

A NECESSIDADE DE UMA LEITURA CONSTITUCIONAL AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR¹

JEFFERSON AUGUSTO DE PAULA²
RODRIGO MANRICH DOS SANTOS³
BRUNO GIGLIOTTI CUNHA BARBOSA⁴
JAYR RIBEIRO JUNIOR⁵
FABIANO MOYSES FURTADO⁶

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo inicial demonstrar em quais condições históricas foram editados o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar vigentes.

Após, trataremos das evoluções legislativas havidas tanto no Código de Processo Penal comum quanto no Código de Processo Penal Militar e verificar se ambos os códigos tiveram os mesmos avanços no que diz respeito à conformação constitucional.

¹ O presente artigo foi elaborado como pesquisa realizada pelo III Grupo de Estudos em Direito Militar da ABDConst (2015/2016).

² Mestre em Direito Constitucional pela UNIVALI. Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst. Pós-graduado em Direito Criminal pela UNICURITIBA. Coordenador do I, II e III Grupo de Estudos em Direito Militar da ABDConst. Coordenador de Extensão da ABDConst. Advogado especialista em direito militar.

³ Pós-graduado em Direito Administrativo Disciplinar pelo NPSPP/UTP. Bacharel em Direito pela UTP. 2º Sargento da Polícia Militar do Paraná, lotado da Subseção de Justiça e Disciplina do COPOM. Instrutor nos Cursos de Formação de Praças da PMPR.

⁴ Advogado. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUC/PR.

⁵ Pós-graduado em Direito Administrativo Disciplinar pelo NPSPP/UTP. Especialista em Polícia Judiciária Militar – PMPR. Bacharel em Direito pela FACEAR. 2º Sargento da Polícia Militar do Paraná, lotado da Subseção de Justiça e Disciplina do CPM.

⁶ Advogado.

Na sequência, iremos tratar dos princípios constitucionais aplicados ao processo previstos na CRFB/88 e seus reflexos na legislação processual penal comum e militar.

Buscaremos apresentar o modo em que os Tribunais interpretaram estes princípios constitucionais e os novos institutos jurídicos advindos das legislações que alteraram o processo penal comum no âmbito do processo penal militar.

Por fim, qual a leitura e abordagem que deve ser dada ao Código de Processo Penal Militar pós CRFB/88, deixando bem claro, que não pretendemos esgotar o tema, mas apenas, trazer algumas reflexões e propostas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Os códigos *penal militar* e *processual penal militar*⁷ vigentes foram editados por meio de *decreto-lei*, espécie normativa amplamente utilizada pelos Chefes do Poder Executivo durante o chamado *regime militar* iniciado em 1964.

Naquela época, com a centralização e o fortalecimento do Poder Executivo, o Presidente da República, pouco a pouco, assumiu a função de legislar. Estabelece-se um Governo com supremacia do Executivo, como afirmaram **Paulo Bonavides** e **Paes de Andrade**⁸.

O Ato Institucional nº 2 deu poderes ao Presidente da República para baixar decretos-leis sobre matéria de *segurança nacional*, expressão que segundo os mesmos autores, “poderia significar qualquer coisa”⁹.

Apesar do vocábulo *segurança nacional* admitir uma variedade de assuntos, naquele momento ainda havia um limite a ser respeitado, ou seja, não tratar de temas que fugissem do seu núcleo central (segurança nacional).

Ocorre que tudo isto foi superado com o advento do Ato Institucional nº 5¹⁰, editado em 13 de dezembro de 1968, que outorgou amplos poderes legislativos ao

⁷ Decretos-Lei nº 1001 e 1002 de 1969, respectivamente.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1988, p. 447.

⁹ Idem, p. 434.

Presidente, o qual poderia então legislar sobre qualquer assunto, bastando que estivesse decretado recesso no Congresso Nacional.

Ao tratar da Constituição de 1967, **José Afonso da Silva**¹¹ explica: “(...) as crises não cessaram. E veio o AI 5, de 13.12.68, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram mais uma dezena e muitos atos complementares e decretos-leis, até que indiciosa moléstia impossibilitaria o Presidente Costa e Silva de continuar governando”.

Com o afastamento do Presidente, uma junta de Ministros Militares deu continuidade ao governo e com força no AI 5, editaram a Emenda nº 1 de 21.10.69 que redundou na Constituição de 1967¹².

