

I nconstitucionalidade da

correção da denúncia por orientação de despacho fundamentado do juiz (§1º do art. 78 do Código de Processo Penal Militar)

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar

Mestre em Direito Penal pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de questionar a aplicação do § 1º do art. 78 do Código de Processo Penal Militar, evidenciando sua inconstitucionalidade diante de alguns princípios trazidos pela Norma Fundamental de 1988. O dispositivo em questão, ao permitir que o órgão julgador torneie a acusação, indicando ao Ministério Público que a “corrija” ou complemente, fere, inquestionavelmente, a independência funcional do *Parquet*, a imparcialidade do Juiz e o devido processo legal, agredindo, assim, princípios reitores dos três atores principais do processo penal militar. Embora aceito de forma unânime na jurisprudência e doutrina, em nome da economia processual, demonstra-se que essa possibilidade legal é inaplicável em face do atual ordenamento constitucional, visto que se estará aderindo a uma máxima simplista de que os fins justificam os meios, ainda que isso signifique brutal agressão a princípios de extrema grandeza, no curso da persecução criminal.

PALAVRAS-CHAVES: Processo Penal Militar. Economia processual. Complementação da denúncia. Sistema acusatório. Devido processo legal.

ABSTRACT: The present work aims to question the application of §1 of art. 78 of the Military Code of Criminal Procedure, evidencing its unconstitutionality before certain principles brought about by Fundamental Principle of 1988. The rule in question, by allowing the judging body to encompass the accusation, indicating to the Public Prosecutor to “correct” it or to complement it, unquestionably harms the functional independence of the *Parquet*, the impartiality of the Judge and the due process of law, offending, as well, the rector principles of the three main actors of the military criminal procedure. Although unanimously accepted in the jurisprudence and doctrine, on behalf of procedural economy, it is demonstrated that this legal possibility is inapplicable in view of the current constitutional system, since it signifies the adherence to the simplistic maxim that the ends justify the means, even if it indicates brutal injury in principle of extreme magnitude, in the course of criminal persecution.

KEY WORDS: Military criminal procedure. Procedural economy. Complaint completion. Adversarial system. Due process of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Repartição do “poder” no estado democrático de direito – 3. Lesão à independência funcional do Ministério Público – 4. Lesão ao sistema acusatório e à imparcialidade do juiz – 5. Lesão ao devido processo legal – 6. Evitando comparações com situação desiguais – 7. Conclusão – 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Lugar comum na doutrina e jurisprudência é o sentimento de que os instrumentos normativos que tratam do processo penal no Brasil merecem uma reformulação, uma verdadeira revisão de seus institutos, fazendo-se o cotejo com os dogmas constitucionais.

Especificamente no caso do Código de Processo Penal Militar, no entanto, há um sentimento ambíguo, porquanto, por vezes, sustenta-se sua inconstitucionalidade gritante, como o caso da sessão secreta para deliberação do Conselho de Justiça, prevista no art. 434 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), enquanto outros institutos são reconhecidamente dotados de uma invejável fidelidade aos postulados da Lei Maior, v.g. a omissão proposital no rol das possibilidades de instauração de inquérito policial militar, não permitindo que o Juiz-Auditor – ao contrário do Promotor de Justiça Militar – requirite a instauração de procedimento apuratório, alinhando-se, perfeitamente, ao sistema acusatório.

Obviamente, essa ambiguidade é própria da Ciência Jurídica e fortalece o debate, instigando o raciocínio e possibilitando a evolução do Direito Processual Penal Militar pela prática jurídica, muitas vezes abandonando-se institutos ainda que sem alteração legislativa, mesmo porque é usual o legislador brasileiro idealizar profundas reformas no processo penal comum esquecendo-se do processo penal militar.

Da análise do CPPM, com base na atuação prática diária, um instituto em particular chamou a atenção, por possuir uma evidente ofensa à Constituição, o que se pretende colocar em debate.

Trata-se do § 1º do art. 78, do Código Adjetivo Castrense¹, segundo o qual, quando o juiz verificar a ausência de um dos requisitos da denúncia, previstos no art. 77 do mesmo Código, poderá, em vez de rejeitar a peça do Ministério Público Militar, “mandar” – este é o verbo utilizado, frise-se – que os autos sejam encaminhados ao *Parquet*, para que a complemente, preencha as lacunas, no prazo de três dias.

