

## **A INCONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL MILITAR BRASILEIRO INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL Nº. 8.115/85.**

Fernando Gustavo Knoerr<sup>1</sup>

### **INTRODUÇÃO**

É da tradição da Justiça Castrense brasileira o julgamento colegiado de oficiais e praças, sempre por seus pares, de igual ou superior patente hierárquica.

Também era da tradição desta Justiça Especializada, a realização de sessões secretas de julgamento nos moldes em que ainda as previa a Lei estadual nº. 8.115, de 25 de julho de 1985.

Tal tradição, contudo, foi abandonada a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que no artigo 93, IX, veda com hialina clareza o julgamento em sessão secreta, reputando-o nulo, vez que admite tão-somente a limitação de presença às partes e defensores, ou somente a estes.

Note-se que, no regramento do precitado artigo da lei estadual, também o artigo 434 do Código de Processo Penal Militar previa a realização de julgamento por Conselho de Justificação reunido em sessão secreta, sendo considerado inconstitucional pela mais autorizada jurisprudência nacional.

Colha-se, neste particular, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que já se sedimentou.

De tudo quanto foi exaustivamente exposto, é inevitável concluir que não é lícita (ou melhor, não se amolda à fonte de validade constitucional) a sessão realizada de forma absolutamente secreta, é dizer: sem a inequívoca intimação das partes e seus defensores para que dela venham participar.

É admitida a limitação de presença, ainda assim desde que por justificado interesse público, como bem leciona Lauria Tucci, ao asseverar:

*“Nota-se que, desde logo, que o legislador constituinte não deixou ao arbítrio do juiz a determinação de ser imprimido o segredo quando reclamado por questões de*

<sup>1</sup> Procurador Federal em Curitiba, Advogado, Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Membro dos Institutos Brasileiro e Paranaense de Direito Administrativo, Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos – IBEJ, Professor adjunto de Ciência Política nos Cursos de Direito das Faculdades do Brasil, do UNICENP e da UNIFOZ.

*interesse público ou social, ou em defesa da intimidade: a lei é que deverá impor o regime da publicidade restrita aos litigantes. Necessário também frisar que a primeira das disposições constitucionais em exame, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, não apenas reservou a publicidade às partes a aos seus respectivos advogados, mas tão-somente a estes.”<sup>2</sup>*

Nada obstante, é justamente em sessão secreta, sem intimação do próprio ou de seu defensor, que os Justificantes submetidos a julgamento pelo procedimento instituído pela Lei em comento.

E não se argumente que a publicidade apenas é imposta às sessões de julgamento judiciais, embora o STF já tenha inclusive afirmado a natureza judicial do presente procedimento<sup>3</sup>, pois, ainda que o artigo 93, IX, da CF, não seja suficientemente claro quanto à publicidade dos atos de julgamento extrajudiciais, administrativos (como é o caso presente), nenhuma dúvida paira sobre a inconstitucionalidade da sessão secreta de julgamento quando de a confronta com o disposto pelo artigo 5º, LX, da CF: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

Com efeito, se a própria Constituição Federal não excepciona o princípio da publicidade para os casos de processos administrativos movidos contra oficiais da Polícia Militar, como o presente, não é dado ao legislador infraconstitucional, estadual, fazê-lo.

Ademais, ainda que não se reconheça índole judicial ao ato condenatório do Justificante, mas meramente administrativa, ainda assim a inconstitucionalidade permanece, não por ofensa ao referido art. 43, IX, e sim por infringência ao artigo 37,

<sup>2</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição e processo de 1988 (Regramentos e garantias constitucionais do processo)*. Editora Saraiva: São Paulo, 1989. P. 86.

<sup>3</sup> RE-186116 - Ministro MOREIRA ALVES - **Publicação** DJ DATA-03-09-99 PP-00042 EMENT VOL-01961-03 PP-00488 - **Julgamento** 25/08/1998 - Primeira Turma RECURSO EXTRAORDINÁRIO. - TAMBÉM OS OFICIAIS DAS POLÍCIAS MILITARES SÓ PERDEM O POSTO E A PATENTE SE FOREM JULGADOS INDIGNOS DO OFICIALATO OU COM ELE INCOMPATÍVEIS POR DECISÃO DO TRIBUNAL COMPETENTE EM TEMPO DE PAZ. ESSE PROCESSO NÃO TEM NATUREZA DE PROCEDIMENTO “PARA-JURISDICCIONAL”, MAS, SIM, NATUREZA DE PROCESSO JUDICIAL, CARACTERIZANDO, ASSIM, CAUSA QUE PODE DAR MARGEM À INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. - INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE OFENSA AO ARTIGO 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

OBSERVAÇÃO.

