

“A PERDA DO POSTO E PATENTE DOS OFICIAIS DAS FORÇAS ARMADAS”

José Julio Pedrosa¹

I – O posto e a patente dos Oficiais das Forças Armadas

O Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80, define **POSTO** como sendo o grau hierárquico do Oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro da Força Singular – hoje do Comandante da Força - e confirmado em **carta patente** .

E carta patente, ou **PATENTE**, é o documento individual onde consta, para cada Oficial, o posto e o corpo ou quadro a que pertence, a fim de se fazer prova dos direitos e deveres que lhe são assegurados por lei.

A Constituição Federal garante, em plenitude, as patentes dos Oficiais das Forças Armadas, ao expressamente dispor no art. 142, § 3º, inciso I:

“I – as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a ela inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos Oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais militares, o uso dos uniformes das Forças Armadas.”

E nos incisos VI e VII do mesmo parágrafo 3º prevê a hipótese de perda do posto e patente:

“VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno 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.

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.”

Indigno do oficialato é o Oficial cuja conduta, moralmente reprovável, fere o pundonor, o decoro e a ética militares, cujos preceitos, em sua maioria, se contêm no artigo 28 do Estatuto dos Militares.

Incompatível com o oficialato é o Oficial cuja índole e modo de proceder não se harmonizam com os requisitos de disciplina, liderança e cumprimento do dever militar, comprometendo irremediavelmente o seu desempenho profissional.

Portanto, o Oficial das Forças Armadas só perde o posto e a patente se for julgado indigno ou incompatível com o oficialato por decisão judicial. Vale dizer, não pode ser demitido *ex officio* por ato emanado do Poder Executivo com base em processo disciplinar ou administrativo.

¹ Alte Esq - Ministro do Superior Tribunal Militar

Está aí a vitaliciedade, semelhante a que a Constituição concede aos magistrados e membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

A decisão que decreta a perda do posto e patente deve emanar, em tempo de paz, do Superior Tribunal Militar e, em tempo de guerra, de tribunal especial, e é proferida em processo regular e autônomo.

Trata-se de um julgamento de natureza moral onde se analisa a conduta do Oficial em face dos preceitos que informam a ética e o dever militares, e da preservação de valores essenciais para a instituição militar como a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, bem como a sua aptidão, ou inaptidão, para o exercício da função militar.

A exigência de processo autônomo deflui das alíneas VI e VII do art. 142 da Constituição Federal, principalmente da alínea VII, quando estabelece que o sentenciado à pena privativa de liberdade superior a dois anos será submetido ao julgamento previsto na alínea anterior após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O julgamento autônomo está presente no nosso ordenamento jurídico desde a Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Portanto, desde a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 não é possível aplicar as penas acessórias de perda de posto e patente, indignidade para o oficialato e incompatibilidade com o oficialato, previstas nas alíneas I, II e III do art. 98 do Código Penal Militar. Esses dispositivos, juntamente com os arts. 99, 100 e 101 do mesmo Código, foram revogados pela norma constitucional. Na realidade nunca estiveram em vigor, pois a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 é anterior à data de vigência do CPM.

Observe-se que, declarada pelo STM a indignidade ou a incompatibilidade com o oficialato, fica obrigatória a cassação do posto e patente. É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 104.387-3/RS, de cuja ementa se extrai:

“Se o Tribunal conclui que o oficial, em razão de ter sido condenado a três anos de reclusão, por crime de peculato, se tornou incompatível com o oficialato, ou o reconhece indigno do oficialato, a consequência há de ser a perda do posto e patente. Ofende o art. 93, parágrafo 2º, da Constituição, o acórdão que, reconhecendo a incompatibilidade com o oficialato, ou a indignidade, em virtude de condenação a três anos de reclusão, determina, apenas, a reforma do oficial.”(DJ de 09/09/1988).

Também, decretada a perda do posto e patente segue-se, como consequência, a demissão do Oficial, conforme o art. 119 do Estatuto dos Militares.

Do que foi visto, conclui-se que o julgamento da indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, dos Oficiais das Forças Armadas, e a competência do Superior Tribunal Militar para procedê-lo, decorrem de preceito constitucional.