Neste contexto, mais precisamente quatro dias depois, foram baixados os Decretos-Lei nº 1001 e 1002, respectivamente, Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

Conquanto editados em um período de duvidosa legalidade¹³, a elaboração dos códigos *penal militar* e *processual penal militar* teve a participação de respeitáveis juristas, como Ivo d'Aquino Fonseca, José Telles Barbosa e Nelson Hungria¹⁴. Vislumbrou-se certa preocupação em se elaborar uma codificação moderna para a época que respeitasse, inclusive, direitos constitucionais do acusado, como a ampla defesa e o contraditório.

¹⁰ AI 5: “Art. 2º, § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.”

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros: 2007, p. 87.

¹² Idem.

¹³ **Alexandre de Moraes** ensina que “só por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral”. Complementa: “com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa só detentor do poder em benefício da lei”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

¹⁴ BECKER, Fernando. **Legislação Penal do Servidor Público Militar**. São Paulo: Iglu. 2001, p. 17 e 145.

O Ministro da Justiça à época, Luis Antonio da Gama e Silva, ao redigir para a junta militar a exposição de motivos do CPPM, afirmou:¹⁵

“Isto, porém, não afastou o projeto de considerar o respeito em que deve ser tida a pessoa do indiciado ou acusado, militar ou civil, quer processado solto, quer sob prisão, assegurando-lhe, efetivamente, assistência judiciária e a mais ampla defesa na fase contraditória do processo, nos termos constitucionais, e mantendo as tradições liberais da justiça militar brasileira, sem paralelo, aliás, em qualquer outro País”.

Assim, em 1º de janeiro de 1970, entrou em vigor a nova legislação penal e processual penal castrense (CPM e CPPM).

Ainda durante o regime militar, em 1978, por meio da Lei nº 6.544/78¹⁶, operaram-se no CPM e no CPPM algumas alterações pontuais. No diploma processual se reconheceu a possibilidade do réu primário e de bons antecedentes apelar em liberdade (art. 527), bem como, na mesma condição, a possibilidade do réu opor embargos infringentes ou de nulidade sem a necessidade de se recolher à prisão (art. 549).

Houve também alterações no instituto da suspensão condicional da pena, fixando-se prazo e condições para concessão do benefício (arts. 606, 607 e 608).

Superado o regime de exceção, a Constituição da República de 1988 veio ao encontro dos ideais democráticos reivindicados pelos mais diversos ramos da sociedade.

Luís Roberto Barroso, ao tratar das características da CRFB de 1988, ensina que “ela foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício de poder, timbrada na intolerância e na violência”¹⁷.

Firmaram-se no texto da Carta Magna, sobremaneira, os direitos e garantias individuais, constituindo-se num leque de normas aptas a combater abusos do poder estatal¹⁸, contando com instrumentos aptos a restabelecer eventuais violações a

¹⁵ Idem, p. 146.

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6544.htm

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 10.

¹⁸ Idem, p. 15.

esses direitos, como o *habeas corpus*, o *mandado de segurança* e demais ações constitucionais de garantia.

Após a promulgação da CRFB de 1988, algumas alterações foram promovidas no CPPM. A primeira delas ocorreu por meio da Lei nº 8.236/91¹⁹, a qual alterou o procedimento de apuração e julgamentos dos crimes de deserção e insubmissão. Após, a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92²⁰) revogou o parágrafo 2º do art. 470, que tratava da competência do Presidente do STM para conceder, *ad referendum* do Tribunal, pedido de *habeas corpus* durante o período das férias forenses.

Por fim, a Lei nº 9.299/96²¹ excetuou do foro militar o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, determinando ainda a remessa dos autos de inquérito policial militar à justiça comum nestes casos.

Desde então, passado quase duas décadas sem que houvessem novas adequações legislativas no diploma processual penal militar, ignorando-se o fato de que muitas de suas normas ainda confrontam com a ordem constitucional, sobretudo no que diz respeito aos direitos e garantias dos acusados na justiça militar.

Doutra banda, denota-se que no processo penal comum sobrevieram pós Constituição, diversas mudanças que buscaram adequar os procedimentos processuais de acordo com os direitos e garantias estabelecidos no texto constitucional.

3. A DISPARIDADE NA EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM EM DETRIMENTO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Embora o Código de Processo Penal ainda não esteja totalmente alinhado com o viés democrático e garantista da CRFB de 1988, é notório que os avanços legislativos foram muito maiores do que no Código de Processo Penal Militar.

