

AS interfaces entre a Justiça

Federal e a Justiça Militar da União

Soel Arpini

Promotor de Justiça Militar.

RESUMO: Este trabalho objetiva identificar pontos de conexão entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União. A competência da Justiça Militar da União é determinada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69), sendo que a sua organização e funcionamento também estão previstos no Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) e na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM – Lei nº 8.457/92). Com relação aos aspectos criminais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido não ser da competência da Justiça Militar da União alguns delitos antes considerados como crimes militares. De outro lado, alguns delitos previstos na legislação comum não possuem correspondência na seara militar. Quanto aos aspectos administrativos e cíveis, a Justiça Militar da União tem competência exclusivamente criminal a despeito de algumas decisões contrárias do Supremo Tribunal Militar. Em consequência, muitos fatores administrativos das Forças Armadas que possuem relação com crimes militares são objeto de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Militar perante a Justiça Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça Federal. Justiça Militar da União. Competência. Crime militar. Constituição Federal.

ABSTRACT: This paper intends to verify some common points between the Brazilian Federal Court of Justice and the Brazilian Federal Court of Military Justice. The jurisdiction of Brazilian Federal Court of Military Justice is fixed by the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Brazilian Military Penal Code (Decree-law no. 1.001/69 of October 21, 1969), and its arrangement and operation are fixed by the Brazilian Code of Military Procedure (Decree-law no. 1.002 of October 21, 1969) and the Federal Law of Military Justice (LOJM - Federal Law no. 8.457/92). In a criminal point of view, Superior Military Tribunal exposed an understanding that some crimes considered military crimes are not related to the Military Jurisdiction. In the other hand, some ordinary crimes do not have correspondence in the Military Penal Code. With regard to non-judicial and civil aspects,

Brazilian Federal Court of Military Justice has exclusively criminal jurisdiction in spite of some punctual legal cases from the Superior Military Tribunal. In consequence, many administrative factors related to the Armed Forces and connected to military crimes are analyzed by the Brazilian Public Prosecutors Office of Military Justice and the Brazilian Federal Public Prosecutors Office.

KEYWORDS: Federal Justice. Military Justice. Jurisdiction. Military Crime. Brazilian Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A competência da Justiça Militar da União – 3. Aspectos Criminais – 4. Aspectos administrativos e cíveis – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição, como norma fundante de uma nação, na lição de Alexandre de Moraes, tem como objeto estabelecer a estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, por meio, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais¹.

A República Federativa do Brasil adota como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em relação à organização do Poder Judiciário, o Constituinte originário, além de lhe assegurar a autonomia e independência essenciais à caracterização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, enumerou seus órgãos e estabeleceu detalhadamente as competências que lhes cabiam. Na visão de Clèmerson Merlin Clève, “talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira”².

Em relação ao objeto deste trabalho, necessário se faz identificar quais as competências jurisdicionais estabelecidas pelo legislador constitucional para a Justiça Militar da União.

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 38.

2. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A Constituição Federal, ao tratar sobre a competência da Justiça Militar da União, estabeleceu que:

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

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

Os crimes militares foram definidos no Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei nº 1.001/69, o qual foi recepcionado pela atual Constituição. Não se pode deixar de mencionar que, embora recepcionado pela Lei Maior, o CPM é um diploma legal instituído pelo Poder Executivo, na forma dos malsinados decretos-leis, em um momento de séria crise institucional, razão pela qual sua leitura constitucional deve ser feita com bastante cuidado.

Em tempo de paz, são crimes militares aqueles que se amoldarem a uma das situações previstas no art. 9º do CPM.

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Resolução dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996);

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Registre-se, por oportuno, que o Projeto de Lei nº 6615/2009, de iniciativa do Senado Federal, aprovado e transformado na Lei Federal nº 12.432, de 29 de junho de 2011, alterou o parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, para estabelecer a competência da Justiça Militar no julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos no contexto de abate de aeronaves civis, na hipótese do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Já em tempo de guerra, as hipóteses de cometimento de crime militar seriam ainda mais elásticas. Transcrevemos o dispositivo.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou es-

pecial, quando praticados, qualquer que seja o agente:
a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;
b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;
IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

A organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar estão previstos tanto no Código de Processo Penal Militar (CPPM), Decreto-Lei nº 1.002/69, como na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM), Lei nº 8.457/92.

A Justiça Militar da União de primeiro grau, segundo a leitura da Lei nº 8.457/92, processa e julga os militares (excluindo os oficiais-generais) e os civis que praticarem crime militar definido em lei.

No primeiro grau, em tempo de paz, o processo e o julgamento são realizados por um Conselho de Justiça (art.16, Lei nº 8.457/92).

Caso o acusado seja praça ou civil, será processado e julgado pelo Conselho Permanente, que, além do juiz-auditor, possui um oficial-superior, que será o presidente, e mais três oficiais de posto até capitão.

Na hipótese de o acusado ser oficial (excluindo-se a hipótese de oficial-general), será processado e julgado pelo Conselho Especial, constituído pelo juiz-auditor e por 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 que os demais juízes.

Em poucas linhas, deve-se respeitar o princípio constitucional da hierarquia, pois o Conselho de Justiça será constituído de juízes militares superiores hierarquicamente ao acusado.

