justiça Militar, órgão da Justiça Militar instalado no teatro de operações, para processar e julgar os oficiais generais.

Para aferir a compatibilidade destes dispositivos com a Constituição da República de 1988, se faz necessária uma análise da arquitetura constitucional do Poder Judiciário, lembrando que o poder constituinte originário é inicial, ilimitado e incondicionado¹², mas a Constituição deve permanecer aberta às transformações sociais, permitindo a mudança de seu texto e o espaço para que o legislador atue na política ordinária¹³.

Ao analisarmos a disposição constitucional, observaremos que o constituinte originário foi extremamente detalhista ao tratar do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal e Estadual, sendo que o mesmo não ocorreu com as Justiças Especializadas.

Ao Supremo Tribunal Federal foram destinados os artigos 101, 102, 103 e, posteriormente 103-A, da Constituição. Esses dispositivos estão subdivididos em 10 parágrafos, 12 incisos e 22 alíneas.

Tratamento semelhante teve o Superior Tribunal de Justiça, destinatário dos artigos 104 e 105, da Constituição da República, subdivididos em 2 parágrafos, 7 incisos e 15 alíneas, Já os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais foram contemplados com os artigos 106 a 110, também subdivididos em diversos parágrafos, incisos e alíneas.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 118.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123/124.

Em seguida, na lógica constitucional, vem a Justiça do Trabalho, composta pelo Superior Tribunal do Trabalho, pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelos Juízes do Trabalho, previstos nos artigos 111 a 116, da Constituição da República. Embora haja previsão de competências da Justiça laboral na Carta Magna, o constituinte originário permitiu que o legislador ordinário atribuísse competência a esta Justiça Especializada para processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei (artigo 114, inciso IX, da Constituição da República), não havendo que se falar em inconstitucionalidade em tal hipótese, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no seguinte precedente:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM, COM EXCLUSÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI 11.101/05, EM FACE DO ART. 114 DA CF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - A questão central debatida no presente recurso consiste em saber qual o juízo competente para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas no caso de empresa em fase de recuperação judicial. II - Na vigência do Decreto-lei 7.661/1945 consolidou-se o entendimento de que a competência para executar os créditos ora discutidos é da Justiça Estadual Comum, sendo essa também a regra adotada pela Lei 11.101/05. **III - O inc. IX do art. 114 da Constituição Federal apenas outorgou ao legislador ordinário a faculdade de submeter à competência da Justiça Laboral outras controvérsias, além daquelas taxativamente estabelecidas nos incisos anteriores, desde que decorrentes da relação de trabalho.** IV - O texto constitucional não o obrigou a fazê-lo, deixando ao seu alvedrio a avaliação das hipóteses em que se afigure conveniente o julgamento pela Justiça do Trabalho, à luz das peculiaridades das situações que pretende reger. V - A opção do legislador infraconstitucional foi manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal da falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento. VI -

Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF – RE 583955 / RJ. Tribunal Pleno. Julgamento 28/05/2009. Rel. Min. Ricardo Lewandowski)

(Destques não constantes no original)

A Justiça Eleitoral, ao lado da Justiça Militar, é uma Justiça Especializada, que também possui competência penal, sendo composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais e pelos Juízes e Juntas Eleitorais previstos nos artigos 118 a 121 de nossa Carta Magna, sendo este dispositivo expresso ao delegar ao legislador ordinário, por meio de lei complementar, o poder de legislar sobre a organização e competência dos tribunais eleitorais, bem como dos juízes de direito e das juntas eleitorais. A competência originária do Tribunal Superior Eleitoral, para processar e julgar os crimes eleitorais dos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais encontra-se prevista no artigo 22, inciso I, alínea “e”, já a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para processar e julgar, originariamente os juízes eleitorais encontra-se no artigo 29, inciso I, alínea “d”, do Código Eleitoral.

A Justiça Militar da União foi destinatária de apenas três artigos da Constituição que delimitam apenas as características básicas desta Justiça Especializada. Para melhor compreensão da questão, convém transcrever os dispositivos mencionados:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Da análise dos dispositivos constitucionais supra mencionados, observa-se que não há previsão da competência do STM, mas o constituinte originário fixou três premissas a serem observadas pelo legislador ordinário: **o Brasil deve ter Justiça Militar integrada ao Poder Judiciário; A Justiça Militar possui a competência para processar e julgar apenas os crimes militares definidos em lei e que a organização, funcionamento e sua competência devem ser definidos em lei.**

A primeira pergunta que deve ser feita, após vislumbrar o desenho constitucional do Poder Judiciário é: por que o constituinte originário não fixou a competência originária do STM e definiu os órgãos da Justiça Militar no próprio Texto Magno?