Nota-se clara diferença quando os dois diplomas processuais são comparados, e o que se percebe é que o CPP seguiu – *que se frise, mesmo que de*

¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8236.htm

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm

²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9299.htm

forma pontual -, com reformas e mudanças significativas pós CRFB de 1988, o que não foi seguido pelo CPPM, que sofreu alterações mínimas que não modificaram seu caráter autoritário e antidemocrático.

Para adequar o processo penal militar ao que preceitua a Constituição, não basta apenas demarcar o lugar que ocupará cada parte no processo, já que depois de formulada a acusação, e dado início ao procedimento, o juiz caso queira, detém – *há previsões legais* - a prerrogativa de se imiscuir na produção/gestão da prova, assumindo desta forma um papel ativo, típico de acusador, agindo de ofício em alguns casos previstos em lei²², distanciando-se do sistema acusatório e dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, duramente conquistados, tais como: *ampla defesa; contraditório; estado ou situação jurídica de inocência; imparcialidade; inércia da jurisdição; oficialidade; livre convencimento; etc.*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²³, em comentário sobre o assunto, afirma:

“[...] diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a **gestão da prova** está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. [...] Assim, no processo penal brasileiro, é assegurado o princípio do contraditório. Não obstante, na prática, não há efetividade formal (a lei trata de manter a desigualdade, entre outros e por exemplo, nos arts. 222, 370, §1º, 501, todos do CPP) e muito menos material.”

O problema não se coloca apenas na lei processual penal militar, mas ainda é do processo penal comum, como acentua **Aury Lopes Júnior**²⁴, em comentário sobre o tema:

“É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição

²² “Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. (original sem grifo).

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Princípios Gerais no Processo Penal**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 22, ano 22, p. 214.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 109.

da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro.”

Não é pouca coisa. O cidadão com seu defensor de um lado, e o Estado (Ministério Público) do outro com um extraordinário aparato de investigação e assistentes/auxiliares, não tem muito a fazer do que pedir, e pedir com vênias, para, quem sabe, obter deferimento.

Neste viés, fica evidente a posição de prevalência do juiz no quadro processual, seja na seara comum ou na militar, visto que, como já demonstrado, os próprios códigos permitem que o Ministério Público ceda espaço para o julgador, ou seja, não há uma “paridade de armas” no jogo processual, pois o réu estará sempre em desvantagem.

O titular da ação penal é, efetivamente, o Ministério Público (art. 129, I da CRFB de 1988), mas o juiz – *querendo* - o auxilia nesse *mister*, sobretudo no que diz respeito a iniciativa da produção de provas e a decretação de medidas cautelares (arts. 296, 176, 201 e 254).

Para fazer frente a essa inferioridade em que se encontra o acusado no processo penal militar, é imperioso que mudanças efetivas no código processual penal militar sejam implementadas e, a teor dos avanços já perpetrados no CPP, os direitos e garantias do acusado sejam efetivamente assegurados.

Fazendo um apanhado do passado recente do CPP (*pós* CRFB de 1988), denotam-se alterações legislativas significativas, a saber: **I) art. 185**, que determina a presença obrigatória de defensor no curso do processo penal; e, **II) art. 186**, que prevê o direito ao silêncio do acusado, sem que isso lhe prejudique, garantia esta estabelecida pelo constituinte originário de 1988, também em consonância com o princípio *nemo tenetur se detegere*, ambos acrescentados ao CPP pela Lei 10.792/2003²⁵; **III) art. 212**, alterado pela Lei nº 11.690/2008²⁶, que inovou ao modificar o procedimento de inquirição de testemunhas, instituindo o *cross examination*, sistema em que as perguntas são formuladas à testemunha diretamente pelas partes.

²⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm

²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11690.htm

Por meio da Lei 11.719/2008, sobrevieram as seguintes alterações: **IV) art. 396**, que modificou o procedimento para consubstanciar ampla direito de defesa ao acusado, que não mais é citado para audiência de interrogatório e sim para oferecer defesa preliminar escrita em 10 dias; **V) art. 396-A**, que oportunizou o contraditório prévio, através da apresentação de documentos, justificações e teses preliminares, a fim de que o juiz verifique se é o caso de dar prosseguimento ou não a ação; **VI) art. 397**, que incluiu as causas de absolvição sumária no procedimento; **VII) art. 400**, considerada uma das mais inovadoras mudanças, já que modificou totalmente a ordem do procedimento da instrução processual, pois além de unificar a audiência, oportunizou que o interrogatório do réu aconteça somente ao final, dando-lhe oportunidade de acompanhar toda a produção das provas, em especial as testemunhais, permitindo-lhe ter conhecimento pleno da acusação antes de ser ouvido, o que reflete avanço significativo no que diz respeito ao seu direito de defesa.