Votação: Unânime.

Resultado: Não conhecido.

N.PP.:(14). Análise:(JBM). Revisão:(AAF).

Inclusão: 21/09/99, (SVF).

Partes

RECTE. : HERON WILLIAN CAMPOS

RECDÓ. : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO”

*caput*, que erige o princípio da publicidade como um dos pilares da Administração Pública brasileira. Não é por outro razão que Romeu Bacellar, em consagrada obra sobre o Processo Administrativo Disciplinar afirma “*Mediante a garantia da publicidade impõe-se a dinâmica de todo e qualquer procedimento ou processo administrativo.*”<sup>4</sup>

Na mesma linha segue Celso Ribeiro Bastos quando, ao comentar estes dispositivos da Lei Maior, leciona:

*“Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio a consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não despertar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se reveste do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direito individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário. Daí porque esta preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo ser muito mais vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores serão as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário.”*<sup>5</sup>

Como asseverou o Ministro Celso de Mello, “*o novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.*”<sup>6</sup>

Há que se reconhecer, ainda, a nulidade da sessão secreta assim realizada porque, não raro, os julgamentos proferidos por este meio lastreiam-se em provas unilateralmente colhidas pela Instituição Policial Militar, que, por tal razão, não poderiam ser adotados como fundamentação da condenação.

Com efeito, é de ululante obviedade que se não fosse vedada a participação do Justificante e de seu Advogado na sessão de julgamento, tal irregularidade seria oportunamente levantada, como questão de ordem, e teria sido utilizada como fundamento decisivo para sua condenação.

<sup>4</sup> Bacellar F<sup>o</sup>. Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 184.

<sup>5</sup> Bastos, Celso Ribeiro e Martins. Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2<sup>o</sup>. Saraiva: São Paulo, 1989. p. 268.

<sup>6</sup> STF. Mandado de injunção n<sup>o</sup>. 284/DF Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. 22/11/1992. DJU de 26 jun. 1992. pp. 10103.

Não sem razão dizia Mirabeau em discurso perante a Assembléia Constituinte Revolucionária: *“donnez-moi le juge que vous voudrez: partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public.”*<sup>7</sup>

Nessa linha, ainda que não fosse, *ad argumentandum*, por ofensa ao princípio constitucional ao qual se apegam todos os tribunais pátrios para reconhecer a nulidade da sessão secreta de julgamento, o inequívoco cerceamento de defesa do Justificante, por si só, já seria sua causa suficiente.

### **1. A Ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência**

A partir da admissão da existência de um núcleo comum de processualidade, é dizer, de uma base principiológica genérica a todo o sistema processual, de índole constitucional, torna-se indefensável a não extensão dos princípios próprios do devido processo legal – outrora reservados unicamente ao processo judicial – ao processo administrativo.

Fala-se em núcleo comum de processualidade, nesse particular, na linha em que o definiu Fazzalari ao frisar que *“...se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas últimas não detêm sua exclusividade; Esse modelo...vem utilizado também na realização de outras atividades fundamentais do Estado distintas da jurisdição: assim a atividade administrativa.”*<sup>8</sup> Continuando em outra obra a asseverar que *“O processo é uma estrutura na qual se desenvolvem numerosas atividades de direito público (em especial, mas não somente, funções fundamentais do Estado)...O direito público não se limita a disciplinar o ato, por assim dizer, final. Também exige uma série de atividades preparatórias quanto ao ato; há processos nos quais se desenvolve a atividade dos órgãos estatais que formam a Administração Pública.”*<sup>9</sup>

No sistema jurídico brasileiro, a admissão desse núcleo comum de processualidade ganha maior consistência do que mera especulação doutrinária quando se constata que a Constituição brasileira de 1988, por duas vezes, refere ao devido processo legal também como instrumento de atuação da Administração Pública: uma no artigo 5º, LV, quando prevê que *“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”*; e duas, ao prever, no artigo 41, que *“§ 1º o servidor público estável só*

<sup>7</sup> “Dêem-me o Juiz que vocês quiserem: parcial, corrupto, meu inimigo mesmo, se quiserem, pouco me importa, pois ele não poderá fazer nada além, diante da face do público.” In Grinover, Ada Pellegrini et alii. Teoria geral do processo. Revista dos tribunais. São Paulo, 1991. 8ª edição. pp. 67/68.

<sup>8</sup> Fazzalari, Elio. *Processo (teoria generale)* in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, 1966, pp. 1068 e 1069. Apud Odete Medauar. A processualidade no direito administrativo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993. p. 18.