Antes de responder a esses questionamentos é importante salientar que a constituição não pode e nem deve ser exaustiva, sendo necessário garantir o espaço para que as forças da política ordinária, em respeito às regras do jogo democrático, deliberem sobre os temas não tratados pelo constituinte.

Ao tratar detalhadamente da Justiça ordinária, comum ou federal, sendo absolutamente silente a respeito da organização, funcionamento e competência da Justiça Militar, parece que o constituinte pretendia que tais questões fossem tratadas pelo legislador ordinário, como se percebe da leitura dos artigos 122, inciso II, e 124, parágrafo único, da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADI 2797 – DF entendeu que: ***No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela***

implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

Como se percebe, o Excelso Pretório admite que as competências das Justiças Especializadas sejam fixadas por meio de lei, quando o constituinte, expressamente, tenha feito reserva nesse sentido, como ocorre no caso da Justiça Militar da União, em seu artigo 124, parágrafo único, da *Lex Fundamentais*.

Ademais, o Direito Castrense possui especificidades e uma lógica completamente diferente dos tribunais e juízes ordinários, as quais não poderiam ser discutidas e colocadas no Texto Magno naquele momento pelo constituinte originário, por isso a opção deste de que a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar fossem apreciadas pelo legislador infraconstitucional.

Outra questão importante para a Justiça Militar da União e a fixação de sua competência são os princípios da hierarquia e da disciplina militar.

Os exércitos desde tempos imemoriais são baseados na observância da hierarquia e disciplina, que não são um mero capricho, mas uma necessidade para própria manutenção e soberania dos Estados, pois afetam diretamente a eficiência das tropas em combate.

Sobre a importância da hierarquia e da disciplina das tropas para o sucesso em combate, convém lembrar a referência feita por Chrysólito de Gusmão, de que na antiguidade, para cada 100 combatentes, perdia-se 2,2 gregos para 41,4 combatentes vencidos e 1,2 romanos para 66,5 soldados inimigos.¹⁴

A Constituição da República, em seu artigo 142, atenta a essa realidade, determinou que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

Se a hierarquia e disciplina são imprescindíveis para as Forças Armadas, estes valores constitucionais também devem ser observados pela Justiça Militar, já que oficiais das três Armas fazem parte do STM e dos Conselhos de Justiça, devendo esses juízes militares ser de posto superior ou, pelo menos, mais antigos que o acusado. Seria uma inversão danosa à hierarquia castrense se

¹⁴ GUSMÃO, Chrysólito de. Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1915. p. 23/24.

o militar pudesse ser julgado por um militar mais moderno, como ocorria na hipótese do artigo 12 do Regulamento Processual Criminal Militar de 1895.

Mas qual seria a razão da Lei de Organização da Justiça Militar prever a competência originária do STM para processar e julgar os oficiais generais nos crimes militares?

Em tempo de paz, as Forças Armadas possuem o seguinte quantitativo de oficiais generais: Na Marinha 6 Almirantes-de-Esquadra, 23 Vice-Almirantes e 55 Contra-Almirantes¹⁵; no Exército, 14 Generais-de-Exército, 41 Generais-de-Divisão e 84 Generais-de-Brigada¹⁶; na Aeronáutica, 8 Tenentes-Brigadeiros, 21 Majores-Brigadeiros e 35 Brigadeiros¹⁷.

Apesar de parecer um número considerável, basta observar a extensão de nosso território, que é dividido em vários comandos militares de área, regiões militares, comandos aéreos regionais e distritos navais, para perceber que o quantitativo de oficiais generais está espalhado em razão da distribuição das tropas.