Em que pese as reformas do CPP não serem ainda o ideal buscado pela CRFB de 1988, já produziram efeitos significativos no procedimento comum. Por outro lado, as normas do processo penal militar permanecem, em grande parte, obsoletas e distantes do sistema processual acusatório estabelecido pela Constituição.

4. A LEITURA QUE DEVE SER FEITA PELO PODER JUDICIÁRIO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

De inicio é necessário distinguir uma norma **vigente**, de uma norma **válida**. Para isto, **Luigi Ferrajoli** explica:

“En efecto, **la existencia de normas inválidas** puede ser facilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de **la regularidad o legitimidad de las normas**: la que se puede llamar “**vigencia**” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la “**validez**” propriamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos assimétricos e independientes entre sí: la **vigência** guarda relación con la **forma** de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las

normas formales sobre sua formação; la **validez**, al referirse al **significado**, es por el contrario una cuestión de **coherencia** o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción.”²⁷

Logo, nem toda norma **vigente é válida**. O que torna uma norma válida é sua coerência com o texto constitucional.

Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos²⁸ demonstram a importância da correta interpretação (constitucional):

“No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimação da decisão proferida.”

Para que haja coerência entre o texto infraconstitucional com as diretrizes da Carta Magna, buscando-se a adequação devida, os mesmos doutrinadores entendem como devido o uso do *princípio da interpretação conforme a Constituição*:

“A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um **princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade**. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. **Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que mais obviamente decorra do seu texto.** Como técnica de controle de constitucionalidade a interpretação conforme a Constituição **consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação corretiva que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto**”.²⁹

Como pode ser visto a **interpretação conforme** possui um caráter dúplice, ora como “*princípio de interpretação*”, ora como “*técnica de controle de constitucionalidade*”. Porém, em ambos os sentidos apresenta ao aplicador (juiz) a

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Editorial Trotta. 5ª edição, 2006, p. 21/22.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

²⁹ Idem, p. 361.

hipótese de interpretar uma regra “que busque a compatibilização da mesma com a Constituição”.

Na mesma linha doutrinária, **Paulo Ricardo Schier** diz:

“Esta, evidentemente, exige não apenas um novo fundamento epistemológico mas, sim, uma releitura do próprio arsenal dogmático do Direito. Afinal, uma nova epistemologia mostrar-se-á inócua se os operadores jurídicos continuarem como o velho modo de utilização do Direito. De nada vale qualquer concepção epistemológica antecipatória se continuarem os Juízes a aplicar as leis do século passado com a cabeça do século passado. Ou pior, se continuarem a ler os novos instrumentos e valores trazidos pela nova ordem jurídica (a instaurada no Brasil com o advento da Constituição de 1998) sob o influxo da ordem anterior ou, ainda, insistirem em adaptar a Constituição ao espírito da legislação infraconstitucional.

Ora, para que alguma mudança possa manifestar-se, é necessário uma releitura das práticas e teorias dos operadores jurídicos. Do contrário, toda uma concepção epistemológica inventiva poderá redundar em “mera simbologia”, desligada do mundo e, por isso, sem sentido. É preciso, portanto, recriar o discurso do direito e seu instrumental e reaprender a usa-lo.

Especificamente, no âmbito constitucional, tal desiderato somente é possível a partir de uma renovada compreensão do Direito Constitucional e da Constituição, que possibilitarão a extração de conseqüências que deverão irradiar-se por toda a ordem jurídica.³⁰ (sem grifo no original)

Que não se alegue, por sua vez, que em razão da Justiça Militar ser especializada, deva-se sempre aplicar *critério da especialidade*, pois quando tratamos de normas processuais de garantias previstas constitucionalmente, o critério a ser utilizado é o da *hierarquia*, explicado desde muito antes por **Norberto Bobbio**³¹:

“O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. (...) Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. Sérgio Fabris: Porto Alegre, 1999, p. 62-63.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição. Editora UNB. Brasília. 1999, p. 93/94.

superior. No ordenamento italiano, o princípio da hierarquia entre normas está expresso de várias maneiras. A superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias é sancionada pelo art. 134 da Constituição”.