Segundo a LOJM, o Superior Tribunal Militar é competente para processar e julgar os oficiais-generais nos crimes militares. Dispõe a alínea “a” do

inc. I do art. 6º da Lei nº 8.457/92, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 8.719/93:

Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:
I- processar e julgar originariamente:
a) os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei. [negritos nossos]

Em poucas linhas, essa seria a base legal da competência da Justiça Militar da União, órgão incluído no Poder Judiciário Brasileiro a partir da Constituição de 1934.

3. ASPECTOS CRIMINAIS

A Justiça Militar da União processa e julga militares e civis que cometerem crime militar. Ocorre que, em relação aos crimes militares praticados por civis, o Guardião da Constituição tem-se manifestado, de maneira reiterada, que a competência da JMU é excepcional, somente incidindo quando as condutas imputadas aos civis ofenderem aos bens jurídicos tipicamente associados à função militar, como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Com esse fundamento, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a competência da JMU para processar diversas condutas imputadas a civis. Transcrevemos decisões nesse sentido.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO (CIR). CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O delito militar praticado por civil, em tempo de paz, tem caráter excepcional. A Justiça Militar somente terá competência para julgar condutas de civis quando ofenderem os bens jurídicos tipicamente associados à função castrense, tais como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. 2. Compete à Justiça Federal analisar e decidir as ações penais contra civil denunciado pelo crime de falsificação de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou Habilitação de Arrais-Amador, ambas expedidas pela Marinha do Brasil. Precedentes. 3. Ordem concedida. (STF, HC nº 104.619348/BA, Mi-

nistra Relatora Carmem Lúcia, julgamento 08/02/11, publicação DJE 14/03/11).

EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do “intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado” (Conflito de Competência 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. Na concreta situação dos autos, não se extrai, minimamente que seja, a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar. Pelo que não há nenhum indicativo de que, deliberadamente, o acusado praticou qualquer ato para se contrapor a instituição militar ou a qualquer de suas específicas finalidades ou operações. Ingrediente psicológico ou subjetivo de aversão ou propósito anticastrense sem o qual não é possível atrair a competência da Justiça Militar. Precedentes: HC 81.963, da relatoria do Ministro Celso de Mello; e HCs 86.216, 100.230 e 101.206, da minha relatoria. 4. Ordem concedida tão-somente para assentar a incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar o paciente. (STF, HC nº 105.348/RS, Ministro Relator Ayres Brito, julgamento 19/10/10, publicação DJE 11/02/11).

Todavia, uma questão recorrente na JMU, as fraudes nas pensões militares, em que normalmente civis, utilizando-se de artil, continuam a receber os proventos em nome de um beneficiário já falecido, deveria ter, no nosso mo-

desto sentir, o mesmo tratamento dado às situações acima transcritas, pois não há ofensa aos bens jurídicos tipicamente militares na conduta imputada aos acusados. Contudo, tais questões criminais ainda estão sendo processadas e julgadas pela Justiça Especializada, sendo que não temos conhecimento de nenhuma decisão do STF em sentido contrário. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão do STM.

Apelação. Estelionato. Pensão Militar. Óbito não comunicado. Presença dos elementos essenciais do crime de estelionato previsto no art. 251 do CPM: meio fraudulento, dolo em induzir a Administração Militar a erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Elementos probatórios suficientes para comprovar a materialidade e autoria. Confissão da Acusada, feita durante a fase investigatória corroborada pelas demais provas produzidas em Juízo. Dolo antecedente caracterizado pelo silêncio da Apelada que, embora tendo o dever de comunicar o óbito da sua genitora à Administração Militar, deixou de fazê-lo. Apelo improvido. Decisão unânime. (STM, Apelação nº 2008.01.051152-0, Ministro Relator Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, julgamento 14/12/10, publicação DJE 02/03/11).

A competência jurisdicional é de natureza absoluta, tornando nula, por ofensa à garantia do juiz natural, a decisão que não a observar. Se não bastasse essa grave violação constitucional, esse estelionato previdenciário, tão comum no seio da Justiça Federal em relação às condutas praticadas em desfavor do INSS, ser considerado crime militar traz outros sérios e graves prejuízos ao infrator.

Na legislação penal comum, o delito de estelionato simples, tipificado no art. 171, é apenado de um a cinco anos de reclusão, enquanto a mesma conduta na seara militar é sancionada de dois a sete anos de reclusão (art. 251, CPM). Não bastasse essa “pequena” diferença, não podemos nos olvidar que a legislação penal militar não permite a aplicação de diversos institutos que visam a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, como suspensão condicional do processo ou a substituição por pena restritiva de direitos. É evidente o prejuízo ao acusado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que também as condutas envolvendo militar contra militar, as quais o STM sempre entendeu

serem da competência da Justiça Militar da União, não seriam, só por causa dessa condição, processadas e julgadas na Justiça Especializada. Transcrevemos o acórdão.

EMENTA: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME IMPRÓPRIO: LESÃO CORPORAL GRAVE (CPM, ART. 209, § 1º). CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR EM CONTEXTO EM QUE OS ENVOLVIDOS NÃO CONHECIAM A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA QUAL, NÃO ESTAVAM UNIFORMIZADOS E DIRIGIAM CARROS DESCARACTERIZADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DEFINIDA NO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA 'A' DO CÓDIGO PENAL MILITAR. 1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. 2. In casu, uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. A Justiça Castrense não é competente a priori para julgar crimes de militares, mas crimes militares. Precedentes: RHC 88122/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 13/09/2007 e 83003/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ e de 25/04/2008. 3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar. (STF, HC nº 99.541/RF, Ministro Relator Luiz Fux, julgamento 10/05/11. publicação 25/05/11).

