

Da (In)constitucionalidade do interrogatório no Código de Processo Penal Militar

Alex Dalton de Souza¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo oferecer uma reflexão sobre a constitucionalidade do interrogatório judicial no processo penal militar à luz do princípio do devido processo legal, que garante o exercício pleno do direito de defesa dos acusados em processos jurisdicionais. Parte-se, para tanto, da concepção da natureza jurídica primordial do interrogatório como um meio de defesa, no qual provas podem ser eventualmente produzidas, desde que respeitado os princípios da ampla defesa e do contraditório durante a sua realização.

Palavras-chave: Interrogatório, Militar, Ampla defesa.

1- Introdução

O presente trabalho tem como objetivo propiciar uma análise a respeito da constitucionalidade do interrogatório dos acusados no processo penal militar.

O Código de Processo Penal Militar (CPPM), cabe lembrar, é um diploma legal que tem por objeto disciplinar os ritos processuais na aplicação do Direito Penal Militar. É norma de aplicabilidade especial, já que se aplica especificamente na condução dos processos que têm como sujeitos ativos e/ou passivos, dependendo do caso concreto, militares federais, estaduais ou civis, quando estes atentarem contra instituição militar federal ou estiverem em lugar sujeito à administração militar federal. Ressalta-se que o rito exposto em referido código tem aplicabilidade somente quando o delito sujeito à persecução penal pelo Estado for de natureza militar, seja crime próprio ou impropriamente militar: os delitos devem ser aqueles previstos no Decreto-Lei 1.001/1969, Código Penal Militar, e os sujeitos ativos ou passivos devem ser aqueles previstos no artigo 9º do mesmo diploma legal.

O Código de Processo Penal Militar entrou em vigor sob a égide da ditadura militar, que permaneceu no Brasil no período de 1964 até 1985. Contudo, após o fim deste regime ditatorial, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição Federal do Brasil, a qual veio instalar, precipuamente, o Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Email: alexdalton01@yahoo.com.br.

individuais: a liberdade, como regra; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade e a justiça, como valores supremos de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza.

Embora tenha sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, o CPPM, Decreto-Lei 1.002/1969, todavia, mantém até os dias atuais vários dispositivos flagrantemente incompatíveis com a nova ordem constitucional, estando na contramão do ordenamento jurídico vigente e violando direitos fundamentais dos cidadãos submetidos a sua aplicabilidade.

Pontualmente, este trabalho irá discutir a respeito das garantias constitucionais dos acusados submetidos aos interrogatórios nos ritos processuais penais militares: faz-se necessário tais apontamentos, já que a atual Constituição Federal consagra o devido processo legal, garantia máxima do modelos acusatórios de processo na pós-modernidade, segundo os quais nenhum acusado pode ser processado e julgado sem que lhe sejam devidamente assegurados o respeito aos princípios que amparam o modelo constitucional de processo, saber, o princípio da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da imparcialidade do julgador e, no âmbito do processo penal, da presunção de inocência (NEGRI, 2008, p.102).

O Processo Penal Militar deve ser interpretado sob a atual visão constitucionalista do processo, assim como tem sido a tendência doutrinária no processo penal comum. Malgrado o legislador infraconstitucional tenha se comportado de forma dicotômica quanto à reforma dos Códigos de Processo penal comum e militar, é importante ressaltar que originalmente os dois diplomas eram semelhantes, porém o Código de Processo Penal comum (CPP) passou por diversas reformas que o conformaram minimamente ao modelo constitucional de processo, o que, todavia, não ocorreu no âmbito da justiça castrense.

Com o advento da lei 10.792/2003, a ordem do interrogatório no Código de Processo Penal comum foi alterada. Antes da reforma, o interrogatório era o primeiro ato da fase de instrução. Com essa reforma legislativa, o ato passou a ser o último na fase de instrução.

Ademais, essa modificação também implicou na valorização da natureza jurídica defensiva do interrogatório. O ato passou a ser compreendido como ato de natureza híbrida ou mista, pois tanto é um meio de defesa, em razão das incontestáveis prerrogativas dadas ao réu pela legislação, como o direito de calar-

se, bem como é um meio de prova, afinal, o magistrado vai realizar perguntas pertinentes à elucidação dos fatos, assim como a acusação e o advogado do interrogado também o farão (Nestor Távora, 2013, p.428).