Essa possibilidade, deve-se ressaltar, é aceita pela doutrina e jurisprudência, como regra que prestigia a economia processual, muito embora, sustenta-se, alguns parâmetros mínimos devam ser observados. Assim, por exemplo, dispõe Jorge César de Assis:

O representante do Ministério Público deve fazer constar na denúncia todas as circunstâncias que cercaram os fatos, sejam elas elementares ou acidentais, que possam, de alguma forma, influir na apreciação do crime cometido. A omissão de alguma circunstância acidental (não constitutiva do tipo penal militar) não invalida a denúncia, podendo ser suprida, a todo tempo, antes da sentença final.²

Extrai-se que o autor limita a aplicação do dispositivo aos casos de omissões relevantes e não nos casos de circunstâncias acidentais, que podem ser preenchidas a qualquer tempo antes da sentença. Em outras letras, seria escoreita a aplicação da regra do CPPM em casos em que não houvesse, por exemplo, a descrição do fato-crime, ou seja, de fato ou circunstância ligada ao episódio narrado, entendendo-se que a exposição do fato criminoso “quer dizer o *tipo básico*, isto é, a figura fundamental do crime (ex.: matar alguém, no homicídio – art. 205

¹ No caso da alínea a, o juiz antes de rejeitar a denúncia, mandará, em despacho fundamentado, remeter o processo ao órgão do Ministério Público para que, dentro do prazo de três dias, contados da data do recebimento dos autos, sejam preenchidos os requisitos que não o tenham sido”.

² ASSIS, J. C. **Código de Processo Penal anotado**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 149.

do CPM)”³, enquanto as “circunstâncias referem-se ao *tipo derivado*, envolvendo qualificadoras e causas de aumento de pena (art. 205, § 2º, CPM)”⁴.

No entanto, o disposto no citado parágrafo não está alinhado a postulados constitucionais evidentes, como se demonstrará mais detidamente, pois afasta a imparcialidade do órgão julgador, desrespeita a independência funcional do Ministério Público e fere o devido processo legal a que tem direito o indiciado, concluindo-se que, ao enfrentar uma denúncia, o Juiz deve recebê-la ou rejeitá-la, não podendo incursionar por elementos da acusação que na sua opinião devam estar presentes.

Não se espera, obviamente, que haja total concordância com o que será postulado, mesmo porque a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial apontam a unanimidade na aceitação dessa possibilidade. Mas o que se quer é exatamente desafiar a unanimidade, trazendo uma outra leitura do dispositivo em comento.

2 REPARTIÇÃO DO “PODER” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desde há muito se sabe que a concentração das funções do Poder é muito arriscada para a convivência harmônica na sociedade, já que fomenta a tirania, a utilização desmedida de institutos interventivos, lesando sobremaneira a individualidade, a dignidade da pessoa humana.

³ NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Militar comentado**. São Paulo: RT, 2013, p. 110.

⁴ Idem. *Ibidem*.

A separação de funções é o caminho exigido no Estado Democrático de Direito para que se atinja o exercício escorreito do Poder, propiciando um autocontrole dos atores envolvidos, no que se assentiu chamar de mecanismo de freios e contrapesos.

A origem da separação de funções não é obra da Revolução Francesa, como muitos sustentam, mas começou a ser desenhada um século antes em termos opostos ao Poder absoluto. Sobre o assunto, com muita propriedade, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] Essencialmente a “separação de poderes” consiste em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente.

A divisão funcional do poder – ou, como tradicionalmente se diz, a “*separação de poderes*” – que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689.

De fato, a “gloriosa revolução” pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juizes.

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.⁵

⁵ FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133.

Percebe-se nitidamente que, na origem da ideia da separação das funções do Poder, três atuações do Estado foram consideradas: administrar, legislar e julgar.

Contudo, a complexidade da sociedade contemporânea tem demonstrado que essas três funções, em um mecanismo de controle recíproco por seus órgãos, não são suficientes, surgindo a teorização de outras funções do Poder – ou “outros poderes”, se assim se preferir – que carecem de autonomia e de controle cruzado, para o atingimento do ideal democrático.