No mesmo sentido se posiciona o STJ.

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. MILITAR DO EXÉRCITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de homicídio culposo decorrente de acidente automobilístico

em que acusado e vítima, embora militares, não se encontravam em serviço, não estavam em local sujeito à administração militar, tampouco atuavam em razão da função. Precedentes. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Uruguaiana/RS. (STJ, CC nº 114.404/RS, Ministro Relator Celso Limongi, julgamento 13/04/11, publicação 25/04/11).

Com total acerto o Guardião da Constituição. O simples fato de o agente e a vítima serem militares, por si só, não fixa a competência da Justiça Militar da União. Existem, na vida cotidiana, situações que podem envolver militares na condição de autor e vítima de um fato delituoso, como sói ocorrer nos delitos de trânsito, sem que sequer a condição de militar da vítima seja de conhecimento do agente. Mas tal “destino” não pode justificar a especialização da justiça, com todos os seus gravames, em especial nos crimes culposos de trânsito. Na seara militar, esse delito é de ação penal pública incondicionada, não permitindo a aplicação de nenhum dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.299/96 estabeleceu ser da competência da Justiça Comum, estadual ou federal, os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civis nas hipóteses do art. 9º do CPM. Tal norma, contudo, sofreu pequena ressalva, tendo em vista a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei Federal nº 12.432/2011. Ela estabeleceu, mediante alteração da redação do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – abate de aeronaves civis.

Já em relação à tortura, delito tipificado na Lei nº 9.455/97, o Código Penal Militar não traz disposição normativa semelhante; todavia, há o delito de maus tratos, tipificado no art. 213 do CPM Transcrevemos.

Maus tratos

Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de

correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

[...] Formas qualificadas pelo resultado

§ 1º Se do fato resulta lesão grave:

Pena - reclusão, até quatro anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena - reclusão, de dois a dez anos.

Neste ponto, é evidente a desatualização do CPM. Como exemplo, podemos citar o delito de tortura, qualificado pelo resultado morte, que, pela Lei nº 9.455/97, é apenado de oito a 16 anos de reclusão. Já incidindo o agente no delito de maus-tratos, mesmo com resultado morte, na seara militar o condenado poderá, inclusive, ser beneficiado com a suspensão condicional da pena, desde que a sanção definitiva seja a mínima cominada ao delito. Um absurdo, em flagrante descompasso com o atual estágio da sociedade brasileira.

Outro exemplo de desproporção nas penas pode-se constatar no delito de tráfico de drogas na legislação penal castrense, tipificado no art. 290. Transcrevemos.

Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Se não bastasse o fato de o legislador tratar, no mesmo tipo penal, as condutas do usuário e do traficante, percebe-se, com facilidade, que as penas são desarrazoadas para as duas ações. Extremamente severa para o usuário e condescendente em demasia com o traficante. Basta lembrar que a novel Lei de Drogas prevê, para o traficante, como pena mínima, o máximo que a legislação penal militar estabelece para a mesma conduta, cinco anos, enquanto, para o usuário, a pena se restringe a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa.

Em relação ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes, importante ressaltar que tais condutas, que em tese poderiam ser tipificadas como crime militar, devem ser julgadas pela Justiça Federal, segundo orientação do STF, tendo em vista serem crimes previstos em tratados quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Destacamos.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - AFASTAMENTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual divergi, na companhia do Ministro Ilmar Galvão, estando ausente, na ocasião, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, compete ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao Supremo Tribunal Federal, dirimir o conflito, enquanto não envolvido o Superior Tribunal Militar. CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR VERSUS JUSTIÇA FEDERAL - ENVOLVIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - AFASTAMENTO. A competência para dirimir o conflito é do Supremo Tribunal Federal, ante o fato de, em curso as ações penais alicerçadas nos mesmos dados, o Superior Tribunal Militar haver conhecido e indeferido habeas corpus, versando sobre a custódia, impetrado contra ato do Juízo da Circunscrição Militar. COMPETÊNCIA - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE - DECRETO LEGISLATIVO Nº 5/64 - ÁREA, VEÍCULO E AGENTE MILITARES. A ressalva constitucional da competência da Jurisdição Especializada Militar - incisos IV e IX - não se faz presente no inciso V do artigo 109 da Constituição Federal. Cuidando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, iniciada a execução no Brasil e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, a competência é da Justiça Federal estrito senso. (STF, CC nº 7.087, Ministro Relator Marco Aurélio, julgamento 03/05/00, publicação 31/08/01).

Outra questão que deve ser abordada se refere à possibilidade de, havendo conexão de crimes da competência da Justiça Federal e da Justiça Militar da

União, os delitos serem apurados separadamente em cada jurisdição. Nesse sentido, temos como exemplo o caso do acidente da Gol.

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE AÉREO. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E HOMICÍDIO CULPOSO. DELITOS PRATICADOS POR MILITARES, CONTROLADORES DE VÔO. CRIMES DE NATUREZA MILITAR E COMUM. DESMEMBRAMENTO. PRINCÍPIO DO **NE BIS IN IDEM**. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Não ofende o princípio do **ne bis in idem** o fato dos controladores de vôo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas. 2. Solução que se encontra, **mutatis mutandis**, no enunciado da Súmula 90/STJ: "Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele". 3. Conflito não conhecido. (STJ, CC nº 91.016/MT, Ministro Relator Paulo Gallotti, julgamento 27/02/08, publicação 25/03/08).