Tais modificações legislativas, todavia, não foram sentidas no âmbito do processo penal militar. Segundo artigo 302 do CPPM² (que não sofreu as alterações operadas no Art. 400 do CPP³), o acusado continua sendo ouvido no início da instrução, antes da oitiva das testemunhas. Essa forma de procedimento inegavelmente mitiga a feição defensiva do ato, fazendo com que se prevaleça apenas sua finalidade probatória. Viola-se, de modo evidente, portanto, os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos na Carta Magna de 1988.

Essa miopia do legislador brasileiro em relação à Lei 1.002/1969, Código de Processo Penal Militar (CPPM), tem acarretado uma dissonância de interpretação de normas e princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal militar pelos tribunais superiores, principalmente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Militar.

Algumas das garantias constitucionais relevantes ao processo penal militar não têm sido observadas pelos aplicadores da lei: isso se deve ao fato de que a maioria dos juízes militares tem feito interpretação literal dos artigos que disciplinam o interrogatório no âmbito da Justiça Militar, conforme dispõe o artigo 2º do CPPM⁴, acarretando prejuízos aos acusados que são submetidos a sua jurisdição.

² Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas. Parágrafo único: A qualificação e o interrogatório do acusado que se apresentar ou for preso no curso do processo, serão feitos logo que ele comparecer perante o juiz.

³ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁴ Art. 2º A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões. Os termos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.

Urge que haja modificações legítimas no texto do Código de Processo Penal Militar. Dessa forma, o legislador infraconstitucional deveria observar a carência de atualização da lei 1.002/1969 para que nela existam previsões legais em conformidade com o texto da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito ao interrogatório dos acusados.

2- Do interrogatório do acusado

Segundo Nestor Távora (2013, p.427):

“o interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio”.

Assim, o interrogatório é um ato realizado na fase processual em que o acusado tem a oportunidade de exercer o seu direito de defesa e não apenas produzir provas para o processo. Caso o acusado não tenha oportunidade de ser interrogado, isso acarretará em nulidade absoluta do processo por violar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

2.1- Características

O Código de Processo Penal Militar trata do interrogatório em seu capítulo II, do título XV, intitulado “Dos Atos Probatórios” nos artigos 302 e seguintes, remetendo ao instituto nos artigos 402, 403 e 404, do Livro II – Dos Processos em Espécie.

O interrogatório é ato personalíssimo, pois é o próprio acusado que deve relatar, ou não, os acontecimentos pelos quais está sendo acusado perante a autoridade judicial que lhe esteja interrogando. Segundo Ricardo Henrique Alves Giuliani (2014, p.143), no processo penal militar, *“somente o juiz pode inquirir o acusado durante o processo penal”*. Isso se deve ao fato de que perguntas

proferidas pelas partes que sejam impertinentes ou que já foram respondidas em outro momento poderão ser indeferidas pelo juiz.

Na Justiça Militar da União, a judicialidade ou oficialidade do interrogatório não é realizado somente pelo juiz-auditor, pois a Lei Processual Penal militar prevê a composição de um Conselho de Justiça para julgar o militar que cometa crime impróprio ou propriamente militar.

Assim, prevê o artigo 399 do CPPM⁵, que o juiz-auditor providenciará o sorteio dos membros dos Conselhos Permanente e Especial. Esses Conselhos são formados por oficiais, os quais tem competência para julgar praças e oficiais. Os oficiais são julgados pelos Conselhos Especiais de Justiça, que são formados por oficiais superiores, ou seja, com posto acima de Major e, geralmente, presidido por Coronéis. Já as praças (na ordem de ascendência hierárquica correspondem ao soldado, cabo, terceiro-sargento, segundo-sargento, primeiro-sargento e subtenente), praças especiais (cadetes e aspirantes a oficial), são submetidas ao interrogatório perante o Conselho Permanente de Justiça, que são compostos por oficiais de qualquer posto e, presididos por oficiais superiores. Os Conselhos Permanentes podem julgar no âmbito da Justiça Militar da União os civis que cometerem crimes militares definidos em lei, como, por exemplo, o civil insubmisso⁶. Além disso, os Conselhos Permanentes de acordo com Ricardo Henrique Alves Giuliani (2004) funcionará por três meses consecutivos. Já o Conselho Especial acompanhará toda a instrução criminal até o julgamento.

