

# A INCOMPATIBILIDADE DA LEI DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (LEI FEDERAL Nº 5.836/72) DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL



Ronaldo João Roth<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O tema é dos mais caros aos Oficiais das Instituições Militares no Brasil (Forças Armadas [FFAA] no âmbito da União e Forças Auxiliares [FA] – Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar - no âmbito das Unidades da Federação), pois diz respeito à Lei que cuida do devido processo legal para a *cassação do posto e da patente do Oficial*, julgado indigno ou incompatível com o oficialato. A matéria é de *estatura constitucional*, pois cuida do *processo e julgamento da perda da vitaliciedade*<sup>2</sup> do Oficial adquirida ao ser promovido à *segundo tenente* na Instituição Militar, por ato do Presidente da República no caso de Oficiais das FFAA (art. 142, § 3º, I, CF) ou por ato do Governador no caso de Oficiais das FA (conforme estabelecido nas Constituições Estaduais).

Trata o tema, pois, de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário o qual, *constitucionalmente*, é o Juiz natural para processar e julgar o integrante do Poder Executivo (Oficial Militar), processo este que é realizado no âmbito da União perante o Superior Tribunal Militar (STM) (art. 142, § 3º, VI e VII, CF) e no âmbito dos Estados perante os Tribunais de Justiça Militar (TJM) ou pelos Tribunais de Justiça (TJ) onde aqueles não existirem (art. 125, § 4º, CF). Como há uma *simetria* de tratamento entre os militares das FFAA e das FA (art. 42, § 1º, CF), a perda do posto e da patente deve ter uma única solução: a judicial.

A incompatibilidade da lei com a Constituição Federal. A *incompatibilidade* de uma Lei ou de dispositivos de uma lei diante da nova CF torna aquela inválida ou revogada, mediante o *instituto* da não recepção da norma, porquanto nosso ordenamento jurídico exige que qualquer lei ou ato normativo *anterior* à CF vigente se coadune e se harmonize com os princípios basilares da nova Lei Maior. Assim, para verificação de *validade* de uma lei anterior à CF, obrigatoria-

mente, há de ser examinada sua *compatibilidade*, vez que qualquer dispositivo legal *incompatível* será considerado inválido e não recepcionado ao ordenamento jurídico atual.

Se a lei que confronta a CF é anterior a esta, temos a hipótese da não recepção; e se a lei conflituosa com a CF foi editada após a promulgação desta, teremos a hipótese da inconstitucionalidade da lei.

O controle de constitucionalidade existe antes do projeto de lei virar lei (preventivo), bem como depois da lei ter ingressado no sistema normativo (repressivo). É realizado de *forma preventiva* pelo próprio Poder Legislativo, ainda no processo da elaboração da lei, pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania, ou pelo Chefe do Poder Executivo por meio de *veto* jurídico ou político ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo. Esse controle preventivo também poderá ser *excepcionalmente* exercido pelo Poder Judiciário por meio de Mandado de Segurança, de impetração exclusiva a parlamentares, a fim de garantir o devido processo legislativo. E o controle é realizado de *forma repressiva* pelo Poder Judiciário, através de ação, declarando a inconstitucionalidade de uma lei já editada ou de determinado dispositivo de lei.

O controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Judiciário pode se dar pelo sistema *abstrato* ou *concreto*. O *primeiro* ocorre por meio *direto*, via ação judicial a ser analisada de *forma concentrada* e de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 102, I, "a", da CF. O *segundo* ocorre por meio *indireto* (por via de defesa ou exceção) de *forma difusa*, perante qualquer Juízo ou Tribunal.

Verifica-se, portanto, que o *exame de compatibilidade da lei ou de seus dispositivos* diante da CF é condição *sine qua non* de aferição de sua validade.

Lei atual do Conselho de Justificação (CJ). No âmbito da

1 Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB) e Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar na Escola Paulista de Direito (EPD).

2 CAPEZ, Fernando. ROTH, Ronaldo João. O processo de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e o processo do conselho de justificação: tratamento isonômico e recursal. Direito Militar – Doutrina e Aplicações, Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 143/166.