Analise-se dois exemplos:

Com o atual avanço tecnológico, a informação ganhou importância ímpar, de maneira que muitas vezes não atende ao espírito democrático o fato de que os mesmos órgãos responsáveis pela prática de determinados atos informem à população os detalhes dessa atuação. Isso minuiaria o controle popular – o mais democrático dos controles – inclusive obstando iniciativas muito relevantes como a ação popular. Dessa maneira, já se desenha a formação de uma outra função de Poder destacada, a de informar, por vezes travestida de princípio como os da publicidade e da transparência. Por essa razão, os mais afoitos se adiantam e rotulam a imprensa como “Quarto Poder”, um entendimento que não corresponde à verdade dos fatos, visto que esta não pertence ao aparato do Estado. Nada impede, no entanto, a criação desse aparato estatal, desde que com a autonomia e o poder de controle desejável no jogo democrático.

Outro exemplo está no Ministério Público, esse sim, integrante do aparato estatal.

Debateu-se muito a natureza do Ministério Público, havendo os que o vinculam a uma das funções do Poder já conhecidas e outros que postulam sua autonomia, o que é mais acertado, embora não expresso no art. 2º da Constituição Federal. Sobre o tema, esclarece Mirabete:

[...] É discutidíssima a sua posição institucional e a natureza de suas funções. Para alguns, o Ministério Público é considerado um verdadeiro ‘poder’, pretendendo-se com isso alterar a divisão tripartida de Montesquieu. Para outros, é componente do Poder Legislativo, pois a este cabe a elaboração da lei e ao Ministério Público fiscalizar o seu cumprimento, via jurisdicional, circunstância que tornaria visível a maior afinidade lógica entre a vontade do legislador e a atividade do órgão, mais do que qualquer outro do Estado. Há os que o incluem no Poder Judiciário, embora órgão não jurisdicional, mas sempre independente do Poder Executivo. A maioria, porém, tem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo, que faz executar as leis através do Judiciário, embora reconhecendo ter ele funções autônomas, independentes, próprias e constitucionais, como parcela da soberania do Estado.⁶

Discute-se essa autonomia do Ministério Público justamente para que não haja concentração de funções tão importantes nas mãos de “poderes” que, por interesse próprio evidente, se esquivem de desempenhá-las a contento. Caso seja colocado o Ministério Público no seio do Poder Judiciário, não haverá a necessária desvinculação do órgão de julgamento do órgão de acusação, base do sistema processual acusatório. No Poder Executivo, o Ministério Público teria dificuldades em fiscalizar atos administrativos, inclusive sob o enfoque da probidade administrativa. Vinculado ao Poder Legislativo, a tarefa de fiscalizar o cumprimento da lei seria diminuída, assemelhando-se à de um capataz a verificar se cumprem as ordens do senhor de terras.

⁶ MIRABETE, J. F. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 329.

Enfim, não há lógica em vincular o Ministério Público a nenhuma das outras funções (Poderes), de maneira que sua autonomia, no atual estágio é uma realidade. Sua natureza de quarta função do Poder (ou um quarto Poder) é evidente.

Sobre o assunto, Alexandre de Moraes consigna:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia da Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*).

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.

A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.⁷

Extrai-se como premissa, destarte, o fato de que a repartição das funções do Poder é uma exigência do Estado Democrático de Direito e, nessa secção de funções, não há a simples tripartição, havendo, por exigência contemporânea, a possibilidade de que novas funções sejam elevadas a essa condição, como no caso das funções atribuídas ao Ministério Público, o que lhe garante independência e autonomia em relação aos demais “Poderes”.

⁷ MORAES, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 414.

3 LESÃO À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tem amparo constitucional expresso a independência do Ministério Público para o desempenho de suas missões enumeradas na *Grundnorm*. Ela está materializada como princípio institucional, ao lado da unidade e da indivisibilidade, conforme o § 1º do art. 127.