Em relação ao delito de assédio sexual, tal conduta não é tipificada nesses termos na seara militar. Deve-se registrar que, no âmbito das Forças Armadas, no qual a hierarquia e a disciplina militares são extremamente rígidas, a criminalização como tipo penal militar do assédio sexual seria por demais oportuna, uma vez que, nessas instituições, a relação de mando, entre superior e subalterno, é razão de ser das FFAA. Enquanto há projeto de lei criminalizando o assédio moral para a legislação penal comum, não temos conhecimento de tal medida em relação à seara militar. Menos mal que, embora tais condutas não possam ser enquadradas como crime militar, uma vez que não previstas nesses termos no CPM, isso não significa que os agentes militares ficarão impunes. Isso porque a legislação penal comum os alcança, sendo competência da Justiça Federal processá-los e julgá-los, uma vez que agiram utilizando-se da relação hierárquica que detêm, havendo evidente interesse da União no fato.

Feitas essas breves anotações sobre a competência criminal da Justiça Federal e da Justiça Militar da União, passemos, pois, a analisar as implicações em outras áreas do Direito em relação a fatos que repercutem em ambas esferas mencionadas.

4. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS E CÍVEIS

A competência da Justiça Militar da União restringe-se a processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, CF). Ela não possui competência para as questões administrativas, nem mesmo para apuração das punições disciplinares, diversamente do que ocorre em relação à Justiça Militar estadual. Esta, desde a promulgação da EC nº 45/04, possui competência para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Todavia, observa-se, com uma frequência indesejável, o Superior Tribunal Militar julgar *habeas corpus* em matéria de punição disciplinar, o que evidentemente não lhe compete, pois, no nosso modesto entendimento, a sua jurisdição se restringe à seara criminal militar. Não há no Brasil nenhuma hipótese em que uma questão possa ser do conhecimento de duas ou mais jurisdições. A vingar o entendimento do STM, *habeas corpus* em matéria disciplinar seria tanto da sua competência como da competência da Justiça Federal de primeiro grau. Registre-se, por oportuno, que a legislação, no âmbito da JMU, restringe apenas ao Superior Tribunal Militar o processo e o julgamento dos *habeas corpus* (art. 469, CPPM; art. 6º, I, “c”, Lei nº 8.457/92). Destacamos alguns acórdãos.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Habeas Corpus impetrado em favor de Paciente punido disciplinarmente com vinte dias de prisão. A regra constitucional que veda o cabimento do Habeas Corpus em relação a punições disciplinares não é absoluta, não estando, pois, excluídos da apreciação judicial os aspectos atinentes à legalidade do ato punitivo (art. 142, § 2º, CF/1988). Hipótese em que tais aspectos foram observados pela autoridade militar indigitada coatora. Restando demonstrado que o Paciente tomou plena ciência da conduta irregular que lhe foi atribuída, tendo, inclusive, admitido que efetivamente a realizou, não há que se falar em instauração de procedimento investigatório para apurá-la. Não caracterizada, in casu, a

ocorrência de constrangimento ilegal. Denegação da Ordem. Unânime. (STM, HC nº 2009.01.034730-5, Ministro Relator Renato Quintas Magioli, julgamento 15/12/09 publicação 05/02/10) .

EMENTA. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CABIMENTO. Há muito esta Corte Castrense, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, vem se manifestando pela possibilidade de se apreciar habeas corpus em casos como o que ora se apresenta, desde que sejam analisados não os motivos da punição - matéria de mérito do ato administrativo -, mas os pressupostos de sua legalidade, tais como "a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada", tudo previsto nos Regulamentos Disciplinares de cada Força (STM, HC nº 2006.01.034201/DF; STF, RE nº 338840/RS). Decisão que aplicou punição disciplinar de 02 (dois) dias de detenção ao Paciente por ter faltado ao serviço, quando escalado como operador do Centro de Controle de Área de Brasília (CINDACTA I). A pena foi determinada em conformidade com as disposições do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer) e da Portaria nº 839/GC3, de 11 de setembro de 2003, que aprova a sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação de punição disciplinar militar. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na punição imposta, razão por que deve ser negado o presente pedido. Ordem denegada. Unânime. (STM, HC nº 2009.01.034617-1, Ministro Relator Rayder Alencar da Silveira, julgamento 24/03/09 publicação 17/04/09).

Ementa: HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. A Prescrição Administrativa do comportamento disciplinar da praça está prevista no Decreto nº 71.500/1972, em seu art. 17, estabelecendo o prazo de 6 (seis) anos. Assim, não há que se falar em prescrição administrativa. Comprovada a prática de conduta afrontosa e atentatória aos Princípios da Hierarquia e Disciplina, a Autoridade Administrativa Militar instaurará a sindicância. Imposta a punição disciplinar respeitando e seguindo a análise prevista no art. 16, inciso IV, do RDE, resta suficientemente motivada a decisão

proferida. Denega-se a Ordem de Habeas Corpus, por ausência de constrangimento ilegal. Decisão Unânime. (STM, HC nº 2008.01.034600-7, Ministro Relator Olympio Pereira da Silva Junior, julgamento 05/02/09 publicação 24/03/09).