União vigora, a Lei Federal nº 5.836/72, a qual disciplina o *processo especial* a que deve se submeter o Oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para se ver julgado diante da incapacidade de permanecer na ativa, criando-se, ao mesmo tempo, condições para se justificar (art. 1º).<sup>3</sup>

Assim, submete-se ao referido processo o Oficial que for acusado oficialmente nas hipóteses previstas em Lei: a) *procedido incorretamente no desempenho do cargo*; b) *tida conduta irregular*; ou c) *praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decore da classe* (art. 2º, I).

Dispõe, portanto, a referida Lei, que o CJ é composto por *três conselheiros* (Oficiais das FFAA) nomeados pela autoridade competente para processar no âmbito administrativo de caserna (art. 5º) o justificante (aquele que sofre o processo), estabelecendo o rito procedimental a ser seguido, instrução probatória e julgamento da matéria. O *julgamento* dos conselheiros (Comissão processante) é submetido à apreciação da autoridade administrativa competente, que determinou a instauração do referido processo, para tomar uma das decisões: a) arquivamento do processo, se julgado procedente a justificação; b) aplicação de pena não exclusória; c) transferência do justificante para a reserva; d) remessa dos autos ao Juiz Auditor em decorrência de crime apurado; e) remessa ao Superior Tribunal Militar, se o justificante for julgado culpado; ou se o crime a que fora condenado com pena privativa de liberdade até dois anos, revele a incapacidade do justificante de permanecer na ativa ou inatividade.

Enviados os autos do processo do CJ ao Poder Judiciário (Superior Tribunal Militar) este julgará aquele em *instância única* (art. 14), *garantindo a lei ao justificante sua defesa, por escrito, contra a decisão do CJ* (art. 15), devendo se aplicar *subsidiariamente* as normas do Código de Processo Penal Militar (CPPM) ao referido procedimento (art. 17).

Em síntese, a Lei Federal nº 5.836/72 estabelece que o processo *especial* do CJ possui rito *bifásico*: a) cuja *primeira fase* é administrativa e b) cuja *segunda fase* é judicial. É, pois, um processo judicialiforme<sup>3</sup> que depende da *apuração dos fatos* no âmbito administrativo em face da acusação ali imputada contra o justificante e se aperfeiçoa e é *concluído*, na fase judicial, com o pronunciamento e *julgamento* do Tribunal competente do Poder Judiciário (art. 142, § 3º, inciso VI e VII, CF).

Assim, diante das premissas ora postas, podemos incursionar para o tema proposto a fim de demonstrar que a *atual* Lei do CJ de 1972 é incompatível com a CF de 1988, portanto, não foi recepcionada.

## DESENVOLVIMENTO

De uma forma objetiva, diante do diminuto espaço para maiores incursões sobre o tema, é de se apontar os *vícios*

*legislativos* concretos da referida Lei nº 5.836/72 que a incompatibilizam com a CF.

Violação da separação dos poderes. De imediato, entendemos que a Lei 5.836/72 é incompatível com a CF, porquanto dispõe sobre um processo *judicialiforme* que, na primeira fase, *exclusivamente administrativa*, processa o oficial integrante das FFAA por matéria ético-disciplinar, e, ao final, se julgar que o mesmo é *incapaz de permanecer na condição de oficial*, envia os autos do processo ao Poder Judiciário (STM). E, na segunda fase, depois de oportunizada uma defesa escrita contra a decisão que lhe foi desfavorável na caserna, o integrante das FFAA será julgado pelo STM, podendo perder o posto e a patente e, por consequência, a vitaliciedade.

Ora, como admitir que o Poder Judiciário aplique punição disciplinar (*perda da vitaliciedade*) de um servidor do Poder Executivo, como ocorre hoje? Essa simples situação viola inequivocamente o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), pois cabe a cada um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) decidir com *exclusividade* sobre questões administrativas (*disciplinares*) do servidor que integre seus quadros, sob pena de inadmissível interferência de um Poder (Judiciário) no outro (Executivo).