Na Justiça Militar Estadual, o interrogatório pode ser realizado pelo juiz de direito ou pelo Conselho de Justiça dependendo do caso. O juiz de direito procederá ao interrogatório do acusado, na hipótese do militar cometer um crime militar contra um civil como, por exemplo, o militar da ativa que no exercício de suas atividades causa dolosamente lesões corporais em um cidadão durante abordagem policial. Importante frisar que os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra

⁵ Art 399. Recebida a denúncia, o auditor: a) providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial ou a convocação do Conselho Permanente, de Justiça;

⁶Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena - impedimento, de três meses a um ano.

a vida de civil são da competência da justiça comum, e não da justiça militar. O Conselho de Justiça atuará na Justiça Militar Estadual quando se verificar que houve o cometimento de um crime propriamente militar como, por exemplo, um Soldado da Polícia Militar profere palavras injuriosas a um Cabo do Corpo de Bombeiro Militar após o atendimento de uma ocorrência de resgate a acidentes de vítimas de trânsito. Nesse caso, é importante ressaltar que houve uma ofensa aos princípios da hierarquia e disciplina militar e, portanto, a instauração de um Conselho de Justiça composto por juízes militares faz-se necessário, pois questões relacionadas a assuntos da caserna não são conhecidas por grande parte dos juízes de direito e os militares têm o compromisso de preservar os princípios militares, principalmente a hierarquia e a disciplina.

Segundo Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli (2000), no Processo Penal Militar, todos os membros do Conselho de Justiça podem fazer perguntas ao acusado, sendo o primeiro o juiz-auditor e, posteriormente, os juízes militares por ordem de hierarquia, sendo as perguntas formuladas por intermédio de juiz-auditor que poderá entender não ser pertinente e não repassar ao acusado. A observância da ordem de hierarquia dos juízes militares é pertinente, para que o voto de um membro não venha a influenciar os demais. Na prática, o militar de menor patente pronunciará seu voto antes de seus superiores hierárquicos. Assim, se o Conselho de Justiça for composto por um 2º Tenente, um 1º Tenente, um Capitão e um Major, o 2º Tenente será o primeiro a pronunciar o seu voto, a seguir o 1º Tenente, até que o Major por ser o oficial de maior posto, que na hipótese, componha o Conselho de Justiça possa votar. Essa dinâmica tem o propósito de evitar, por exemplo, que o Major ao exteriorizar seu voto pela condenação ou absolvição de um acusado acabe por influenciar na decisão dos Tenentes e do Capitão, que são seus subordinados na ordem da hierarquia militar.

De acordo com Gilmar Luciano Santos (2013), para o interrogatório do acusado, além das garantias constitucionais, e das normas prescritas nos artigos 302 a 306 do CPPM, o Conselho de Justiça deve observar o previsto nos artigos 404 (normas da qualificação e interrogatório), 405 (interrogatório em separado), 407 (exceções opostas pelo acusado), 411 (revelia do acusado preso) e 412 (revelia do acusado solto), todos do CPPM.

Quanto à postura do acusado, prevê o artigo 406 do CPPM⁷ que durante o procedimento do interrogatório o acusado ficará de pé, salvo se o seu estado de saúde não o permitir. Entende-se que o artigo 406 do CPPM não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois exigir que o réu preste seu depoimento de pé, enquanto os demais permanecem sentados, constitui tratamento constrangedor em face da jurisdição. Portanto, o Conselho deve permitir que o réu responda ao interrogatório sentado (Santos, 2013, p.117).

2.2- Natureza jurídica do interrogatório: origem e evolução

Poucos são os relatos a respeito da origem do interrogatório como instituto do processo penal. Sabe-se que desde a legislação mosaica, o poder de governar, legislar e julgar aqueles que contrariavam a fé ou os costumes de uma comunidade era concentrado na figura de um único líder⁸.