Os ritos para esse julgamento, estabelecidos em nível infraconstitucional e no Regimento Interno do STM, correspondem a dois diferentes tipos de feito, que são autuados no Tribunal como:

Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato; e
Conselho de Justificação.

Cabe ainda mencionar que as disposições sobre perda de posto e patente são válidas para os Oficiais policiais militares e bombeiros militares, em decorrência do § 4º do art. 125 da Constituição Federal, sendo tribunais competentes para decretá-la os Tribunais Militares Estaduais, nos Estados onde eles existem, ou os Tribunais de Justiça nos demais Estados e no Distrito Federal.

II) A Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato

A Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato é regulada no Regimento Interno do STM, arts. 112 a 114.

Transitada em julgado a sentença da Justiça Comum ou Militar que haja condenado o Oficial das Forças Armadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o Procurador-Geral da Justiça Militar formulará Representação para que o Tribunal julgue se o sentenciado é, ou não, indigno ou incompatível com o oficialato.

A Representação do Procurador-Geral da Justiça Militar constitui, neste caso, a peça inicial do processo para o julgamento previsto no art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição.

No Tribunal, recebida, autuada e distribuída a Representação, é aberto prazo para a defesa escrita. Apresentada a defesa escrita, o feito é posto em mesa para julgamento.

Ao julgar, o Tribunal decide:

a) deferindo a Representação para declarar o Oficial indigno ou incompatível com o oficialato e, em conseqüência, decretar a perda do posto e patente ou;

b) indeferindo a Representação.

Como dito anteriormente, a declaração de indignidade ou de incompatibilidade com o oficialato implica, obrigatoriamente, na perda do posto e patente e na conseqüente demissão *ex officio*.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a decisão sobre a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e a conseqüente perda de posto e patente, em sede de Representação do Procurador-Geral da Justiça Militar, é de natureza jurisdicional, eis que tomada em julgamento instituído por norma constitucional (RE nº 104.387-3/RS, DJ de 09/09/1988).

O mesmo entendimento é adotado no Superior Tribunal Militar.

Disso resulta que nas Representações para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade admite-se o Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e também Embargos Infringentes do Julgado opostos perante o próprio STM.

Observe-se que a Representação para a Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade não é precedida de uma fase instrutória ou extrajudicial a cargo da autoridade militar. O feito nasce na Procuradoria-Geral da Justiça Militar e é processado e julgado em instância única no Superior Tribunal Militar.

Não obstante, cabe às Forças Singulares comunicar à Procuradoria-Geral todas as condenações de Oficiais a penas restritivas de liberdade superiores a dois anos. Isto é particularmente importante nas condenações operadas na Justiça Comum que, de outra forma, podem não chegar ao conhecimento do Chefe do *Parquet* Militar.

III) O Conselho de Justificação

Segundo o art. 1º da Lei nº 5.836/72, o Conselho de Justificação é um processo especial 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.

Diz ainda o referido dispositivo, em seu parágrafo único, que o Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao Oficial da reserva ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Na realidade não é somente isto.

O Conselho de Justificação, enquanto procedimento administrativo desenvolvido no âmbito da Administração Militar, pode esgotar-se em si mesmo, nas hipóteses de arquivamento, aplicação de pena disciplinar, inabilitação para o acesso e ocorrência de crime militar, mas também pode transformar-se em instrução preliminar ou extrajudicial do julgamento da indignidade ou incompatibilidade com o oficialato realizado no Superior Tribunal Militar.

Nos termos da Lei nº 5.836/72, é submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou *ex officio*, o Oficial:

I – acusado, oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social, de ter procedido incorretamente no desempenho do cargo, tido conduta irregular ou praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

II – considerado inabilitado para o acesso em caráter provisório;

III – afastado do cargo por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes;

IV – condenado por crime de natureza dolosa a pena restritiva de liberdade até dois anos;

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

O Conselho julgará, fazendo constar do relatório:

a) se o Oficial é culpado, ou não, da acusação que lhe foi feita;

b) se está ou não inabilitado para o acesso, em caráter definitivo, quando for o caso; e

c) se em razão da condenação, por crime de caráter doloso, a pena privativa de liberdade até dois anos está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