Devemos lembrar que a Constituição da República prevê expressamente no *caput* do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”³², e, portanto, o militar não pode encontrar-se em situação de desvantagem no processo penal - *seja ele militar ou comum*, pelo simples fato de ser militar³³, pois os direitos fundamentais são da *pessoa* e não do *cargo* que ela ocupa, segundo **Luigi Ferrajoli**: “(...) Por outro lado, si se asume que son fundamentales todos los derechos universales, es decir, reconocidos **a todos en cuanto personas o ciudadanos**, entre ellos están comprendidos también los derechos sociales, cuya universalidad no está excluída (...)”³⁴ Ainda: “(...) **los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno** de manera **incondicionada, incluso contra la mayoría**”³⁵ “(...) **los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente**, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría”.³⁶

Alguns Tribunais não ignoram o respeito ao texto constitucional e a necessidade de se adequar o CPPM.

³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

³³ “Diante dessa constatação, temos que, antes de ser por opção um *militar*, jamais perdera sua qualidade de *ser humano*. Sua farda não encobre seu *eu*cidadão, ao contrário, por suas características próprias, a sociedade, por intermédio de seus operadores do direito, deve ter como fim em contrapartida de sua abnegação, uma releitura do direito militar sob a ótica *garantista* da Constituição de 1988.” PAULA, Jefferson Augusto de. *et ali. A Necessidade de Interpretação do Direito Militar à Luz dos Direitos e Garantias Fundamentais*. <http://www.abdconst.com.br/anais2/NecessidadeJeff.pdf>

³⁴ FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 47. Ainda: “... **los derechos fundamentales son de cada uno** y de todos, **su garantía exige un juez imparcial e independiente**, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y **en condiciones de censurar**, en su caso, **como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen.**” págs. 26/27.

³⁵ *Idem*, p. 26.

³⁶ *Ibidem* p. 27.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, reconheceu o direito do acusado ser interrogado ao final no processo penal militar, aplicando-se a regra do art. 400 do CPP (alterado pela Lei nº 11.719/2008)³⁷ também na justiça militar.

A Justiça Militar da União de Santa Maria – RS, iniciou a aplicação da *audiência de custódia*³⁸.

Outro avanço é a aplicação por alguns juízos militares das hipóteses de *absolvição sumária* (art. 397 do CPP, criado pela Lei nº 11.719/08)³⁹, evitando que o acusado responda desnecessariamente – ou *ilegalmente* - uma ação penal.

³⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>. Extraímos o seguinte: **“Processo penal militar e interrogatório ao final da instrução.** A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. Essa a conclusão do Plenário, que denegou a ordem em “habeas corpus” no qual pleiteada a incompetência da justiça castrense para processar e julgar os pacientes, lá condenados por força de apelação. A defesa sustentava que eles não mais ostentariam a condição de militares e, portanto, deveriam se submeter à justiça penal comum. Subsidiariamente, alegava que o interrogatório realizado seria nulo, pois não observado o art. 400 do CPP, na redação dada pela Lei 11.719/2008, mas sim o art. 302 do CPPM. No que se refere à questão da competência, o Colegiado assinalou que se trataria, na época do fato, de soldados da ativa. De acordo com o art. 124 da CF e com o art. 9º, I, “b”, do CPM, a competência seria, de fato, da justiça militar. **Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo penal militar. Precedentes com o mesmo fundamento apontam a incidência de dispositivos do CPP, quando mais favoráveis ao réu, no que diz respeito ao rito da Lei 8.038/1990. Além disso, na prática, a justiça militar já opera de acordo com o art. 400 do CPP.** O mesmo também pode ser dito a respeito da justiça eleitoral. Entretanto, o Plenário ponderou ser mais recomendável frisar que a aplicação do art. 400 do CPP no âmbito da justiça castrense não incide para os casos em que já houvera interrogatório. Assim, para evitar possível quadro de instabilidade e revisão de casos julgados conforme regra estabelecida de acordo com o princípio da especialidade, a tese ora fixada deveria ser observada a partir da data de publicação da ata do julgamento. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, também denegou a ordem, mas ao fundamento de que a regra geral estabelecida no CPP não incidiria no processo penal militar. A aplicação subsidiária das regras contidas no CPP ao CPPM somente seria admissível na hipótese de lacuna deste diploma, e o CPPM apenas afasta a aplicação das regras nele contidas se houvesse tratado ou convenção a prever de forma diversa, o que não seria o caso.” (grifo nosso).