Os Hebreus foram os primeiros a reconhecerem o interrogatório como meio de defesa do réu mesmo crendo estarem submetidos ao rigor de um governo teocrático, durante o período mosaico de êxodo do Egito em direção à terra de Caná⁹.

Na Babilônia, do imperador Hammurabi, entretanto, valorava-se a confissão do acusado, quando proferida sob juramento, em nome de Deus, como meio de prova e por meio dela, justificava-se a condenação e a imposição de duras penas ao acusado.

No antigo Egito, o interrogatório era um meio de prova contra o réu. Quando confesso, submetia-se a castigos aplicados por representantes do poder canônico, que visavam mais a purificação da alma que a retribuição pelo mal cometido. Naquela época a igreja detinha um poder político muito forte e relacionava-se de forma privilegiada com a nobreza.

Em Roma, antes da república, o interrogatório na fase da justiça privada não obedecia qualquer rito processualístico, pois a tomada de declarações dos

⁷ Art. 406. Durante o interrogatório o acusado ficará de pé, salvo se o seu estado de saúde não o permitir.

⁸ Donato, Jânio Oliveira. Trabalho de conclusão de curso não publicado.

⁹ Idem.

autores de delitos era feita de maneira a propiciar um castigo físico ou mental como método de esclarecer ou alcançar a confissão do acusado. Essa foi considerada a “rainha das provas” por muito tempo.

Atualmente, a natureza jurídica do interrogatório é híbrida ou mista, ou seja, o interrogatório tem o intuito de assegurar a elucidação dos fatos, como também é um meio de defesa, pois ao acusado é permitido tanto permanecer em silêncio, quanto oferecer sua autodefesa.

Segundo Duclerc, **apud** Aury Lopes Jr. (2014, p. 653), afirma que: “As alternativas “meio de prova” e “meio de defesa” não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável”.

Para Nestor Távora (2013), o material eventualmente colhido durante o interrogatório servirá na formação do convencimento do julgador e, por isso, o interrogatório tem a natureza jurídica de meio de prova e meio de defesa, ou seja, híbrida ou mista. No mesmo sentido entendem Denílson Feitoza Pacheco¹⁰ e Mirabete¹¹.

Importante ressaltar que a natureza jurídica do interrogatório entendida como meio de prova e meio de defesa não pode ser discutida apenas pelo aspecto terminológico das expressões. O entendimento de que o interrogatório é apenas um meio de prova acarreta em uma relação de obrigatoriedade da prática do ato. Na verdade, o interrogatório, nessa ótica, atenderia exclusivamente aos interesses do Estado, reduzindo-se o acusado à condição de simples objeto de inspeção por parte dos magistrados, para que as provas pudessem então dele ser extraídas. Ademais, a presença física do acusado, a despeito do direito ao silêncio (o que inegavelmente, esvazia a natureza probatória do ato) se torna exigível para os que assim concebem o ato.

O interrogatório, de acordo com o CPPM, demonstra característica unicamente probatória, o que colide com as garantias constitucionais inerentes aos acusados a ele submetidos. O artigo 305 do CPPM¹² determina que o juiz antes de

¹⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processo penal: teoria, crítica e práxis.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal.

¹² Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

iniciar o interrogatório deverá cientificar o acusado que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Essa previsão legal não pode ser observada pelo Conselho de Justiça, pois se assim proceder haverá um desrespeito ao princípio da inexigibilidade de auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*) que, de acordo com Nestor Távora (2013), assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo. Essa garantia tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Como meio de defesa, no entanto, o interrogatório se apresenta como uma oportunidade para o acusado, caso queira, produzir prova ou se defender. Nesse sentido, o ato deve figurar como ato de realização facultativa, preferencialmente realizado ao final da instrução, quando se dá ao acusado todas as condições de conhecimento pleno da acusação e dos fatos a ele imputados, inclusive o depoimento do ofendido e das testemunhas.

No caso do processo penal militar é relevante frisar que as ações penais, em regra, são públicas, ou seja, até mesmo uma infração penal de menor potencial ofensivo enseja manifestação do titular da ação penal pública, o Ministério Público militar, não prevendo a lei ação de natureza privada. Embora o CPPM não faça previsão para ações de natureza privada, é necessário ressaltar que o artigo 5º, inciso LIX, da CF/88 autoriza que a ação penal privada seja promovida, caso o Ministério Público fique inerte para ajuizar a ação penal pública. Portanto, somente nesse caso poderá o ofendido ajuizar ação penal privada no âmbito da justiça castrense.