A decisão cabe ao Comandante da Força que, aceitando ou não o julgamento do Conselho, determinará:

a) o arquivamento do processo, se considerar procedente a justificação;

b) a aplicação de pena disciplinar se considerar que houve transgressão disciplinar;

c) a remessa do processo ao Auditor competente, se considerar que houve crime militar;

d) a transferência para a reserva remunerada se o Oficial foi considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo; e

e) a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar se o Oficial foi considerado culpado em razão de ter procedido incorretamente no exercício do cargo, tido conduta irregular ou praticado ato que afete a honra pessoal, o

pundonor militar ou o decoro da classe; de ser incompatível com o cargo do qual foi afastado ou incapaz de exercer as funções militares a ele inerentes; de pertencer a partido político ou associação suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional; ou se pelo crime cometido o Oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

O processo administrativo inicia-se pela autuação do ato de nomeação e dos documentos que o acompanham, entre os quais deve estar a acusação formal ou a comunicação da Comissão de Promoções de Oficiais sobre a não habilitação, em caráter provisório, para o acesso ou a comunicação sobre a condenação por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade até dois anos.

Segue-se a qualificação e interrogatório do Justificante, a oitiva de testemunhas e a produção de provas. Em seguida, o Conselho fornece ao Justificante o libelo acusatório, com o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados, e abre prazo para as razões de defesa.

Apresentadas as razões de defesa, o Conselho delibera, produz o relatório e remete o processo para o despacho do Comandante da Força.

No Superior Tribunal Militar o processo oriundo do Conselho de Justificação, autuado e distribuído, vai com vista ao Justificante para manifestar-se, por escrito, sobre os fatos que lhe são imputados. Em seguida, é ouvido o Procurador-Geral da Justiça Militar e, após, colocado em mesa para julgamento.

O julgamento é essencialmente o mesmo da Representação do Procurador-Geral e está conforme com art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição - julga-se da indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato. Há, apenas, uma diferença: o art. 16 da Lei nº 5.836/72 prevê a possibilidade de o Tribunal, não declarando o Oficial indigno ou incompatível com o oficialato, julgá-lo incapaz de permanecer na ativa ou na reserva e, em decorrência, determinar a sua reforma.

É interessante ressaltar alguns pontos importantes no procedimento do Conselho de Justificação. São os seguintes:

a) Nulidades

O Superior Tribunal Militar tem anulado os processos oriundos de Conselho de Justificação quando ocorre a inépcia do libelo acusatório, o cerceamento de defesa, a falta de motivação no relatório e a prescrição dos fatos imputados ao Justificante.

Acrescento, ainda, como causa de nulidade, a falta da acusação oficial a justificar a nomeação do Conselho de Justificação *ex officio*, nos casos de procedimento incorreto, conduta irregular ou prática de ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, e a falta de motivação para o afastamento do cargo, nos casos de incompatibilidade ou incapacidade para o exercício das funções militares a ele inerentes.

É de observar que, ao contrário do que ocorre com os inquéritos policiais, as nulidades ocorridas no Conselho de Justificação, enquanto processo administrativo, se propagam para o feito no STM, eis que não há uma instrução probatória em sede judicial a suprir as deficiências do procedimento administrativo.

b) Acusação oficial

A acusação oficial a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.836/72 é o documento onde a autoridade que formula a acusação descreve a conduta incorreta, irregular ou anti-ética do Oficial e propõe ao Comandante da Força a nomeação do Conselho de Justificação.

A acusação deve ser clara e precisa o bastante para permitir à autoridade nomeante o enquadramento em uma das situações previstas no referido dispositivo.

Corresponde à acusação formal a comunicação sobre a não habilitação para o acesso, em caráter provisório, ou sobre a condenação por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade inferior a dois anos.

No caso da não habilitação para o acesso, em caráter provisório, a Comissão de Promoções de Oficiais deve juntar à comunicação elementos informativos que possibilitem ao Conselho de Justificação proceder à instrução e ao julgamento do Justificante.

O mesmo é de se dizer nos casos de condenação a pena inferior a dois anos.