³⁸ <http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5581-auditoria-de-santa-maria-rs-faz-sua-primeira-audiencia-de-custodia>

Os próprios operadores do direito militar (Magistrados, membros do Ministério Público Militar e Defensores Públicos) têm buscado discutir a necessidade de um novo Código de Processo Penal Militar e Código Penal Militar, sendo inclusive criadas comissões para tal fim.

Uma das mudanças que reputamos necessária é o número de audiências no processo penal militar.

O ato de prova mais importante do processo penal comum é a audiência de instrução e julgamento, na qual será produzida e coletada a prova testemunhal, que deve ser devidamente contraditada.

Na busca das garantias constitucionais, se deve fazer um paralelo com a via da efetivação do processo para que a decisão penal seja exarada dentro de um prazo razoável, mas sem atropelos, buscando o efetivo convencimento do receptor da prova e a sua formação na instrução processual.

Aury Lopes Junior e Gustavo Henrique Badaró⁴⁰, afirmam:

“(...) o direito a um julgamento no prazo razoável não pode ser entendido, simplesmente, como o direito a um processo que busque a celeridade processual a qualquer custo. Ou seja, o processo no prazo razoável não é o processo em sua celeridade máxima. Para respeitar o direito ao processo no prazo razoável, a busca de celeridade **não pode violar outras garantias processuais como a ampla defesa e o direito de a defesa possuir o tempo necessário para seu exercício adequado.**” (grifo nosso)

A audiência una traz a efetividade da celeridade processual, porém, em alguns casos, pode acarretar alto custo à defesa e ao réu. Nos casos que se tenha mais de um acusado, tal prejuízo pode ser maior.

Fator a ser observado é a complexidade do caso penal, seja pela pluralidade de acusados ou pela complexidade da matéria a ser enfrentada no processamento, que pode ter cunho jurídico ou até mesmo científico.

³⁹ APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO CULPOSO. ART. 303, § 3º, CPM. FACILITAÇÃO PARA FURTO DE ARMAMENTO, EQUIPAMENTO E MUNIÇÃO. NEGLIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA. **ABSOLVIÇÃO SUMARIA. MAIORIA. ART. 397 CPP** E ART. 439, B, do CPPM. APELO NEGADO. MAIORIA. (TJM/RS - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 488-70.2015.9.21.00 - JUIZ-REVISOR E RELATOR PARA ACÓRDÃO CEL. FÁBIO DUARTE FERNANDES - Acórdão nº 488-70.2015.9.21.0000).

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique e LOPES JÚNIOR, AURY. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 44.

Aury Lopes Junior⁴¹, dissertando sobre as alterações do Código de Processo Penal, afirma:

“A Lei n. 11.719/2008 desenhou um procedimento fundado na aglutinação de todos os atos de instrução numa mesma audiência. Essa regra, como dissemos no início, é aplicável em processos simples, mas inviável nos complexos, que demandarão várias audiências, seja pelo excessivo número de testemunhas ou porque, ao final da instrução, são postuladas e deferidas diligências. O art. 402 abre a possibilidade de as partes, diante da prova produzida, requererem diligências (perícias, oitiva de testemunhas referidas, juntada de documentos, etc) 'cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

É importante que se chegue a um bom termo para ambas as partes. A instrução processual deve ocorrer no seu devido tempo.

No processo penal militar, a Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou o § 5º do art. 125 a CRFB de 1988, modificando a forma de julgamento dos processos penais militares no juízo militar, no seguinte modo:

“Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.**” (sem grifo no original)⁴²

Por força disto, excetuado os casos onde o ofendido/vítima seja civil, nos demais casos o processo será instruído e julgado por um Conselho de Justiça, havendo uma sessão própria de julgamento.

Tratando-se de crime militar próprio haverá uma sessão de julgamento, prevendo a lei processual penal militar 04 (quatro) atos: interrogatório; audiência exclusiva para oitiva do(s) ofendido(s) e das testemunhas de acusação; audiência exclusiva para as testemunhas de defesa e sessão de julgamento.

Nos demais casos, há previsão legal para 03 (três) atos, inexistindo apenas a sessão de julgamento, pois a decisão é tomada monocraticamente em gabinete.