Sobre esses princípios, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sentenciam:

O princípio da unidade significa, basicamente, que os promotores, os procuradores, integram um só órgão, sob a direção de um só chefe. A indivisibilidade admite que os integrantes da carreira possam ser substituídos uns pelos outros, desde que na mesma carreira, segundo as prescrições legais. Consequências práticas importantes podem ser deduzidas desses princípios. O princípio da independência funcional torna cada membro do *Parquet* vinculado apenas à sua consciência jurídica, quando se trata de assunto relacionado à sua atividade funcional. A partir do princípio da independência funcional, e tendo em mira resguardá-lo, veio a ser deduzida a doutrina do promotor natural, como meio de defesa do membro do Ministério Público até mesmo em face do chefe da Instituição. A independência também permite que o membro do *Parquet* que oficia perante o tribunal de segunda instância possa recorrer de decisão neste proferida, mesmo que o órgão coincida com o que haja preconizado o integrante do Ministério Público com atuação em primeiro grau de jurisdição.⁸

Consagra-se, portanto, a regra fundamental de que não só a Instituição do Ministério Público goza de autonomia, constituindo-se em função destacada do Poder, mas também cada membro, no exercício de seu

⁸ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: 2013, p. 898-9.

mister constitucional, possui uma independência que não pode ser vilipendiada nem por outro membro e, muito menos, por integrante de outra função do Poder.

Isso se reflete, obviamente, na promoção da ação penal pública, exclusiva missão constitucional do Ministério Público que se constitui no festejado titular da ação penal (*dominus litis*). Em outros termos, o “monopólio da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao *Parquet*, pois esta é uma função institucional que lhe foi deferida com exclusividade. Ademais, é incontestável o poder jurídico-processual do chefe do Ministério Público que requer arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peça de informação (STF, RDA, 183:108)”⁹.

No contexto apresentado, inegável que o dispositivo do CPPM em análise fere a independência funcional e, em consequência, o próprio princípio do promotor natural.

Ora, ao se admitir que o Juiz-Auditor não receba e nem rejeite a denúncia, mas que “mande”, por despacho fundamentado, remeter o processo – na verdade um procedimento – ao membro do Ministério Público para que, em três dias, preencha os requisitos do art. 77 do CPPM, vilipendia-se completamente a independência do órgão do *Parquet Miliciens*, que, de certo, analisou o capeado que lhe foi entregue pela primeira vez e redigiu sua peça com diligência. Caso não o tenha feito, deverá sofrer sanções por essa incúria, sanções essas de ordem processual – rejeição da denúncia – e administrativo-disciplinar – correição pela própria Instituição.

⁹ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1203.

Note-se que na rejeição da denúncia pelo Poder Judiciário, em se considerando a autonomia do Ministério Público em relação aos demais “Poderes”, instala-se o mecanismo de *checks and balances*, acima mencionado, próprio do Estado Democrático de Direito, o que se nega, em adição, pela aplicação do dispositivo ora combatido.

Ademais, o instituto, se aceito e levianamente aplicado, pode funcionar como mecanismo de fomento de rusgas, intrigas entre o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Não são raros os casos em que a denúncia é “mandada” à complementação por questões que passam ao largo da falta de requisitos essenciais. Aliás, cabem aqui duas observações: 1) o art. 77 do CPPM não é endereçado propriamente ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, mas à Defesa, pois ali estão os elementos mínimos para seu exercício; 2) quem sabe o que deve conter na denúncia é Ministério Público, pois isso faz parte de seu mister constitucional.

Firma-se, portanto, um outro vetor de raciocínio (premissa), qual seja, o de que somente ao Ministério Público Militar cabe a promoção da ação penal militar e, portanto, somente a ele incumbe consignar na peça acusatória os contornos do fato, sem a interferência de nenhum outro membro e, menos ainda, de integrante de outro “Poder”, de modo que se pode afirmar que o § 1º do art. 78 do CPPM não se alinha ao disposto no § 1º do art. 127 da Constituição Federal, lesando a independência funcional dos membros do Ministério Público.

4 LESÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E À IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Também com a inauguração de um Estado Democrático de Direito, fácil perceber que as características do sistema inquisitivo não mais podem sobreviver, pois se constituem em agressões extremas ao indivíduo. Em reação, surge o sistema acusatório, que encontra raízes na Grécia e em Roma, mas é efetivamente sedimentado na Inglaterra e na França, após a Revolução Francesa, em especial com a já mencionada ideia de separação de “Poderes”.