EMENTA: Habeas Corpus. Prisão disciplinar. Apreciação Judicial circunscrita à legalidade do ato punitivo. Inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado pela via do remédio heróico porquanto demonstrado que a autoridade competente agiu nos estritos limites estabelecidos no RDAer, sendo plenamente atendidos os demais requisitos de validade do ato administrativo. Conhecido o pedido e denegada a ordem. Decisão majoritária. (STM, HC nº 2008.01.034513-2, Ministro Relator Francisco José da Silva Fernandes, julgamento 30/06/08 publicação 19/08/08).

Mas outras questões também devem ser objeto de debate. Passemos a analisar as implicações administrativas que atuam para o cometimento do delito de deserção, o qual, no nosso sentir, parece ser um dos crimes mais hediondos deste País.

O crime de deserção, esclareça-se, ocorre quando o militar se ausenta, sem motivo justificável, por mais de oito dias da organização militar onde serve. Trata-se de delito militar próprio que atenta contra o serviço e o dever militares, e, por assim ser, o seu cometimento é apenado de forma extremamente rigorosa: em tempo de paz, com detenção de seis meses a dois anos, sem possibilidade de *sursis*, por expressa vedação legal (art. 88, II, “a”, CPM); e, em tempo de guerra e na presença do inimigo, prevê o Código Penal Militar, no art. 392, a pena de morte, como grau máximo, e a reclusão de 20 anos, como grau mínimo.

Além disso, o STM entende que o desertor que se apresenta voluntariamente ou é capturado deve permanecer preso por até 60 dias, enquanto aguarda julgamento, com fundamento no art. 453, do CPPM, o qual transcrevemos: “Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo”.

Tal entendimento foi sumulado pelo STM: “Súmula 10 - Não se concede li-

berdade provisória a preso por deserção, antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM”.

Apenas em 2007, o egrégio STF declarou que tal prisão apenas decorrente de preceito legal, sem apoio em uma das hipóteses autorizadores da prisão preventiva, era ilegal.

EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM) que revogou a liberdade provisória do paciente por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar. 2. Crime militar de deserção (CPM, art. 187). 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM ("Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo"). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do CPPM estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O Parquet ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (CF, art. 5º, XV - HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007). 6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão

preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (CPM, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP. Precedente citado: HC nº 84.983/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005. Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, in abstracto, a tese de que "é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM". É dizer, o acórdão impugnado não conferiu base empírica idônea apta a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). Precedente citado: HC nº 65.111/RJ, julgado em 29.5.1987, Rel. Min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ 21.8.1987). 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente. (STF, HC nº 89.645, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgamento 11/09/07, publicação 28/09/07).

Todavia, apesar da clareza do acórdão, ainda assim o egrégio STM mantém seu entendimento de que a prisão do desertor é automática. Lamentamos.

Pois bem, entendendo que já demonstramos a “gravidade” do delito deserção, passemos pois a analisar as eventuais condutas administrativas relacionadas à prática do delito.

Estudo feito no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar constatou que o número de deserções estava aumentando ano a ano³.

	Ano 2002	Ano 2003	Ano 2004	Ano 2005	Ano 2006
IPD ⁴	06	28	35	77	64
Ação Penal	02	12	15	32	42

³ A 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar tem jurisdição na área central e noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, sendo sua sede na cidade de Santa Maria.

⁴ IPD: Instrução Provisória de Deserção. Faz a função do inquérito policial militar no crime de deserção.

Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Militar, em conjunto com o Ministério Público Federal, apurou quatro fatores que, em maior ou menor grau, poderiam estar contribuindo para essa situação.

As alegações sustentadas pelos militares desertores nos seus interrogatórios em juízo eram praticamente uníssonas no sentido de que a prática do ilícito ocorre por problemas sociais, donde quatro fatores estariam concorrendo, em maior ou menor grau, para o incremento daquela prática delituosa, a saber:

- a) a incorporação de conscritos residentes em municípios distantes das Organizações Militares em que irão servir;
- b) limitações espaciais, temporais e burocráticas para a não indenização, notadamente por parte do Exército, do Auxílio-Transporte para os incorporados se deslocarem para as suas residências;
- c) o baixo valor do soldo dos soldados que cumprem o serviço militar inicial (recrutas);
- d) a não divulgação aos jovens em processo de alistamento militar do direito fundamental à escusa de consciência, previsto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal.

O MPM e o MPF passaram, então, a combater, um a um, tais fatores contribuintes, com algumas ações exitosas e outras nem tanto. Analisemos cada item em separado.

Ficou comprovado que, no momento da seleção complementar, conscritos residentes no município-sede da Organização Militar designada estavam sendo dispensados sob diversas alegações, como a de estar cursando ensino superior, contrariando o expressamente previsto no item 4.5.3, do PRC/2006, que estabelece que “a condição de estudante universitário não caracteriza a situação de problema social”, ou de não serem voluntários, contrariando o previsto no item 7.9.3 do PRC/2006, que estabelece que “o conscrito constante da relação dos Distribuídos por Organização Militar como 'necessidade' deverá ter toda prioridade para incorporação, uma vez que possui nível de capacitação superior ao designado como 'majoração'”, sendo então incorporados para servirem jovens “voluntários” que residiam a centenas de quilômetros da organização militar.