Da inexistência de recurso. Conforme estabelece a Lei sob comento, o Poder Judiciário (STM) decide em instância única (art. 14) a punição disciplinar de um integrante do Poder Executivo (Oficial das FFAA), não cabendo qualquer recurso da decisão. Ora, se a matéria geradora do processo do CJ é de natureza administrativa e ético-disciplinar, a simples *ausência* de ampla defesa e garantia aos recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF) torna a referida lei *incompatível* com a Lei Maior. É de se reconhecer que, se a matéria julgada é de natureza disciplinar, *o Órgão do Poder Judiciário, em flagrante afronta à CF, foi transformado em instância recursal administrativa de servidor do Poder Executivo*, situação inadmissível em nosso ordenamento jurídico diante da *independência* e *separação* dos poderes (art. 2º, CF).

Da ausência de contraditório e da ampla defesa. Nesse aspecto, há de se fazer uma separação. O processo é *judicialiforme* apresentando duas fases, a administrativa e a judicial. Na fase administrativa, existe a acusação baixada pela própria Administração Militar contra o seu integrante (Poder Executivo), assegurando a lei a instrução probatória e a produção de provas para se permitir o julgamento da matéria administrativa. Na fase judicial, os autos seguem ao Judiciário (STM), onde é aberto vista ao justificante para simples manifestação por escrito em sua defesa (art. 15). Logo, a despeito da lei não permitir ao justificante a produção de provas (oral, documental, perícias ou diligências),

3 ROTH, Ronaldo João. A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação, in TEMAS DE DIREITO MILITAR, São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 43.

em inequívoca violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o Judiciário julga a matéria disciplinar, *sem processo*, ao arrepio da CF.

Nesse passo, a lei do CJ impõe ao Poder Judiciário julgar matéria cuja prova foi produzida no âmbito administrativo (Executivo) e não perante o Juiz natural (Judiciário). A situação é *incompatível* e *insustentável*, vilipendiando princípios (art. 2º), direitos e garantias fundamentais da CF (art. 5º, LIII, LV).

Da violação do juiz natural. De acordo com a dicção da Lei nº 5.836/72, é inegável que a matéria apreciada por meio de CJ é de natureza eminentemente disciplinar, de modo que, uma vez *iniciado e instruído o processo na sua primeira fase perante o Poder Executivo*, caberia a este, também, encerrá-lo diante da indubitável natureza da matéria discutida. Todavia, ao arrepio da Constituição Federal, os autos do processo do CJ são enviados ao Poder Judiciário (STM) para que este sumariamente julgue e aplique sanção administrativa disciplinar, sem que o justificante tenha sido processado nesta nova fase (judicial), isto é, sem que exista uma nova acusação formulada perante o Órgão do Judiciário pelo seu legitimado ativo, sem citação para esse processo, sem direito a produzir provas. Em outras palavras, o CJ perante o Judiciário é um processo acéfalo, sem acusação formal, sem contraditório e sem direito a recurso. Então, como pode o Oficial ser julgado, sem que isso não viole a CF?

**“A dicção do direito fundamental ao princípio do Juiz natural estabelece que é garantido ao cidadão ser processado e julgado pela autoridade competente.”**

A dicção do direito fundamental ao princípio do Juiz natural estabelece que é garantido ao cidadão ser processado e julgado pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF). Essa garantia é inerente a todo processo, inclusive no processo judicialiforme de *impeachment* do Presidente da República, onde o Senado *processa e julga*<sup>4</sup>, depois de presidir as provas (oitiva de testemunhas), como Juiz Natural, antes de julgar a matéria.

Ora, se no CJ não houve processo perante o Poder Judiciário, mas apenas se permitiu as alegações escritas do justificante, sem o direito deste produzir provas, o Judiciário não poderia julgar a matéria, uma vez que não houve a dilação probatória colhida sob sua presidência. Ou será possível o Juiz julgar, no Judiciário, com prova que foi produzida na caserna? A resposta revela a *incompatibilidade* da Lei do CJ perante a CF.

Fazendo uma simples comparação com o processo penal, seria o mesmo que dizer que o Juiz ao receber os autos de um IPM, pode abrir vista dos autos ao réu para

apresentar alegações finais, sem prévia denúncia do MP, sem produção de provas em juízo, sem ampla defesa e contraditório, e pudesse, de forma sumária, aplicar pena.