Como características principais, possui fundamento na ideia de que acusação, defesa e julgamento devem ser promovidos por atores diferentes, em especial a acusação, que deve ser efetivada por órgão oficial independente, com algumas exceções, como a ação penal privada, no processo penal militar, apenas existente de forma subsidiária.

Nesse contexto, formar-se-á, em decorrência da adoção do sistema em foco, uma relação processual triangular, em que o órgão oficial de acusação estará tão distante do órgão jurisdicional quanto a parte acusada, consagrando-se uma relação paritária (*actum trium personarum*).

São apontados, ainda, como traços marcantes desse sistema:

a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat iudex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de

direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet lice-re, quod reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou o seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.¹⁰

Frise-se como característica fundamental do sistema acusatório a impossibilidade de o Juiz agregar-se à acusação, não podendo iniciar o processo ou adotar postura que o torne mais “simpático” à acusação, em prejuízo à equidistância das partes. É, em última análise, um meio de alcançar a imparcialidade do julgador, já que o Juiz, em posição acima e entre as partes na relação jurídica de direito processual, constituirá um raciocínio sem predileção, de qualquer natureza, por um dos polos da demanda. Do contrário, estará impedido ou suspeito para exercer a jurisdição conquistada pela investidura no cargo.

Embora não haja referência expressa na Constituição Federal, o princípio da imparcialidade constitui-se também em um direito individual previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O art. 8º dessa Convenção disciplina as *garantias judiciais* do acusado de um delito, verificando-se expressamente o princípio em estudo no n. 1 desse artigo, *in verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, *por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁰ Cf. TOURINHO FILHO, F. C., apud MIRABETE, J. F. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40.

O Brasil, embora se registrem opiniões em contrário como a de Guilherme Nucci¹¹, adotou, preponderantemente, o sistema acusatório¹², de modo que os resquícios do sistema inquisitivo, sempre que possível, devem ser proscritos.

Parece ser exatamente o caso do § 1º do art. 78 do CPPM. Ao deixar a sua inércia e ingressar nos elementos que devem preencher a denúncia, diz o dispositivo que o Juiz-Auditor deve indicar as omissões a serem preenchidas por despacho fundamentado, o que, necessariamente, trará predileção pela tese acusatória, ao menos no que concerne ao recebimento da denúncia após ser “complementada” pelo órgão do Ministério Público.

Em outras letras, o Juiz denunciará pela pena do Promotor de Justiça Militar, ferindo, certamente, a imparcialidade na decisão pelo recebimento da denúncia, posto que desafia a credulidade albergar a ideia de que um Juiz, após indicar o que faltava na denúncia e havendo sua “complementação”, rejeite a exordial. Fere-se, note-se, o jogo democrático também por esse prisma, evitando-se o mecanismo de freios e contrapesos, pois, afinal, denúncia mal feita deve ser rejeitada e não complementada pela “autoria mediata” do Juiz.

Pior ainda, essa aderência à tese acusatória por parte do órgão jurisdicional será projetada para o curso da instrução criminal, gerando uma tendência nociva na decisão final, segundo a teoria da dissonância cognitiva, muito bem torneada por Bernd Schünemann.

¹¹ NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

¹² TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 79.

Para o autor – com arrimo em uma experiência informatizada sobre a audiência de instrução e julgamento no processo penal alemão, mas que cabe perfeitamente na discussão em curso –, conforme a teoria da dissonância cognitiva,

[...] toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente dois efeitos: por um lado, segundo o chamado efeito inércia ou perseverança (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o princípio da busca seletiva de informações, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (<<acolhida pelo ego>>), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador. [...].¹³

Inegavelmente, ao imiscuir-se na elaboração da “peça-pórtico” da ação penal, haverá uma vinculação do magistrado aos argumentos versados, de maneira que no curso da instrução estará sempre em busca de uma consonância com a ideia inicialmente formulada, afastando-se sua imparcialidade.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

5 LESÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nas lições de Scarance, a garantia a um devido processo legal “tem como antecedente remoto o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra e seus barões na Inglaterra. Falava-se inicialmente em *law of the land*. Textos posteriores é que mencionaram o *due process of law*”¹⁴.