Constatou-se, assim, o equívoco da situação, pois a Lei nº 4.357/64 (Lei do Serviço Militar), prevê que “tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência” (art. 21). Com igual teor, o Decreto nº 57.654/67, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, estabelece que “tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência” (art. 76). Por fim, reafirma o Decreto nº 66.949/70 também a necessidade de serem priorizados os conscritos residentes no município-sede da Organização Militar, ao dispor que se deve “aproveitar, para incorporação em Organizações Militares da Ativa, os conscritos residentes nos Municípios mais próximos da Organização Militar interessada” (item 6.3).

Então, MPM e o MPF recomendaram ao Comando da 3ª Região Militar que a) determinasse expressamente, no Plano Regional de Convocação, que o princípio da proximidade da residência devesse ser observado, tanto quanto possível, como critério de prioridade durante o processo de seleção, distribuição, designação, seleção complementar e incorporação dos conscritos para as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; b) divulgasse as medidas adotadas a todas as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; c) determinasse às Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM que mantivessem registro sobre os fundamentos que as levaram a dispensar os conscritos indicados como “necessidade” e residentes no município-sede; d) analisasse o fundamento das dispensas acima à luz das normas que regem o serviço militar obrigatório; e, e) apurasse eventuais descumprimentos das ordens daquele Comando com base no Regulamento Disciplinar.

Em retorno, o Comando da 3ª Região Militar informou as medidas administrativas adotadas para o cumprimento daquela recomendação ministerial, estando a questão relativa aos critérios para o chamamento de recrutas do SMO (Serviço Militar Obrigatório), em princípio, solucionada a contento.

Já em relação ao auxílio-transporte, constatou-se que o Exército, por intermédio da Portaria nº 098-DGP, de 31 de outubro de 2001, havia instituído limitação espacial para a concessão do auxílio transporte (AT), previsto na Medida Provisória nº 2.165-36/2001 da seguinte forma:

3. CONCEITUAÇÕES

[...]

j. Transporte coletivo municipal, intermunicipal ou in-

terestadual.

Transporte coletivo municipal ou urbano é aquele executado pelo poder público [...] O intermunicipal tem as mesmas características do municipal, com a diferença de que executa o deslocamento entre municípios integrantes de uma mesma região metropolitana (ex.: Grande Rio, Grande São Paulo, Grande Porto Alegre, etc.). **Também se enquadra como intermunicipal aquele de itinerário com extensão igual ou inferior a 75 km (setenta e cinco quilômetros) e que atende a localidades de um mesmo mercado de trabalho.** (Ex.: Volta Redonda-RJ/Barra Mansa-RJ, Resende-RJ/Itatiaia-RJ e outras). **[destacamos]**

Por entender que tal limitação (75 km) para a concessão do AT aos militares, notadamente aos soldados do Efetivo Variável (recrutas), não encontrava respaldo na lei (Medida Provisória nº 2.165-36/2001) e nos próprios regulamentos e portarias militares, bem como que a limitação imposta na referida portaria contribuía para o aumento do delito de deserção, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Militar expediram recomendação ao Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército para que revogasse toda e qualquer referência existente nas normas editadas pelo DGP a limites espaciais para a concessão do auxílio-transporte.

Em resposta àquela recomendação, o Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército Brasileiro remeteu cópia da Portaria nº 269-DGP, de 11 de dezembro de 2007, informando que tal normativa havia revogado a anterior limitação espacial de 75 quilômetros para o pagamento do auxílio-transporte.

Em relação ao baixo valor do soldo pago aos recrutas, essa, na visão do Ministério Público, seria uma das principais causas da deserção.

Na condição de titular da ação penal militar, o Ministério Público Militar observou que a maior parte dos delitos de deserção ocorre no círculo das praças de graduações mais baixas, com especial destaque para os soldados-recrutas, quais sejam, aqueles oriundos do Serviço Militar Obrigatório (SMO).

Esses militares, como é cediço, recebem a menor contraprestação estatal (soldo) das Forças Armadas, a qual, no ano de 2007, atingia modestos R\$

207,00 (duzentos e sete reais), conforme determinava a Lei nº 11.359, de 19 de outubro de 2006, quando, no mesmo período, o salário mínimo atingia o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

Tal quantia, além de se mostrar escassa para atender a todas as necessidades dos militares prestadores do Serviço Militar Obrigatório, representou um verdadeiro retrocesso social, uma vez que, em determinado momento histórico, o legislador ordinário garantiu a todos os militares o direito à percepção da remuneração em valores não inferiores ao do salário mínimo (art. 73, Lei nº 8.237/91). Revogar tal conquista, como fez o §2º do art. 18 da Medida Provisória nº 2.215/10, de 31 de agosto de 2001, sem propor medidas compensatórias, representou, na visão do Ministério Público, evidente retrocesso social, ferindo princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Em março de 2008, os órgãos ministeriais, litisconsorciados com a Defensoria Pública da União, propuseram Ação Civil Pública contra a União, objetivando garantir ao jovem que está prestando o serviço militar obrigatório o direito de não receber valor inferior ao salário mínimo vigente a título de remuneração mensal, conforme estabelecido no art. 73 da Lei nº 8.237, de 30 de setembro de 1991, que garantiu a todos militares, sem exceção, esse direito, vedado qualquer retrocesso social (AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 2008.71.02.001618-1-RS).