Note-se que, nomeado o Conselho com base na comunicação da Comissão de Promoções sobre a não habilitação para o acesso, a decisão do Comandante da Força só poderá ir até a transferência do Justificante para a reserva. O processo não chega ao Superior Tribunal Militar.

c) Libelo acusatório

O libelo acusatório é peça essencial do processo porque é dos fatos nele transcritos que o Justificante se defenderá, e é unicamente por esses fatos que ele poderá ser julgado.

Diga-se, inicialmente, que a expressão “*libelo acusatório*” é totalmente inadequada. Ela dá a impressão de que se trata de peça de acusação correspondente à denúncia no processo penal, e que, por isso mesmo, melhor estaria se formulada por órgão acusador.

Nada mais equivocado.

No Conselho de Justificação, o que equivale à denúncia é o ato de nomeação acompanhado do documento formal de acusação.

O libelo acusatório nada mais é do que uma síntese das acusações admitidas pelo Conselho, que as transcreve com a finalidade de permitir ao Justificante saber com precisão do que é acusado e do que deve se defender. É, nesse sentido, um documento que serve muito mais à defesa do que à acusação.

Na realidade, o libelo acusatório corresponde ao despacho de instrução e indicição do processo administrativo disciplinar (art. 161 da Lei nº 8.112/90) que, como leciona JOSÉ ARMANDO DA COSTA (“Processo Administrativo Disciplinar”, 3ª ed., Brasília Jurídica, 1999, pág. 134) bem se aproxima da sentença de pronúncia no processo criminal nos delitos de competência do Júri. É, assim, peça de natureza declaratória que faz um acerto provisório sobre os fatos imputados ao Justificante.

O libelo acusatório, para preencher sua finalidade no processo, precisa conter “*com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos*” imputados ao Justificante, como requer o art. 9º da Lei nº 5.836/72. Libelo acusatório impreciso, confuso ou sem conteúdo fático é inepto e causa a nulidade do processo.

d) Ampla defesa

O princípio da ampla defesa insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal se sobrepõe e derroga qualquer disposição restritiva contida

na legislação infraconstitucional. Sua violação constitui causa de nulidade absoluta.

Diz a norma constitucional:

“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

No Conselho de Justificação isto significa, para o Justificante, por exemplo:

- a presença, com o advogado, em todas as sessões;
- a oportunidade para prestar esclarecimentos sobre a imputação e seus fatos geradores;
- a faculdade de requerer todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar, inclusive arrolar testemunhas, e requerer diligências;
- a oportunidade de formular quesitos para os exames periciais;
- a vista dos autos;
- o ensejo de argüir prescrição; e
- a apresentação de razões de defesa.

e) Relatório

Concluída a prova testemunhal e realizadas todas as diligências, o Conselho, após detido e criterioso exame da prova dos autos e das razões de defesa, passa a deliberar e a produzir o relatório que será submetido à autoridade nomeante.

O relatório deverá atender ao requisito obrigatório da motivação ou fundamentação da decisão do Conselho.

Não há um modelo ou fórmula pré-estabelecida para o relatório, mas ele conterà, necessariamente, os seguintes tópicos:

- a) resumo das acusações constantes do libelo acusatório;
- b) menção aos termos de inquirição e de acareação e aos exames periciais;
- c) menção às razões de defesa;
- d) razões de convicção; e
- e) conclusão.

Na conclusão, o Conselho dirá da culpabilidade do Justificante, bem como da inabilitação para o acesso ou da incapacidade para permanecer na ativa ou inatividade, quando for o caso.

f) Prescrição

De acordo com o que estabelece o art. 18 da Lei nº 5.836/72, os fatos ou atos atribuídos ao Justificante prescrevem em seis anos. E fatos ou atos prescritos não podem ser objeto de deliberação pelo Conselho de Justificação, sob pena de nulidade.

g) Ação penal

A nomeação e o processo do Conselho de Justificação independe do processo penal mas, se o Justificante estiver sendo processado criminalmente pelo mesmo fato que o levou a Conselho, o feito no Superior Tribunal Militar será sustado até o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal. Se, entretanto, o Oficial também incidiu em conduta reprovável diversa daquela que

está sendo apurada na ação penal, o feito prosseguirá com a apreciação, sob o enfoque ético e moral, desta última conduta.