Pelo art. 30 da *Magna Charta Libertatum*, em Latim bárbaro, *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*. Significa dizer que nenhum homem pode ser condenado à prisão, detido ou privado de seus bens, senão sob as regras da lei da terra, ou seja, senão por um processo legalmente definido, ou o devido processo legal (*due process of law*).

O princípio do devido processo legal no ordenamento pátrio tem respaldo constitucional, inovando a atual Constituição em relação às anteriores ao referir-se expressamente à cláusula no inciso LIV do art. 5º.

Mas o que significa exatamente o devido processo legal? Qual seu conteúdo?

A essas perguntas não se pode chegar a uma resposta exata, dada a força expansiva que o princípio alcança. Tal dificuldade é muito bem exposta por Lammêgo Bulos:

¹⁴ FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

Devido processo legal é o reservatório de princípios constitucionais, expressos e implícitos, que limitam a ação dos Poderes Públicos.

Definição complexa: os estudiosos são unânimes em destacar a dificuldade de definir o que seja *devido processo legal*, sob pena de se restringir a pujança de seu alcance. O mais apropriado seria extrair o significado da cláusula a partir de seu uso. Foi o que fizeram os autores americanos, motivo pelo qual não encontramos um esquema definitório de todas as suas potencialidades nos manuais estadunidenses sobre a matéria [...]¹⁵.

A ideia de reservatório de outros princípios trazida pelo autor é muito propícia, ou seja, não se pode exatamente delimitar o devido processo legal, porquanto significa a reunião de vários princípios garantísticos, a exemplo da isonomia, ampla defesa, contraditório, imparcialidade do juiz, razoável duração do processo, inadmissibilidade da prova ilícita, motivação das decisões, presunção de inocência, publicidade, duplo grau de jurisdição etc.

Essa é a compreensão do princípio em sua dimensão formal (adjetiva ou processual). Na atualidade, todavia, o princípio ganhou outra dimensão, de ordem material (substancial), de sorte que se pode falar em devido processo legal formal e devido processo legal substancial (ou substantivo).

O devido processo substancial impõe o controle de atos estatais, em especial das decisões judiciais, que devem conhecer adequação ao caso concreto, atendendo à proporcionalidade e à razoabilidade.

¹⁵ BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 660.

Em resumo, portanto, poder-se-ia afirmar que o devido processo legal, na atual compreensão,

configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).¹⁶

Verdade que há quem negue a necessidade de busca de um devido processo substancial, preferindo extrair da cláusula constitucional, e das correlatas, o direito fundamental a um devido processo justo. Nesse sentido, dispõem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

De outro, importa ter presente que não é necessário recorrer ao conceito de *substantive due process of law* “com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos”, na medida em que nossa Constituição conta expressamente com um *catálogo aberto* de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição (conceito material de direitos fundamentais).

Eis as razões pelas quais prefere a doutrina a se referir a direito ao *processo justo* (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial*) – além de culturalmente consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo.

O direito a um processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de *con-*

¹⁶ MORAES, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 107.

formar a atuação do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir *formas diversas*, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo.¹⁷

Seja como for – direito ao devido processo legal formal e substancial ou direito ao processo justo – o fato é que a cláusula constitucional do devido processo legal, como reservatório de outros princípios e escudo protetor de direitos fundamentais no curso do processo, encerra várias ideias de proteção do indivíduo que se encontre no foco de uma apuração criminal, seja em sede de polícia judiciária, seja no curso da ação penal, destacando-se, aqui, um direito inequívoco de que haja o respeito ao sistema acusatório e, conseqüentemente, ao julgamento por um órgão imparcial, desvinculado da acusação.

Enxergado sob esse enfoque, o § 1º do art. 78 do CPPM, quando aplicado, fere o devido processo legal, posto ser um direito do indiciado – da Defesa – ter seguida a “regra do jogo”, estabelecida pelo sistema acusatório (devido processo legal substancial), assim como ter seu caso apreciado por alguém que não firmou simpatia pela acusação e nem a redigiu de forma mediata, pela pena do Promotor de Justiça (devido processo legal formal – imparcialidade do juiz).

6 EVITANDO COMPARAÇÕES COM SITUAÇÕES DESIGUAIS

Próprio da argumentação jurídica, a comparação é técnica eficaz de convencimento, de maneira que é possível que alguns busquem atacar

¹⁷ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2013, p. 700-1.

a presente construção comparando o dispositivo do CPPM em análise com outras situações presentes no processo penal.