<sup>9</sup> Fazzalari, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*, 1975, pp., 03, 4 e 7. Apud Odete Medauar. A processualidade no direito administrativo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993. p. 18

*perderá o cargo: II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.”*

Resta assim admitida a necessidade do devido processo legal sempre que a atuação da Administração Pública for restritiva ou sancionatória de direitos do particular. É dizer, quando a Administração Pública restringe o uso de uma ou algumas das faculdades<sup>10</sup> que compõem um direito do particular ou de um seu servidor, ou quando, a partir da apuração de uma conduta ilícita deste, impõe-lhe um apenamento, um castigo em retribuição.

Com essas premissas chega-se ao ponto nodal da distinção entre processo e procedimento administrativo, ditada por Bacellar Filho consoante a seguinte equação: “Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos em contraditório, o procedimento expressa-se como processo”<sup>11</sup>

Vê-se destarte que a principiologia do devido processo legal faz-se presente unicamente, e porque apenas nestes casos é funcional, quando a atividade administrativa do Estado toca restritivamente interesse de terceiros, particulares. Aí sim exsurge a noção de processo como garantia constitucional.

Nessa linha, o simples atuar burocrático interno à estrutura da Administração Pública, dentro das formas peculiares do exercício de sua função, dispensa a tutela constitucional, pois, ao menos em um primeiro momento, este atuar não deve conduzir a nenhuma restrição ou sanção a particular.

Se conduzir, o procedimento dará azo, ainda que incidentalmente, à instauração de um processo, com todas as garantias que lhe são imanentes. *Tertium non datur*.

A partir dessas premissas a outra conclusão não se chega senão à de que o processo existe para apuração de culpa (no caso de procedimentos tendencialmente sancionatórios) ou para demonstração da licitude da restrição a este imposta (no caso das restrições ao exercício das faculdades do direito de propriedade impostas pela Administração Pública).

Em outras palavras, o processo somente existe porque o particular se presume inocente diante da Administração Pública, ou não merecedor da restrição que lhe é ditada.

A presunção de inocência é, em suma, a *ratio essendi* do processo.

Essa linha, contudo, é frontalmente contrariada pela estrutura que a Lei estadual n°. 8.115, de 25 de julho de 1985, que fala em “processo de justificação”, é dizer trabalha

<sup>10</sup> O termo “faculdade” é aqui utilizado no mesmo sentido em que é empregado Mota Pinto (Direito Civil, Parte Geral, Coimbra, Portugal, 1997), fazendo referência ao conjunto de poderes que integral um direito subjetivo. Por exemplo, o direito de propriedade é classicamente integrado pelas faculdades de usar, fruir e dispor (*utendi, fruendi et abutendi*). O tolhimento, por parte da Administração Pública, do uso de alguma ou de algumas destas faculdades (tombamento, requisição administrativa, ou qualquer outra forma), assinala o exercício de uma restrição.

<sup>11</sup> Bacellar Fo., Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. Max Limonad: São Paulo, 1998. p. 46

com presunção de culpa, já que joga para o acusado o ônus de provar que não atuou da forma que contra si é alegada.

E ainda, se o chamado Justificante não lograr afastar a presunção de culpa, declara-se, de regra, não justificadas as acusações que lhe foram imputadas na exordial delatória, estando o Justificante incurso no Art...”

## **2. Precisão Conceitual do Princípio da Presunção de Inocência**

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da presunção de inocência vem explicitado no artigo 5º, LVII, ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

De fato, a redação da previsão constitucional pode até mesmo induzir à conclusão de que este princípio apenas se aplica ao processo penal.

Tal raciocínio, contudo, não resiste à concepção de um arcabouço processual genérico (núcleo comum), constitucionalmente fundamentado, indutor de uma interpretação principiológica sistemática do processo brasileiro e avesso a uma noção sectária de que os princípios constitucionais aplicam-se restritivamente, não subsistindo ainda à idéia de que o processo existe para a comprovação de culpa; é dizer: se não se admite que o princípio da presunção de inocência aplica-se também ao processo administrativo, nega-se a própria idéia de processo administrativo, que já tem consagração constitucional, como demonstrado, pois descarta-se a própria razão de ser deste processo, já que, se à Administração Pública for dado afirmar unilateralmente a culpa do particular ou de um seu servidor, impondo-lhe uma restrição ou sanção, razão nenhuma existe para desencadear um procedimento que, sem as garantias próprias do processo, conduza inevitavelmente ao resultado por ela desejado.

Mais ampla é a previsão deste princípio na Carta Constitucional lusitana que o define a partir da seguinte previsão: “Art. 32.2- *“Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”*”

O princípio da presunção de inocência trata de uma presunção relativa, afastável por uma prova cabal em sentido contrário, prova produzida para demonstrar a culpa do particular, capaz de fazer incidir a sanção aplicável pela Administração.