Da inexistência de partes. Ora, sendo o CJ um processo único, certo é, *judicialiforme*, com duas fases procedimentais, uma *administrativa* (junto à FFAA a que pertence o justificante) e outra *judicial* (perante o STM), nota-se que o processo que na fase administrativa tem como autor a Administração Militar, e no outro lado da relação jurídica, o justificante, ao serem os autos enviados para o Judiciário, sem provocação alguma da parte legitimada, dá continuidade ao processo (*fase judicial*), apenas colhendo a manifestação do interessado para julgá-lo e impor sanção disciplinar. Daí porque, há de se reconhecer que o processo do CJ, na fase judicial, é um processo sem partes, pois não houve a ação ajuizada por parte do Ministério Público ou da Advocacia Pública, mas sinteticamente houve o encaminhamento dos autos daquele processo pela autoridade administrativa competente (que não integra o Poder Judiciário) para que, na fase judicial, o Judiciário (STM) apenas *julgue* a questão que, anteriormente, já fora decidida na administração sobre a procedência da acusação contra o justificante. Para o início desse processo em juízo (o que a lei não prevê), há de existir a iniciativa do Ministério Público, conforme previsão expressa na LC 75/93: art. 116,

II.<sup>5</sup> Logo, há de se concluir que, ausente a provocação, há violação ao princípio da ação, ou da demanda (*nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*), o que enseja a extinção do processo sem solução de mérito (art. 267, IV e VI, CPC).

Da natureza jurídica do processo do Conselho de Justificação. A questão não é simples<sup>6</sup>, mas para melhor compreensão, temos que reconhecer que o processo estabelecido pela Lei nº 5.836/72 é de natureza *híbrida*. É de natureza administrativa enquanto tramita perante o Poder Executivo, que o apura, e é de natureza judicial enquanto tramita perante o Poder Judiciário, que o julga.

Afirmamos que a questão sobre a natureza jurídica do processo do CJ não é simples, pois a remansosa jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que aquele processo é administrativo, o que, a nosso ver, não tem sustentação alguma diante da verdadeira natureza jurídica do procedimento que é previsto constitucionalmente como judicial, onde o Chefe do Executivo nomeia o militar

4 STF – Pleno – MS nº 21.623/DF – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 17.12.92 e Lei 1.079/50 (art. 27).

5 ROTH, Ronaldo João. Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar Estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 853, 2006, pp.442-483.

6 ASSIS, Jorge Cesar de. Considerações sobre o processo especial militar do conselho de justificação e os equívocos dos tribunais superiores quanto à sua natureza, RT 826/446.

à condição de Oficial e este se torna vitalício, passível de perder aquela condição tão somente por decisão do Poder Judiciário, decisão esta de natureza judicial e não administrativa.<sup>7</sup> Vale dizer, o cargo vitalício só é cassado mediante decisão judicial, assim como ocorre com os magistrados e os integrantes do Ministério Público (MP).

Já tivemos oportunidade de tratar da matéria no artigo em coautoria com FERNANDO CAPEZ sob o título "O processo de indignidade ou Incompatibilidade com o oficialato e o processo do Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal"<sup>8</sup>, ali sustentando que a natureza jurídica do processo do CJ é judicial, porquanto o julgamento do integrante do Poder Executivo é realizado perante o Poder Judiciário.

Aliás, substancial mudança houve na jurisprudência do TJM/SP, depois do referido artigo, quando a referida Corte passou a decidir que o CJ é de natureza judicial<sup>9</sup>.