3- O interrogatório à luz do devido processo legal e do modelo constitucional de processo

Embora a jurisprudência do Superior Tribunal Militar e dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul entendam que o princípio da especialidade deva prevalecer no procedimento penal militar por se tratar de um rito disciplinado em lei especial e não haver lacunas a serem preenchidas pela legislação penal comum, não há como negar que o texto constitucional de 1988 irradiou certos princípios que devem ser o norte na aplicação

de todas as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no âmbito da justiça militar.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2014, p.41), assevera que “*o processo penal é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais*”. Contudo, enfatiza o autor que “*o desafio é dar eficácia aos direitos fundamentais inseridos nas modernas constituições democráticas como a brasileira*”. (LOPES, 2014, p. 42).

Quanto à afirmação retrocitada, J. Goldschmidt, **apud** Aury Lopes Jr. (2014, p. 42), afirma que:

“Os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A uma Constituição autoritária vai corresponder a um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente, deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

O artigo 5º, inciso LIV da CF/88, prevê o seguinte:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais (Nestor Távora, 2013).

Importante lembrar que o princípio do devido processo legal é observado a partir do início do processo penal propriamente dito, ou seja, na fase de inquérito policial não há que se falar em devido processo legal, pois o procedimento é administrativo e tem natureza inquisitorial. Nessa fase, o acusado não está obrigado a depor, como também não precisa colaborar com a autoridade que preside o procedimento, que no caso do direito militar é exercido por oficiais. Se houver interrogatório, o acusado pode calar-se, pois não está obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Nos crimes militares, a autoridade de polícia judiciária competente para apurar as infrações penais e interrogar os acusados é somente a autoridade de polícia judiciária militar. O delegado de polícia não tem competência para apurar infrações penais militares por expressa vedação constitucional prevista no artigo 144, § 4º da CF/88¹³.

Durante o interrogatório na fase de instrução, o órgão julgador deve observar as normas constitucionais prescritas, principalmente quanto às garantias dos acusados. Não é razoável que acusados por cometimento de crimes militares sejam desamparados de suas garantias previstas na Carta Magna de 1988 por ofensa ao devido processo legal. A lei processual penal militar não está dispensada de obedecer às normas e princípios constitucionais, pelo contrário, já deveria ter sido reformada para sintonizar-se com a nova ordem democrática.

Quanto à obediência ao princípio do devido processo legal, assevera José Herval Sampaio Júnior (2008, p.137), *“vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador”* porquanto *“deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão”*¹⁴.

De acordo com Aury Lopes Jr (2014, p.44):

“O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)”.

¹³ § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

¹⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Processo constitucional: nova concepção.

O devido processo legal tem duas perspectivas: uma processual que assegura a tutela de bens jurídicos por meio do procedimento adequado. A outra tem perspectiva material que determina que no campo de aplicação e elaboração normativa ocorra uma atuação substancialmente adequada, correta e razoável (Nestor Távora, 2013, p.68).

Dessa forma, o devido processo legal tem como objetivo principal estabelecer um regramento menos incisivo por parte do Estado no momento de aplicar sanções aos réus, bem como que essa intervenção seja feita em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Além disso, o acusado deve ter assegurado o seu direito de repelir a intervenção estatal com os meios adequados e suficientemente eficazes para se defender.

3.1- A aplicação analógica entre os dois diplomas legais

O artigo 3º do CPPM¹⁵ prevê que a lei processual penal militar poderá ser suprida pela legislação penal comum quando houver omissão no seu texto legal para disciplinar o caso concreto. Todavia, o CPP não poderá prejudicar os fins pretendidos pelo legislador do CPPM, na época de sua edição. A índole do processo penal militar, prevista no artigo 3º do CPPM, consiste naqueles valores, prerrogativas, referências, deveres, obrigações, distinções e honras militares referentes aos postos e graduações enquanto o acusado conservar a sua situação de militar.