Há Circunscrições de Justiça Militar, que pelo pequeno quantitativo de oficiais generais, sequer conseguem compor Conselhos de Justiça para processar e julgar Coronéis e Capitães-de-Mar-e-Guerra, como demonstra os vários desaforamentos apreciados pelo STM, entre os quais destacamos o seguinte:

DESAFORAMENTO I - Desaforamento. Processo a que responde Coronel do Exército. Dificuldade de constituição do Conselho Especial de Justiça. Deferimento do pedido. II - Local do delito sob jurisdição da 12ª Circunscrição Judiciária Militar. III - As razões apresentadas pelo Juízo solicitante amparam-se em dados fornecidos pela autoridade castrense superior, afirmando a exiguidade de oficiais mais antigos para constituir o colegiado, bem como óbices que inviabilizariam o afastamento dos três oficiais generais que servem em comandos operacionais da Amazônia, distantes da Auditoria da 12ª CJM. IV - Nas hipóteses como a que ora se examina, tem-se

¹⁵ Decreto 7467, de 28 de abril de 2011.

¹⁶ Decreto 7440, de 16 de fevereiro de 2011.

¹⁷ Decreto 7441, de 16 de fevereiro de 2011.

precedentes, sendo razoável a exceção admitida na lei, que permite a mudança do local do processo e julgamento dos acusados, por imperiosa motivação objetivamente demonstrada. V - Deferido o pedido de desaforamento para a Auditoria da 11ª CJM. VI - Decisão unânime. (STM – Desaforamento nº 0000015-97.2006.7.12.0012 UF: AM. Decisão: 16/06/2011. Publicação: 17/08/2011 Vol: Veículo: DJE. Rel Min. Fernando Sérgio Galvão)

Como demonstra o precedente citado, imagina-se que seria muito difícil compor um Conselho de Justiça para processar e julgar um oficial general e praticamente impossível, no caso dos oficiais generais do mais alto posto.

Para complicar a questão, o próprio legislador, ao tratar da composição dos Conselhos de Justiça, determinou que na relação trimestral dos oficiais em serviço ativo, não se incluirão os oficiais dos gabinetes de Ministros de Estado, dos comandantes, diretores, chefes, professores, instrutores e alunos de escolas, institutos, academias, centro e cursos de formação, especialização, aperfeiçoamento, estado-maior e altos estudos, entre outros, na forma do artigo 19, § 3º, da Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Por essas razões, acreditamos que o legislador ordinário optou por atribuir competência originária do STM para processar e julgar os oficiais generais em decorrência da impossibilidade ou dificuldade de compor os Conselhos de Justiça, percebida desde os primórdios da Justiça Castrense.

Essa opção legislativa sanou qualquer eventual afronta a hierarquia e a disciplina militar, na medida em que os Ministros Militares do STM são oficiais generais do último posto (Almirantes-de-Esquadra, Generais-de-Exército e Tenentes-Brigadeiros), pertencentes a quadros especiais de suas respectivas Forças, não podendo se falar em antiguidade entre os Ministros Militares da Superior Corte Castrense e os oficiais generais da ativa, na forma do artigo 3º, § 2º, da Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Parece que a solução adotada pelo legislador ordinário, de fixar a competência originária do STM, para processar e julgar originariamente os oficiais generais é uma opção legislativa que respeita a hierarquia, observa a tradição

legislativa e que possui razoabilidade entre os meios e os fins que pretende, observados os limites impostos pelo constituinte originário no artigo 124, parágrafo único, da Constituição da República.

Podemos dizer, então, que o juiz natural do militar é o Conselho de Justiça composto, exclusivamente, por juízes militares de posto superior ao acusado, ou, pelo menos mais antigos, havendo perfeita compatibilidade do foro por prerrogativa de posto dos oficiais gerais nos crimes militares perante o STM, na medida em que o artigo 124, parágrafo único, da Constituição da República delegou ao legislador ordinário a competência para dispor sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar, sendo esta uma opção legítima adotada pela Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Da atenta análise da História legislativa do Direito Militar e do Texto Constitucional, constata-se que não há qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei de Organização da Justiça Militar da União, sendo a competência originária do STM para processar e julgar os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares, compatível com a Constituição da República, na medida em que o legislador ordinário atuou nos limites impostos pelo constituinte originário e que esta opção legislativa não possui qualquer finalidade de criar uma regalia. Muito pelo contrário, solucionou o sério problema da impossibilidade ou dificuldade de compor os Conselhos de Justiça, fenômeno que ocorre desde os primórdios da Justiça Militar da União, preservando a hierarquia e a disciplina castrense, valores consagrados em nossa Carta Magna.