Vislumbram-se, de imediato, duas comparações que poderiam servir a esse propósito: a decisão pelo recebimento da denúncia e a novel resposta do réu, presente no Código de Processo Penal comum (CPP). Com o devido respeito, essas comparações não são adequadas.

Poder-se-ia dizer que, se a tese aqui sustentada for acolhida, também haverá lesão aos mesmos postulados na decisão de recebimento da denúncia, o que é descabido.

Note-se, a decisão pelo recebimento da denúncia “prescinde de ampla fundamentação, por se tratar de decisão interlocutória simples, conforme já decidido pelo STJ e pelo STF” (TRF-2. Apelação Criminal n. 200651015257484. Rel. Desembargador Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. J. 16.02.09), de modo que não há uma vinculação do Juiz aos termos da denúncia, dado que ele verificará apenas se há indícios críveis de autoria e materialidade e se o fato é considerado crime pela lei penal. Em outras palavras, não há grave lesão ao sistema acusatório tornando-o parcial.

De outro giro, ao determinar a lei processual penal militar que seja a denúncia complementada por despacho fundamentado, requer uma incursão maior do órgão julgador no caso que lhe foi apresentado e, pior, o coloca na função de acusador, lesando sobremaneira a espinha dorsal do sistema acusatório, como suso sustentado. O mesmo ocorre no processo penal comum quando, por exemplo, há despacho exarado pelo juiz que determina o aditamento da denúncia com a inclusão do suposto responsável pelo crime no polo passivo da inicial, o que já

foi considerado “nulo, porquanto tem o condão de impingir ao órgão ministerial o ato de inserir na denúncia a responsabilização penal da pessoa física, o que é vedado ao magistrado. Ferimento ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade do juiz” (TRF-3. *Habeas Corpus* n. 1192/SP (2010.03.00.001192-0). Rel. Desembargador Luiz Stefanini. J. 26.07.10).

Em segunda comparação, seria trazida à baila o disposto no art. 396 do CPP, que permite, nos procedimentos ordinário e sumário, que o Juiz, oferecida a denúncia ou queixa, se não a rejeitar liminarmente, a receba e ordene a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias.

Alguns poderiam dizer que nesse dispositivo – moderno, inclusive, porque foi trazido por uma reforma por etapas do CPP, neste caso pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008 – há também lesão à imparcialidade, uma vez que o Juiz não recebe de pronto a denúncia, sem antes ouvir o denunciado, neste caso, filiando-se afetivamente à defesa. Desmedida também é essa afirmação por duas razões.

Em primeiro lugar, no momento da resposta do denunciado, já há ação penal em curso, visto que a denúncia já foi recebida, justamente por aquela decisão interlocutória simples acima referida, que não se aprofundará no caso. Não haverá, como alguns postularam, o recebimento da denúncia (ou rejeição) após a resposta do réu (art. 399 do CPP) e nem, tampouco, um duplo recebimento da denúncia. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, como lembra Scarance, malgrado não concorde com essa visão:

De forma diversa, a 5ª Turma do STF entendeu ocorrer o recebimento da denúncia no momento do artigo 396,

ressaltando ser o entendimento majoritário, sustentado por Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto. Após a resposta, conclui-se somente ser possível a absolvição sumária e dever o juiz “limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime” e, como antes sempre se fazia, aceitou-se a decisão com o argumento de que estava “fundamentada, ainda que de forma sucinta” (HC 138.089, j. 2.3.2010, DJ 22.03.2010) [...].¹⁸

Dessa forma, com a nova realidade do processo penal comum, não há prejulgamento ou lesão à imparcialidade por parte do órgão julgador ao analisar a resposta do réu, porque, ao tomar a decisão, por exemplo, por acolhê-la, julgará o feito, absolvendo sumariamente. Por outro lado, ao não concordar com o consignado na resposta do réu, dará seguimento à ação penal, já que o recebimento da denúncia é ato pretérito, de maneira que a resposta do réu terá o efeito de prova no processo, podendo ser argumento de absolvição após a instrução criminal.