A realização da instrução em duas etapas, realizando-se a oitiva do(s) ofendido(s) e das testemunhas de acusação em uma data; e numa segunda, a oitiva das testemunhas de defesa e o interrogatório do acusado contemplam em nosso

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. cit.*, p. 944.

⁴² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1

entendimento, os princípios da ampla defesa, do contraditório e o fazem sem dilação indevida, pois eliminam um ato (audiência).

A defesa poderá contraditar toda matéria de fato, de direito e de cunho técnico científica trazidas pelo(s) ofendido(s) e pelas testemunhas de acusação aos autos, contribuindo com diversas interpretações ao caso penal, ou ainda questões técnicas científicas diferentes das apresentadas pelas testemunhas de acusação.

Com a realização da instrução em duas etapas ao invés de três, adianta-se um pouco o processo sem atropelo de garantias, tornando desse modo o procedimento mais democrático.

A modificação do rito processual, conforme indicamos acima, fica num meio termo, entre o rito processual do CPP pós reforma legislativa, e, o regramento previsto até os dias atuais pelo CPPM. Ou seja, nem lá, nem cá. Porém, trata-se de uma possibilidade mais célere ao processo penal militar e perfeitamente factível.

Por fim, é necessário também esclarecer o leitor, que o CPPM, possui institutos jurídicos, direitos e garantias, que o CPP não possui.

Uma das mais significativas é a previsão expressa no § 2º do art. 296, que o acusado não tem obrigação de produzir prova contra si mesmo⁴³.

Outra é a previsão da *primeira parte* do art. 297 que dispõe que o Magistrado deve se valer apenas das provas produzidas em juízo⁴⁴, ou seja, diferentemente do art. 155 do CPP, que possibilita o Juiz complementar com as provas do inquérito⁴⁵.

Há também a possibilidade do acusado, arrolar suas testemunhas de defesa, caso necessite delas, apenas, após, a oitiva da última testemunha de acusação (art. 417, § 2º, *primeira parte* do CPPM⁴⁶).

⁴³ “Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão”.

⁴⁴ “O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo”.

⁴⁵ “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁴⁶ “As testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução criminal, desde que não seja excedido o prazo de cinco dias, após a inquirição da última testemunha de acusação”.

Enfim, há dispositivos no CPPM, muito mais democráticos do que no CPP, porém, ainda falta muito para que nossa legislação processual penal castrense, se adeque/conforme ao Estado Democrático – e Constitucional – de Direito, que almejamos.

CONCLUSÃO

Conforme foi dito desde o início a ideia do presente estudo, não foi de forma alguma esgotar o tema, mas apenas, trazer algumas reflexões, sobre os caminhos a serem enfrentados pelos operadores do direito militar no pós Constituição da República de 1988.

Não há dúvida que o CPPM se encontra defasado, em relação aos avanços pontuais havidos em relação ao CPP.

Porém, a inércia do legislativo em não promover as devidas reformas, não impede o operador e em especial o aplicador da norma, de fazer a devida leitura do texto processual penal militar com os cânones da CRFB de 1988.

Há *técnicas e mecanismos (interpretação conforme; declaração parcial de nulidade sem redução de texto)* para boa e correta interpretação das normas legais.

Além disto, o intérprete deve ter em mente, que toda norma anterior a CRFB de 1988, deve passar por uma *filtragem constitucional*, e, é dever do operador do direito, sempre distinguir norma *vigente* de norma *válida*, pois, apesar das leis terem presunção de constitucionalidade, não significa de fato, que todas sejam.

O zelo do operador de direito militar, deve ser diário, evitando assim de se valer de normas inválidas, ou seja, normas que contrariem a *forma* e o *conteúdo* disposto na CRFB de 1988.

O que faz com que o processo penal militar seja justo é o respeito incondicional pelos Magistrados aos direitos e garantias consagradas no art. 5º da CRFB de 1988, ou seja, quem deve dar o tom é Carta Magna e não o CPPM.

Devemos ler o Código de Processo Penal Militar à luz da Constituição da República Federal do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECKER, Fernando. **Legislação Penal do Servidor Público Militar**. São Paulo: Iglu. 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição. Editora UNB. Brasília. 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalence Infante D. Henrique, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Princípios Gerais no Processo Penal**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, n. 22, ano 22.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Editorial Trotta. 5º edição, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Sérgio Fabris: Porto Alegre, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.