Mas o que se presume é a inocência, e não a culpa, contrariamente ao que ocorre na Lei analisada, dando azo a um processo geneticamente nulo, por ofensa a um princípio constitucional.

## **3. A Funcionalidade do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Administrativo**

Na demonstração que vimos realizando, o princípio da presunção de inocência erige-se como o antecedente lógico da própria existência do processo. Tal realidade, como não poderia deixar de ser, tem repercussões na idéia de processo administrativo e também

na forma como este se estrutura.

Embora fosse tema doutrinarmente pacífico, o silêncio da legislação abria espaço a controvérsias que foram de vez dirimidas com a inserção, na Lei de Processo Administrativo (Lei nº. 9.784/99), da previsão de que o processo administrativo, assim como o processo penal, busca a verdade material, é dizer, não há limitação procedimental à apuração da verdade dos fatos trazidos ao conhecimento da Administração.

O processo administrativo, por tratar diretamente do interesse público, trabalha com bens jurídicos indisponíveis, daí porque, sendo inafastável a concepção da Administração Pública como parte e julgadora, todas as questões argüidas são passíveis de conhecimento *ex officio*, sendo passíveis de produção, por iniciativa autônoma, todas as provas que se mostrem imprescindíveis à plena demonstração do que foi afirmado em defesa.

Por tais razões, no processo administrativo, assim como em todos aqueles que se pautam pela busca da verdade material, acusação e defesa não se postam em posição antagonista. Ao contrário devem comungar esforços, devem auxiliar-se mutuamente para a verificação da existência do fato apto a desencadear a aplicação de sanção ou restrição. Não há litígio. Não há divergência. Administração Pública e particular voltam-se para o mesmo objetivo. A Administração Pública vincula-se ao fato de não poder desprezar fato qualificador ou agravante para favorecer o particular.

Essa conclusão encontra respaldo na Constituição de 1988 que, neste particular, apresentou inovação na definição dos “litigantes” e “acusados”, demonstrando, de modo inequívoco, a situação específica do processo administrativo pelo enunciado do artigo 5º, LV.

Todo ato administrativo de afastamento da presunção de inocência será, sob pena de ilegalidade<sup>12</sup>, resultado de um processo. O que significa dizer que a presunção apenas poderá ser afastada através de provas colhidas sob o balizamento dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da motivação.

Disso se conclui que, se o princípio da presunção de inocência é o *prius* lógico do processo, os da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação são os caminhos pelos quais, dentre da sistemática principiológica do processo, este deverá ser conduzido.

Sob pena de se tornar disfuncional, já que o propósito de todo princípio é trazer coerência aos elementos que em seu redor se encontram aglutinados, todo princípio deve integrar um sistema, é dizer: deve se inserir harmonicamente dentro de um conjunto coerente.

Distintamente do sistema jurídico que inaugura, o sistema principiológico reveste-se de um caráter plástico, sendo impossível, em função da própria densidade do sistema, falar-se isoladamente de um princípio sem referir-se a outros que lhe servem de guia.

<sup>12</sup> Adote-se aqui o sentido lato de legalidade. é dizer, adotando-se a Constituição como uma de suas fontes.

Os princípios, em outras palavras, não são integralmente auto-referentes.

Dessa regra não foge o princípio da presunção de inocência, como já insinuado, pois, sendo claro que o processo é o instrumento de atuação estatal que se volta a afastar esta presunção (ou a confirmá-la), dando azo ou repelindo definitivamente a aplicação da restrição de direito por parte da Administração Pública, é igualmente claro que não satisfaz à necessidade de prévio processo a instauração de uma seqüência de atos que, conduzidos unilateralmente pela Administração Pública, voltem-se apenas a demonstrar o que esta pretendia.

Faz-se necessário o processo justamente para que Administração Pública chegue muitas vezes a conclusões contrárias ao seu interesse primário (terminologia de Alessi).

O processo é, em suma, o espaço aberto à contradição da Administração, ainda quando por esta seja iniciado.

Contudo, esta idéia de processo seria de todo vazia se comportasse restrição à defesa do particular, pois é curial que esta restrição conduziria ao cerceamento da manifestação da parte sempre que contrária ao interesse primário da Administração.

E, por fim, de nenhum valor seria o processo se a Administração pudesse concluí-lo sem atrelar-se aos elementos de convicção que nele foram apresentados. De nenhum valor seria sem a necessidade de suficiente fundamentação, pois a conclusão seria descompromissada de toda a matéria de defesa apresentada.

Por tais razões, o processo hábil a permitir a aplicação de restrição a direitos por parte da Administração é tão-somente aquele balizado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, como *standart* mínimo do *due process of law* administrativo.