Finalmente, como segunda argumentação contrária a essa comparação, deve-se lembrar que, ao contrário de vincular o juiz à Acusação, como o faz o § 1º do art. 78 do CPPM, a resposta do réu busca a paridade de armas, dando voz imediata à Defesa, sequencialmente à denuncia recebida. Isso não fere o sistema acusatório, porquanto mantém os “atores” do processo em seus devidos lugares, formando a desejada configuração triangular na relação jurídica de direito processual.

¹⁸ FERNANDES, A. S. **Estudos de processo penal. Resposta à acusação**: algumas reflexões. São Paulo: Scortecchi, 2011, p. 209.

7 CONCLUSÃO

Em um processo penal militar alinhado ao Estado Democrático de Direito é fato que, por vezes, princípios festejados são afastados no caso concreto em favor de outros princípios de mesma grandeza, pois estes, dadas as circunstâncias presentes, são prevaletentes.

Claro que a economia processual é fim desejado por todos, mormente em face do novel direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), mas isso não permite que simplesmente se esqueça de outros princípios – como os da imparcialidade do juiz, independência funcional do Ministério Público e do devido processo legal, aqui tratados. Deve-se buscar um equilíbrio ideal ao sistema acusatório, equilíbrio sobre o qual, aliás, muito bem dispôs Jaques de Camargo Penteadó ao discorrer sobre a finalidade do processo, polarizando a questão em duas balizas, nos seguintes termos:

A consecução dessa finalidade observará aqueles dois balizamentos, o garantismo, “compreendido, no plano geral, como um estado, em constante evolução, no qual os inocentes não serão incomodados e gozarão de tranquilidade e segurança para a livre realização dos seus projetos pessoais, e, na esfera do processo penal, como *concreta forma de proteger o indivíduo em face do Poder Público*, preservando a sua dignidade e empregando os regramentos do devido processo legal na sua forma mais abrangente, para atingir aquele objetivo. E não descurará a efetividade do processo, o que implica a “resolução das causas penais com justa e adequada aplicação do direito. Com isso, realiza-se o duplo escopo do processo penal: apurar a verdade histórica e aplicar o direito. Evidente que não se prega a busca da verdade a qualquer custo e, muito menos, que se incomode o inocente, mas não se pode ignorar que a condenação do responsável pela ilicitude penal e a sua ‘harmônica integração social’

(Lei de Execução Penal, art. 1º) também contribuem para a realização da ordem justa, estável e segura”.¹⁹

Não se pode, portanto, simplesmente com enfoque na celeridade do processo, aplicar o comando do § 1º do art. 78 do CPPM, aderindo ao adágio de que “os fins justificam os meios”, mas passando sobre direitos ou princípios que compõem a base reitora de um processo penal militar constitucional, ao qual todos têm o direito.

Por tudo o que se expôs, certamente o § 1º do art. 78 do Código de Processo Penal Militar é inconstitucional, devendo o Juiz simplesmente receber ou rejeitar a denúncia, e não, como possibilita a letra fria da lei, “mandar” que seja ela complementada. E se o fizer, restituindo ao Ministério Público por despacho fundamentado para que a complemente, entende-se que o membro do *Parquet* deve, expressa ou tacitamente, abster-se de complementar a exordial, aguardando a futura rejeição, que poderá ser combatida por Recurso em Sentido Estrito, com fundamento na alínea “d” do art. 516 do mesmo diploma legal.

8 REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Código de Processo Penal Militar anotado**. Curitiba: Juruá, 2012.

BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹ PENTEADO, J. C. **Estudos de processo penal**. Sistema acusatório, garantismo, efetividade e bem comum: uma visão esquemática. São Paulo: Scortecci, 2011, p. 21.

FERNANDES, A. S. Estudos de processo penal. **Resposta à acusação: algumas reflexões.** São Paulo: Scortecci, 2011.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: RT, 2013.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: 2013.

MIRABETE, J. F. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, J. F. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, A. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Militar comentado.** São Paulo: RT, 2013.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PENTEADO, J. C. Estudos de processo penal. **Sistema acusatório, garantismo, efetividade e bem comum: uma visão esquemática.** São Paulo: Scortecci, 2011.

SCHÜNEMANN, B. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2009.