Na mesma esteira e com precisão cirúrgica, o próprio STF no Recurso Extraordinário nº 186.116-9/ES, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.08.98, DJ 03.09.99, já havia assim ementado: "*Também os oficiais das Policiais 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-judicial', 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.*" (g.n)

Da inconciliável e gritante incoerência em se reconhecer o processo do Conselho de Justificação como de natureza administrativa. Nesse ponto, apresentamos uma dupla situação, a nosso ver, de todo colidente. Para aqueles que entendem que o processo do CJ tem caráter administrativo, *então admite que um servidor do Poder Executivo pode ser processado, em matéria administrativa, na referida instância, e depois ser julgado pelo Poder Judiciário, admitindo-se, também, que neste caso único*

*no ordenamento jurídico pátrio não exista a violação ao princípio do Juiz natural e muito menos ao princípio da separação dos poderes, bem como também se admite que o Poder Judiciário (STM) pode julgar a matéria com base na prova colhida no Poder Executivo (caserna) e que, por fim, inexistente contraditório e ampla defesa no processo no âmbito judicial, mas que permitirá ao Judiciário julgar a matéria disciplinar, inadmitindo-se qualquer recurso.*

Para aqueles que entendem que o processo do CJ tem caráter judicial também encontram óbices constitucionais, pois, como pode esse processo ocorrer sem que o Judiciário seja provocado legitimamente por ação judicial (MP ou Advocacia Pública), onde imperam a inexistência de parte e de acusação formal perante o Magistrado (que pode até rejeitá-la), e admitindo-se que o justificante não pode produzir prova, mas apenas ter assegurado as alegações escritas? Como o justificante pode ser julgado (no Judiciário) com prova produzida apenas na fase administrativa (Executivo)? Como isso tudo pode ocorrer sem que exista violação aos princípios do Juiz natural e da separação dos poderes? E, ainda, tendo em vista que o Judiciário decide em instância única, como aceitar o afastamento dos recursos constitucionais, o especial (junto ao STJ) e o extraordinário (junto ao STF)?

Do enfrentamento dos vícios da Lei 5.836/72. Dois exemplos merecem destaque diante dos vários vícios mencionados, por parte do TJM/SP (unanimidade) e por parte do TJM/MG (minoritariamente) a demonstrar que a Lei 5.836/72 é incompatível com a CF.

No que tange à natureza jurídica do processo do CJ, o TJM/SP reconhece que o mesmo é judicial e não administrativo, enquanto tramita no Judiciário (segunda fase).

No que tange aos outros vícios, o TJM/MG tem deixado uma boa lição na discussão da matéria (CJ) onde se destacam os votos vencidos do culto Juiz Fernando Galvão, como ocorreu no CJ julgado em 23.04.14<sup>10</sup>, *in verbis*: "*O julgamento sobre a perda do posto e da patente dos oficiais por este E. Tribunal de Justiça Militar encontra previsão na Constituição da República, em seu art. 125, § 4º, e na*

7 ROTH, Ronaldo João. Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar Estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito, Revista dos Tribunais, vol. 853, 2006, pp.442-483.

8 CAPEZ, Fernando. ROTH, Ronaldo João. O processo de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e o processo do conselho de justificação: tratamento isonômico e recursal, Direito Militar – Doutrina e Aplicações, Coordenado por Dirceo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 143/166.

9 TJM/SP: "Ação ordinária - Pedido de reintegração à Polícia Militar - Perda do posto e patente decretada em processo de Conselho de Justificação julgado pelo Tribunal de Justiça Militar Estadual - Acórdão transitado em julgado - Natureza judicial da decisão. Indeferimento da inicial - Agravo Regimental não provido. Faz coisa julgada material decisão proferida por Tribunal de Justiça Militar em Conselho de Justificação, o que impossibilita sua desconstituição por meio de ação ordinária" (TJM/SP – Pleno - Agravo Regimental Cível 223/14 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 12.03.14). Idem: "POLICIAL MILITAR – Agravo Regimental contra o indeferimento de petição inicial em Mandado de Segurança – Impetração para assegurar a não cassação dos proventos da inatividade, determinada em acórdão transitado em julgado e proferido em Conselho de Justificação – Alegação de ofensa a julgados das Cortes Superiores que atribuem natureza administrativa aos Conselhos de Justificação – Inexistência de eficácia vinculante e efeitos erga omnes – Natureza judicial das decisões proferidas em Conselho de Justificação - Não cabimento de Mandado de Segurança contra decisão judicial transitada em julgado – Inteligência do art. 5º, III, da Lei nº 12.016/09 – Agravo regimental não provido." (TJM/SP – Pleno – Agravo Regimental 183/13 – Rel. Juiz Cel PM Orlando Eduardo Geraldi – J. 20.05.13). Idem: Agravo Regimental Cível 140/12 – Rel. Juiz Cel PM Orlando Eduardo Geraldi – J. 16.05.12; Agravo Regimental Cível 121/11 – Rel. Juiz Cel PM Clóvis Santinon – J. 31.08.11.