Nessa Ação Civil Pública, em que pese ter sido o processo prematuramente extinto sem resolução de mérito, não foi interposta apelação, em face da provável e inócua luta processual que se estabeleceria diante da novel Súmula Vinculante nº 6 do Supremo Tribunal Federal, publicada em 16 de maio de 2008 (após o ajuizamento da ACP), que, expressamente, assim diz: “Súmula Vinculante 6: Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”.

Todavia, coincidentemente, o valor do soldo do soldado teve um aumento substancial com o advento da Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei nº 11.748/09, a qual reajustou em mais de 100% o soldo do recruta prestador do serviço militar.

A tabela abaixo mostra a variação do soldo e do salário mínimo nos últimos anos, bem como o percentual daquele em relação a este. Percebe-se que,

no período em que essa relação atingiu o seu menor valor (ano de 2006), o resultado foi diretamente verificado no número de deserções, que teve seu maior número no período analisado.

Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais)							
	Abr/01	Abr/02	Abr/03	Mai/04	Set/04	Mai/05	Abr/06
Soldo do Recruta	153,00	153,00	153,00	153,00	168,00	168,00	168,00
Salário Mínimo (SM)	180,00	200,00	240,00	260,00	260,00	300,00	350,00
Proporção entre o soldo e o SM	85%	76,5%	63,75%	58,84%	64,61%	56%	48%

Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais) (cont.)						
	Abr/07	Mar/08	Mai/08	Fev/09	Jan/10	Fev/10
Soldo do Recruta	207,00	207,00	417,00 ⁵	453,00	492,00	492,00
Salário Mínimo (SM)	380,00	415,00	415,00	465,00	465,00	510
Proporção entre o soldo e o SM	54,47%	49,87%	100,48%	97,41%	105,80%	96,40%

Na atualidade, o valor do soldo dos soldados recrutas está, por força da MP nº 431/2008 – convertida na Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008 – próximo ao valor do salário mínimo. O MPF e o MPM entenderam que não subsistem mais elementos fáticos para a atuação ministerial.

Por fim, em relação à escusa de consciência, concluíram o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal que o número de cidadãos que alegaram imperativo de consciência para se eximir do serviço militar vem diminuindo drasticamente.

⁵ Por meio da Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei nº 11.784/08, foi reajustado o soldo dos militares, com aumentos escalonados previstos até janeiro de 2010, sendo que os efeitos financeiros retroagiram a janeiro de 2008.

A tabela abaixo mostra a quantidade anual de jovens que alegaram imperativo de consciência, ainda segundo o Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa.

Quantidade de Eximidos	ANO DA EXIMIÇÃO						
	Anos Anteriores	2002	2003	2004	2005	2006	Total
	28.678	11.082	3.637	170	3	36	43.606

Além da notória falta de divulgação do serviço alternativo, outro fator que influencia o não exercício daquele direito-dever (Serviço Militar Alternativo ou SMA) é a falta de transparência da Administração Militar no momento do alistamento do jovem. Como constatado ao longo do feito, de regra ninguém lhe pergunta se tem alguma escusa de consciência que o impeça de cumprir o serviço militar obrigatório.

Em face de todas essas questões, os órgãos ministeriais propuseram a Ação Civil Pública nº 2008.71.02.000356-3, autuada perante a 2ª Vara Federal de Santa Maria/RS, na defesa do interesse difuso de obrigar a União a efetivamente implementar a norma constitucional que estabelece o serviço alternativo àqueles que aleguem imperativo de consciência para se eximirem de prestar o serviço militar obrigatório.

Igualmente, a referida Ação Civil Pública objetivou obrigar à União, por meio das Forças Armadas, fazer a efetiva implementação do primado constitucional que determina a atribuição de serviço alternativo aos cidadãos que aleguem imperativo de consciência para se escusarem de prestar serviço militar obrigatório. Trata-se, enfim, de um preceito fundamental que até o presente jamais ocorreu, sendo que mais de 40 mil jovens foram dispensados dessa prestação alternativa pela sua inexistência, a despeito de a Lei Maior ter completado mais de 20 anos da sua promulgação.

Por fim, a referida ACP também buscava obrigar a União a divulgar o direito fundamental do cidadão à escusa de consciência, com a consequente contraprestação do serviço alternativo, pois as campanhas publicitárias pelos órgãos governamentais apenas fazem menção à obrigatoriedade do serviço militar.

Em julgamento de apelação interposto pelos órgãos ministeriais, a 4ª Turma do TRF-4^o decidiu que a União deve:

⁶ TRF-4, 4ª Turma, Apelação Cível nº 2008.71.02.000356-3/RS, julgado em 16/03/11, Desembargadora Relator Marga Inge Barth Tessler.

- a) no prazo máximo de 3 (três) anos a contar desta decisão, inserir nas campanhas publicitárias e no formulário o direito à escusa de consciência;
- b) no prazo máximo de 3 (três) anos, iniciar a implementação por meio de convênios com instituições públicas o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, firmando convênios em pelo menos duas áreas prioritárias: saúde e educação.

Todavia, os problemas administrativos relacionados ao crime de deserção não se restringem apenas ao momento anterior ao delito, havendo também questionamentos em relação a atos administrativos durante o período em que o desertor responde à ação judicial, depois de se ter apresentado voluntariamente ou ter sido capturado.