Essa característica do processo penal militar tem o intuito de assegurar ao acusado algumas garantias subjetivas concernentes ao procedimento a ser observado na aplicação da lei penal militar.

Assim, um oficial da Polícia Militar de Minas Gerais, caso cometa um delito propriamente militar, somente poderá ser julgado pelo Conselho Especial de Justiça e não pelo Conselho Permanente de Justiça. Isso se deve ao fato da lei processual penal militar diferenciar o modelo de julgamento entre oficiais e praças. O Conselho Especial de Justiça, colegiado exclusivo para julgar oficiais, analisará

¹⁵ Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; b) pela jurisprudência; c) pelos usos e costumes militares; d) pelos princípios gerais de Direito; e) pela analogia.

somente o processo para o qual foi designado, sem prazo pré-determinado. Já o Conselho Permanente, colegiado formado para julgar praças, apreciará vários processos dentro de um período de 03 meses. Percebe-se aqui uma diferença de tratamento entre militares em razão do seu posto ou graduação. Isso é uma das hipóteses em que a lei processual penal comum não poderá suprimir os preceitos de caserna, caso seja aplicada no âmbito da justiça militar.

A aplicação analógica, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é de que *“não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um “hibridismo” incompatível com o princípio da especialidade das leis. A disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares”*. (HC 86.854, Relator Ministro Ayres Brito, 2007).

Em razão disso pode-se inferir que a lei processual penal comum, quando aplicada no procedimento penal castrense, não poderá ofender os propósitos para o qual o legislador almeja proteger os bens jurídicos tutelados pela lei penal militar como, por exemplo, a segurança externa do país.

4- Da inconstitucionalidade do interrogatório no CPPM

O rito do interrogatório como está disposto no CPPM é ineficiente para resguardar aos acusados as garantias constitucionais previstas na Carta Magna de 1988. Quanto a esse tema, existem algumas discussões doutrinárias e divergentes interpretações no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar. Este entende que o princípio da especialidade da lei 1.001/69 deva prevalecer em detrimento de outros tantos trazidos pela Constituição Federal de 1988. Já o STF tem interpretado o processo penal militar sob o crivo constitucional e aplicando os princípios democráticos condizentes com o devido processo legal.

4.1- A ponderação de princípios com advento da nova ordem constitucional

O Código de Processo Penal Militar, Decreto-lei 1.002/1969, foi recepcionado pela Carta constitucional de 1988. Porém, essa recepção não pode

ser interpretada como sincronismo do texto pretérito à nova ordem constitucional democrática, instalada após 05 de outubro de 1988. Isso se deve ao fato de que a lei processual penal militar entrou em vigor no interregno de uma fase ditatorial militar no país, em que as liberdades individuais do cidadão foram suspensas em decorrência dos atos institucionais baixados pelas juntas militares que governavam naquela época. Assim, e com o advento da constituição democrática em 1988, uma nova interpretação ao diploma processual penal militar faz-se imperiosa.

Muito se tem discutido a respeito do procedimento penal adotado, no âmbito da justiça penal castrense, principalmente quanto ao interrogatório dos acusados do cometimento de infrações penais militares. A doutrina processual penal militar tem defendido, fervorosamente, a aplicação do rito especial para os delitos submetidos à sua apreciação. A especialidade, segundo Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli (2000), consiste na finalidade maior do CPPM, qual seja a proteção às instituições militares, as quais apresentam, nos seus pilares básicos, a hierarquia e disciplina, razão pela qual carece de justiça especializada.

É aceitável que se almeje conservar o princípio da especialidade no procedimento penal militar. Essa especialidade deve ser observada, pois o direito penal militar é um ramo do direito que trata de interesses relativos à segurança externa e interna do país, à soberania nacional, à segurança pública, à segurança das instituições militares e a tutela dos princípios basilares das Forças Armadas e das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares estaduais, quais sejam: a hierarquia e a disciplina militar.