10 Conselho de Justificação (Processo n. 0000035-51.2014.9.13.0000) – Rel. Juiz Cel PM Sócrates Edgard dos Anjos – J. 23.04.14 – Publicação: 07.05.14. No mesmo sentido, o voto vencido do Juiz Fernando Galvão no: AGRAVO REGIMENTAL N. 0000120-71.2013.9.13.0000; Relator: Juiz Fernando Armando Ribeiro; Julgamento (majoritário): 06/02/2013; DJME: 15/02/2013; nos EMBARGOS INFRINGENTES N. 0009136-20.2011.9.13.0000 ou 155; Relator: Juiz Cel PM James Ferreira Santos; Julgamento (majoritário): 19/09/2012; DJME: 21/09/2012; e no CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO 0009136-20.2011.9.13.0000 ou 155; Relator: Juiz Fernando Armando Ribeiro; Julgamento (majoritário): 1º/02/2012; DJME: 09/02/2012; no CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 0006274-42.2012.9.13.0000; Relator: Juiz Jadir Silva; Julgamento (majoritário): 19/06/2013; DJME: 28/06/2012.

Constituição Estadual, art. 39, § 7º. O processo de Justificação que ora nos ocupa a atenção é regulado pela Lei Federal n. 5.836, de 05/12/1972, sendo que a remessa do processo administrativo disciplinar a esta Corte é previsto no § 3º do art. 74 da Lei Estadual n. 14.310/2002. No entanto, as disposições constantes destes diplomas legais somente podem ser interpretadas em conformidade com os parâmetros constitucionais. Da maneira como este feito está sendo conduzido, o Tribunal de Justiça Militar acabará por prestar jurisdição sem que tenha ocorrido provocação por meio da ação de uma parte legítima. Tal situação é juridicamente impossível e, sem dúvidas, constitui ativismo judicial e aniquila com a imparcialidade do magistrado. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais é órgão integrante do Poder Judiciário estadual e o princípio da separação dos poderes, consagrado no art. 2º da carta constitucional, impede que o mesmo exerça atividades administrativas em relação a integrantes do Poder Executivo. As atividades administrativas do Poder Judiciário somente podem ser exercidas em relação a seus próprios membros. O oficial militar, membro do Poder Executivo, em relação ao qual se realiza o julgamento sobre sua indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato é um jurisdicionado da Justiça Militar e não um administrado. A nova ordem constitucional não recepcionou nenhum dos antigos procedimentos denominados judicialiformes, sendo que toda a tutela jurisdicional somente pode-se operar mediante processo judicial instaurado mediante provocação de parte legítima. Como é sabido, todo o processo judicial possui pressupostos para sua constituição e desenvolvimento válido e regular. Neste contexto, a provocação da jurisdição constitui pressuposto de observância inafastável. A Jurisdição sem ação constitui ofensa ao princípio garantista da inércia da jurisdição. Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria natureza, inertes. Neste sentido é a mensagem dos consagrados brocardos do *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. A função jurisdicional, nos casos em que pode haver prejuízos para a situação jurídica do jurisdicionado, somente pode ser exercida em relação a uma lide que uma parte interessada deduz em juízo. É verdade que a lide não é uma característica essencial do processo judicial. Nos casos em que a doutrina visualiza jurisdição voluntária, como a herança jacente e a emancipação, não há lide. Mas, mesmo nestes casos, o processo só pode iniciar-se por provocação dos interessados. Em outras palavras, se a lide não é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, a provocação da jurisdição por meio da ação o é. (...) No caso de infração disciplinar, por outro lado, a apuração da ocorrência da infração disciplinar foi processada inteiramente pela ad-