O Código de Processo Penal Militar estabelece uma condição de procedibilidade para ação penal no delito de deserção: ser o desertor considerado apto em inspeção de saúde para ser reincluído no serviço ativo, readquirindo a condição de militar que perdera com a sua ausência injustificada por mais de oito dias do quartel.

Ocorre que a condição de militar, necessária para a instauração da ação penal, segundo jurisprudência do STM chancelada pelo STF, deve permanecer durante toda a instrução processual. Nesse sentido, destacamos.

EMENTA: DESERÇÃO. CONDENAÇÃO "A QUO". INCONFORMISMO DA DEFESA. APELO PREJUDICADO. Militar que incorreu em deserção foi excluído das fileiras das Forças Armadas, antes do término do serviço militar obrigatório. O Tribunal, preliminarmente, julgou prejudicado o apelo defensivo por falta de condição de procedibilidade da ação penal, considerando a perda do "status" de militar do acusado, determinando o encaminhamento do presente Acórdão ao Comandante da Aeronáutica e ao Comandante do Centro de Lançamento de Alcântara, à luz do que dispõem os artigos 31, § 5º, da Lei nº 4.375/64 e 145 do Regulamento da Lei do Serviço Militar. Decisão por unanimidade. (STM, Apelação 0000041-50.2008.7.08.0008, Ministro relator Alvaro Luiz Pinto, julgamento 18/02/11, publicação 31/03/11).

Como a jurisprudência entende ser necessária, durante toda a fase processual, a condição de militar, mantendo-o no serviço ativo ainda que o desertor já tenha cumprido o tempo do serviço militar obrigatório, a alta administração militar orienta às organizações militares no sentido de que não podem licenciar o recruta quando do término do serviço obrigatório se ele estiver respondendo pelo delito de deserção. Entendemos equivocado tal posicionamento.

O art. 6º da Lei do Serviço Militar asseverou que o “serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses”. Já o art. 33 da LSM dispõe que “aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados e reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada”.

Parece claro que a prorrogação do serviço militar, de cada militar individualmente considerado, pressupõe, como *conditio sine qua non*, o requerimento do interessado e o interesse da administração militar, não se podendo, assim, falar em prorrogação individual do serviço militar com base apenas na vontade unilateral da Administração, por inexistência de amparo legal.

Nesse sentido, já se manifestou o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Ementa. Administrativo. Serviço Militar Obrigatório. Licenciamento durante o curso da ação penal militar. O art. 145 do Decreto 57.654/66 não impede o licenciamento do incorporado que responde à ação penal militar. Após o termo final do serviço militar obrigatório, licenciamento é efetuado de ofício, admitida a prorrogação apenas mediante requerimento do interessado, nos termos do art. 33 da Lei n.º 4.375/64. Impossibilidade de prorrogação com o objetivo de aguardar o trânsito em julgado da decisão na ação penal militar para subsequente aplicação da pena de expulsão. Remessa oficial cumprida. (TRF/4. ROMS. Processo 1998.04.01.050437-3/PR, 4ª Turma, relatora Sílvia Maria Gonçalves Goreb, decisão de 11.05.1999, Diário de Justiça de 07.07.1999, p. 411).

A manutenção no serviço ativo do militar que responde pelo delito de deserção após o término do prazo legal do serviço militar obrigatório, contra a sua vontade, é uma pena antecipada, de uma pessoa que sequer pode ser considerada culpada, pois ainda não ocorreu o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. O prejuízo é evidente. Por exemplo, se é absolvido em primeiro grau e o MPM recorre, segundo a jurisprudência atual, o réu deve permanecer no serviço ativo. Com isso, há casos de jovens que têm sua sentença absolutória confirmada pelo STM, mas que prestaram quase dois anos de serviço obrigatório.

Eram essas as breves afirmações acerca das consequências administrativas do delito da deserção que merecem um olhar mais atento dos operadores do Direito.

Todavia, há outras questões que merecem reflexão. O recrutamento dos jovens para prestar o serviço militar obrigatório movimenta, anualmente, mais de um milhão de alistados, dos quais pouco menos de cem mil irão efetivamente servir.

Dentro das fases do processo de seleção, está prevista uma inspeção de saúde. A questão é que essa inspeção é por demais superficial, sendo realizados apenas uma anamnese e um exame clínico, pois sequer o sangue é coletado, muito menos é feito algum exame mais complexo, como radiografias, eletrocardiograma etc.

Assim, é bem possível que seja incorporado para o serviço militar uma pessoa que possua um grave problema de saúde que não tenha sido possível se detectar durante a “singela” inspeção de saúde.

Ocorre que a LSM permite que seja anulada a incorporação do recruta se ele tiver uma doença que preexistia. Mas essa questão merece um olhar mais cauteloso, pois não nos parece que a administração pode simplesmente desincorporar o recruta se não realizou procedimentos básicos, como um simples exame de sangue, com uma simples alegação de que a doença preexistia. É responsabilidade da administração tal comprovação, bem como a comprovação de que não foi possível detectá-la no momento oportuno, a despeito de terem sido feitos diversos exames. Mas simplesmente não submeter o alistado a nenhum exame nos parece que implica em assumir o risco do resultado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A competência dos órgãos do Poder Judiciário é prevista na Carta Magna, sendo que compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Ocorre que há diversas questões que, embora sejam da competência da JMU, produzem reflexo na Justiça Federal e vice-versa.

O presente trabalho procurou identificar alguns desses pontos, com o objetivo de permitir uma melhor reflexão sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.