É inarredável de qualquer que seja a espécie de rito processual a ser realizado sob a jurisdição brasileira os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa, da bilateralidade da audiência ou contraditório, da inexigibilidade de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), princípio do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, do promotor natural, do defensor natural, direito ao silêncio e da proporcionalidade¹⁶. Dentre os citados aplicam-se outros tantos não menos importantes, mas estes são molas mestras que sustentam um procedimento simétrico com a ordem constitucional vigente. É mandamento constitucional que somente em casos de guerra declarada, Estado de

¹⁶ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal.

Defesa ou Estado de Sítio é que algumas daquelas restrições de princípios, direitos e garantias poderão ser suspensas.

É perceptível que além do princípio da especialidade, o processo penal militar deve pautar-se pelo respeito aos princípios processuais contidos na Constituição Federal, bem como nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário como, por exemplo, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, prevê o artigo 4º do CPPM¹⁷ que, caso ocorra conflito entre as normas contidas naquela lei e os tratados e convenção de direito internacional, serão aplicadas as disposições deste em prejuízo do disposto no CPPM.

Sabe-se, também, que havendo conflito entre princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, aqueles devem prevalecer sobre estes, uma vez que pelo critério jurídico idealizado por Hans Kelsen as normas e princípios constitucionais constituem a gênese de todas as outras normas jurídicas infraconstitucionais de um Estado¹⁸.

José Afonso da Silva interpreta o pensamento do jurista de Viena da seguinte forma:

“Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica”. No sentido lógico-jurídico, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau¹⁹.

¹⁷ Art. 4º Sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, aplicam-se as normas deste Código: I - em tempo de paz: a) em todo o território nacional;

¹⁸ Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado, p. 71

¹⁹ José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p.41.

Essa solução de conflitos de normas, também conhecido no mundo jurídico como antinomias, é determinada pelo critério hierárquico das normas, que neste caso, a Constituição Federal é superior ao CPPM.

Especificamente sobre o conflito de princípios no processo penal, é imprescindível enfatizar a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que, em sede, de cognição sumária, entendeu que as antinomias em matéria de processo penal devem ser solucionadas com base no princípio da maior proteção à defesa, e não com base no brocardo latino “*lex specialis derogat legi generali*” (HC nº 107.795 MC, em 28/10/2011)²⁰. A lide apreciada visava aplicar ao rito de apuração de crime eleitoral as regras dos artigos 396 e 396-A do CPP, já que essas inovações trazidas pela lei 11.719/2008 eram mais favoráveis à defesa do que as normas previstas no Código Eleitoral.

Assim dissertou o Douto julgador:

“no caso, um outro critério, que não o da especialidade, fundado em opção hermenêutica que se legitima em razão de se mostrar mais compatível com os postulados que informam o estatuto constitucional do direito de defesa, conferindo-lhe substância, na medida em que a nova ordem ritual definida nos arts. 396 e 396-A do CPP, na redação dada pela lei 11.719/2008, revela-se evidentemente mais favorável que a disciplina procedimental resultante do próprio Código Eleitoral”.

Diante da consideração supracitada, pode-se inferir que ainda que o processo penal militar seja norma de caráter especial, não há como negar que a melhor hermenêutica é aquela mais favorável e de maior proteção aos acusados. Além disso, as normas e princípios da lei processual militar para que possam cumprir o seu propósito, é necessário que o operador do direito observe os princípios norteadores de todo ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam as garantias fundamentais constitucionalmente previstas na Carta Magna de 1988.

²⁰<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22873623/extensao-na-medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-107795-sp-stf>

Outro aspecto a ser analisado é o critério cronológico adotado para solução de conflitos entre normas jurídicas. De acordo com Norberto Bobbio (2008, p.238), o critério cronológico, também chamado de “*lex posterior*”, é aquele que baseado na ideia de que duas normas incompatíveis, prevalece aquela criada posteriormente. Ainda que se pudesse almejar uma solução para conflito de normas entre o disposto no CPPM e a Constituição Federal de 1988, pelo critério cronológico, a Constituição Federal prevalece sobre o CPPM por ser este diploma legal estabelecido em 1969 e a CF/88 posterior. Todavia, não é possível adotar esse critério, pois só é aplicável para normas de mesma hierarquia e a CF/88 é norma superior ao Decreto-lei 1.002/69, o qual foi recepcionado pela CF/88 como lei ordinária.