**“No que tange à natureza jurídica do processo do CJ, o TJM/SP reconhece que o mesmo é judicial e não administrativo.”**

ministração. O procedimento administrativo deve-se transformar em processo judicial e isto somente é possível mediante provocação da parte interessada. No caso de perda do posto e da patente em decorrência da prática de infração disciplinar, também é necessário identificar qual lide deva ser resolvida pelo Judiciário. O julgamento judicial que se pretende com base em um procedimento de justificação somente é possível mediante o estabelecimento de uma relação processual que permita a contraposição das partes. A decretação da perda do posto e da patente da justificante é provimento judicial que, certamente, contraria o seu interesse. Quem, então, deduz em juízo um interesse que lhe seja contraposto? Quem tem interesse na decretação da perda do posto e da patente do referido oficial? Estas perguntas não podem ficar sem resposta. É

necessário ainda observar que, se a existência de partes é um pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo judicial, a legitimidade da parte é uma condição da ação. Inexistindo parte ou sendo esta ilegítima, determina o Código de Processo Civil a mesma consequência: a extinção do feito, sem julgamento de mérito, conforme disposto no art. 267, incisos IV e VI. Tratando-se de indignidade ou incompatibilidade do oficial para com o oficialato, decorrente de infração administrativa, a parte legítima para requerer ao Poder Judiciário a decretação da perda do posto e da patente é o Estado de Minas Gerais. A legitimidade da

parte é adquirida por meio do interesse no provimento judicial. Considerando que a Polícia Militar não possui personalidade jurídica, entendo que o Estado de Minas Gerais, que possui interesse no provimento judicial e está apto a postular em juízo para a satisfação de seu interesse, é o primeiro legitimado para a propositura da ação civil que vise a perda do posto e da patente. A previsão de que a perda do posto e da patente somente pode ser decretada por decisão do Tribunal de Justiça Militar constitui uma garantia concedida pela Constituição da República em favor dos militares estaduais. Esta garantia se equipara à garantia concedida pela Constituição aos magistrados, art. 95, inciso I, e aos membros do Ministério Público, art. 128, § 5º, inciso I, alínea “a”. Em todos estes casos, a perda do cargo depende de ação judicial que conduza a uma sentença judicial transitada em julgado. Há que se observar, por fim, que o julgamento quanto à perda do posto e da patente dos oficiais sem o estabelecimento da relação processual ofende aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Somente a constituição de uma relação processual em que as partes sejam colocadas em posição de igualdade pode viabilizar um julgamento judicial válido. A regularidade da relação processual permite que cada parte exerça o direito de produzir provas em favor de seu interesse, de con-

trapor as provas produzidas pela outra parte, de fazer sustentação oral nas sessões de julgamento e de recorrer contra decisões contrárias aos seus interesses. Não constituir uma relação processual por meio da identificação das partes implica negar o exercício de todos estes direitos que são constitucionalmente assegurados. No caso concreto, se o feito continuar a ser conduzido como está sendo e se for decretada a perda do posto e da patente do militar, como ele poderá recorrer? Se atribuirmos, indevidamente, natureza administrativa ao feito, estaremos impedindo o militar de impugnar a decisão a ser proferida. Não há dúvidas de que estaríamos violando o seu direito fundamental de acesso aos recursos que são inerentes à ampla defesa. Neste sentido, há manifesta violação ao disposto no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, que ingressou na ordem interna por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. (...) Muito embora seja habitual na Justiça Militar estadual o desenvolvimento deste procedimento sem uma parte autora, tenho certeza de que a constituição de uma relação processual regular não implica perda de efetividade ou celeridade do feito. De qualquer forma, o interesse de garantir os direitos fundamentais do justificante deve prevalecer sobre o interesse de excluir o justificante da corporação. Cabe, ainda, observar que a garantia de uma relação processual regular é perfeitamente possível por meio de controle difuso da constitucionalidade. No caso específico dos autos, cabe ressaltar que o Ministério Público manifestou-se de maneira consistente sobre sua legitimidade concorrente com a da Advocacia-Geral do Estado. Na oportunidade, o Exmo. Sr. Procurador ressaltou que, no exercício de sua legitimação, o Ministério Público pode fazer juízo de oportunidade sobre a propositura da ação que vise a decretação da incompatibilidade para com o oficialato. E, justamente no exercício de tal discricionariedade, o Ministério Público optou por não propor a ação judicial e requereu o encaminhamento dos autos a Advocacia-Geral do Estado. (...) Até o presente momento, este egrégio Tribunal não decidiu sobre a legitimidade concorrente do Ministério Público e da Advocacia-Geral do Estado. Considerando os termos da Lei Orgânica do Ministério Público da União, poderia decidir que a atribuição é exclusiva do Ministério Público. Não havendo tal decisão, deve a Advocacia-Geral do Estado ser intimada para se manifestar. (...) entendo que o feito deve ser encaminhado à Advocacia-Geral do Estado de Minas para, querendo, propor a devida ação de perda de posto e patente. (...). A natureza jurídica do presente feito suscitou inúmeras reflexões por parte dos integrantes deste E. Tribunal de Justiça Militar e levou a conclusões díspares. Pelo que entendi das diversas manifestações proferidas ao longo das sessões realizadas, foi reconhecida a natureza judicial do presente feito. (...) Caso fosse reconhecida ao feito a natureza administrativa, eu não teria competência e tampouco atribuição para intervir no feito. Como juiz, não devo me manifestar em procedimento administrativo