Assim, havendo indícios de crime, é importante que a instrução provisória e a conseqüente ação penal sejam iniciadas sem delongas, para evitar a prescrição dos fatos apreciados pelo Conselho.

IV – A controvérsia sobre a natureza do processo oriundo do Conselho de Justificação

O Supremo Tribunal Federal já entendeu que a decisão tomada pelo Superior Tribunal Militar em sede de Conselho de Justificação é de natureza administrativa, em contraposição à tomada na Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade que, por decorrer de norma inscrita na Constituição, é de natureza jurisdicional.

Assim julgou no RE nº 104.387-3/RS :

“Por força da decisão de que cuida o art. 93, §§ 2º e 3º da Lei Maior, pode ser afastada a garantia constitucional da patente e posto. Nesse caso, a decisão possui natureza, material e formalmente, jurisdicional, não sendo possível considerá-la como de caráter meramente administrativo, a semelhança do que sucede com a decisão do Conselho de Justificação” (DJ 09/09/1988).

O Superior Tribunal Militar tem acompanhado esse entendimento que, todavia, julgo equivocado.

O Conselho de Justificação é de natureza administrativa, enquanto procedimento que se desenvolve no âmbito da Administração Militar. Nisso não difere do Inquérito Policial Militar.

Provavelmente, a causa da confusão é o fato do processo julgado no STM levar o mesmo nome do processo administrativo julgado pelos membros do Conselho de Justificação e ratificado pelo Comandante da Força.

Na realidade, o STM não julga o Conselho de Justificação, mas sim o “processo oriundo do Conselho de Justificação”, como expressamente se refere o art. 14 da Lei nº 5.836/72, ou os “feitos originários do Conselho de Justificação”, como estabelece o art. 6º, inciso II, alínea f), da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92).

E esse processo não é outro senão o do julgamento do previsto no art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição. Se não fosse assim, nunca poderia resultar na perda do posto e patente.

É obvio que, à luz do texto constitucional, determinar a perda do posto e patente de Oficial das Forças Armadas não é decisão que pode ser tomada em processo administrativo.

O Conselho de Justificação julgado no Superior Tribunal Militar é processo de natureza judicial tanto quanto a Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato, já que em ambos se procede ao julgamento previsto no art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal.

Essa definição é importante porque repercute na possibilidade recursal. Sendo o processo de natureza judicial, deve admitir Recurso Extraordinário e Embargos Infringentes do Julgado.

Há, ainda, quem argumente que a competência do Tribunal para determinar a reforma do Oficial Justificante, prevista no art. 16 da Lei nº 5.836/72,

é inconstitucional porque não encontra amparo no art. 124, que atribui à Justiça Militar competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e nem no pré-falado art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição.

Não concordo com esse argumento. Sigo, no caso, a lição do Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 3, Saraiva, 1994, pág. 35), que diz:

“No sistema constitucional, a Justiça Militar tem uma competência privativa que não lhe pode ser sonegada: processar e julgar os crimes militares. Para tanto é que foi prevista. Essa competência pode, contudo, ser estendida a outros casos (v., infra, parágrafo único).”

O citado parágrafo único, como se sabe, prevê que a lei, regulamentando a Constituição, disporá sobre “a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”.

Também, a possibilidade de uma decisão do Superior Tribunal Militar que implica na reforma do Oficial não é bastante para caracterizar o feito como de natureza administrativa, eis que mesmo no processo penal está prevista sanção idêntica, como se vê no art. 170 do Código Penal Militar, que tipifica o crime de **ordem arbitrária de invasão**.

V – A situação do Oficial declarado indigno ou incompatível com o oficialato

O Oficial declarado indigno ou incompatível com o oficialato, por decisão do Superior Tribunal Militar, perde, obrigatoriamente, o posto e a patente, nos termos do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal.

Perdendo o posto e a patente será demitido *ex officio* sem direito a qualquer remuneração ou indenização e receberá a certidão de situação militar prevista na legislação que trata do Serviço Militar. Deixa de ser Oficial e militar.

É o que estabelece o art. 119 do Estatuto dos Militares.

E, de acordo com o art. 20 da Lei de Pensões Militares (Lei nº 3.765/60), o Oficial “*que perde posto e patente deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente*”.