disciplinar militar, pois não sou militar e muito menos superior hierárquico do réu. O princípio constitucional da separação dos poderes impõe que o poder disciplinar esteja restrito apenas aos membros da corporação militar. Entendo que a ausência de parte autora impediu que fosse produzida em juízo qualquer prova que pudesse lastrear uma decisão que decreta a exclusão do justificante. Toda a prova constante dos autos foi produzida administrativamente. Por tais razões, entendo que a justificante não deve ser excluída das fileiras da corporação.”

## DA CONCLUSÃO

A Lei Federal nº 5.836/72 disciplina o processo e o julgamento do CJ e contém vícios legislativos incompatíveis com a CF/88, de forma que é forçoso se reconhecer a não recepção dos dispositivos atinentes à fase judicial (arts. 14 a 16).

Como o CJ é um processo híbrido, com duas fases, uma administrativa e outra judicial (processo *judicialiforme*), é preciso afastar os vícios hoje existentes na fase judicial, para torná-lo um processo válido.

Assim, há de se garantir àquele processo na fase judicial que o MP, ao receber os autos do CJ da Administração Militar possa oferecer a Representação para a perda do posto e da patente (art. 116, II, LC 75/93), bem como se garantir ao justificante que seja interrogado perante o Tribunal e a seguir sejam ouvidas as testemunhas arroladas pelo MP e as que forem arroladas pelo justificante, garantindo-se, ainda a produção de provas, diligências e a fase de alegações finais, para só depois ocorrer o julgamento. Como isso, o CJ terá garantias constitucionais.

Não mais se sustenta o entendimento de que o CJ seja um processo integralmente administrativo, pois, se assim ocorrer, há de se reconhecer a violação dos princípios do Juiz natural (art. 5º, LIII, CF), da separação dos poderes (art. 2º, CF) do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Enquanto não sobrevier nova Lei Federal para corrigir todos os vícios existentes na atual Lei nº 5.836/72, na fase judicial dos processos do CJ deve ser aplicado o rito procedimental existente no CPPM (art. 17), para suprir a ausência de garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O processo do CJ não pode ser um arremedo de processo, mas deve ter a estatura de um processo ajustado à CF, pois a vitaliciedade de que são detentores os Oficiais das Instituições Militares não pode ser cassada, sem o asseguramento das garantias constitucionais vigentes, como ocorre com os magistrados e os integrantes do MP.

Em consequência, as Leis Estaduais que disciplinam o processo do CJ, tendo como aplicação a Lei Federal 5.836/72, devem igualmente ter afastados os vícios legislativos mencionados, aplicando-se subsidiariamente as normas do CPPM para suprir a ausência de garantias e da aplicação dos princípios constitucionais.