Quanto à antinomia entre o CPP e o CPPM é verdade que este é posterior àquele, e pela solução de antinomias pelo critério cronológico deveria prevalecer o CPPM. Contudo, o CPP passou por reformas substanciais após a Constituição Democrática de 1988 e, por isso, tem abrangência maior de direitos referentes ao acusado, ou seja, é norma mais benéfica à defesa, pois consagra o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Segundo Norberto Bobbio (2008, p.237):

“a jurisprudência em sua secular missão de interpretar as leis elaborou algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas. De resto, é preciso acrescentar de imediato que essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia. Disso resulta a necessidade de introduzir uma nova distinção no mesmo âmbito das antinomias próprias, ou seja, a distinção entre as antinomias solúveis e as antinomias insolúveis”.

Sobre as formas de resolver conflitos de normas, enfatiza o autor “há casos de antinomias em que não se pode aplicar nenhuma das regras excogitadas para a solução das antinomias. Há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si”²¹.

²¹ Norberto Bobbio. Teoria geral do direito, p.238.

No caso, do conflito de normas pode-se aplicar tanto um dos três critérios separadamente, quanto dois critérios cumulativos para resolver o conflito de leis. Por exemplo, no caso de conflito entre a CF/88 e o CPPM, prevalecem dois critérios favoráveis CF/88, quais sejam, os critérios hierárquico e cronológico, enquanto o CPPM tem favorável apenas o critério da especialidade.

4.2- Da inversão da ordem do interrogatório

As mudanças trazidas pela lei 11.719/2008 que alterou substancialmente o Código de Processo Penal comum teve como escopo adequar o processo penal comum a um modelo acusatório em detrimento do inquisitivo que preponderava na legislação pretérita. Dentre as mudanças trazidas na referida lei, pode-se destacar a inversão da ordem do interrogatório durante a audiência de instrução. O interrogatório do acusado, com essa inovação legislativa, passou a ser o último ato da audiência.

Essa modificação legal acarretou, segundo Eugênio Pacelli (2008, p.335) em uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.

O legislador infraconstitucional ao reformar o CPP não se atentou para mudanças também no CPPM. A inversão da ordem do interrogatório efetivada na justiça comum não abarcou mudanças literais na lei processual penal militar.

O principal motivo que ensejou a inversão na ordem do interrogatório dos acusados prevista no artigo 400 do CPP foi a indubitável natureza jurídica do ato que passou a ser remodelado pela doutrina e pela jurisprudência. O interrogatório, conforme citado alhures, não é só um meio de prova, mas também um meio de defesa dos acusados. Tal interpretação advém do princípio constitucional do devido processo legal, que consequentemente incide sobre a ampla defesa e o contraditório. Por isso, o legislador infraconstitucional deu nova redação ao texto do CPP, a fim de se efetivar as garantias constitucionais trazidas pela Carta Magna de 1988.

Malgrado a omissão legislativa acerca da mudança no artigo 302 do CPPM, o qual ainda permanece com a redação original semelhante ao que dispunha o artigo 400 do CPP, antes da reforma com a lei 11.719/ 2008, a jurisprudência dos

Tribunais de Justiça Militar, bem como dos Tribunais de Justiça dos Estados tem posições divergentes quanto à aplicação do artigo 400 do CPP no âmbito da justiça militar. Os três únicos Tribunais de Justiça Militar instituídos no Brasil, quais sejam, Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul são uníssomos em rejeitar a aplicabilidade do ato previsto no CPP, ainda que este seja mais benéfico ao acusado.

Corroborando a assertiva acima, o Acórdão descrito a seguir, originário da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Ementa: Processo Penal Militar – Preliminar de nulidade. Indeferimento do interrogatório do réu ao fim da instrução processual. Alegada modificação na lei processual comum que deve ser adotada no âmbito militar, em razão da maior adequação aos ditames constitucionais. Nulidade não caracterizada. Inexistência de omissão a autorizar a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. Lei processual penal militar que disciplina integralmente o crime. Preliminar não acolhida. (Apelação Criminal Nº 6.703/13, TJMS/SP) ²².

O Acórdão retro citado, da Egrégia Segunda Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo é um exemplo da aplicação do princípio da especialidade no processo penal militar, ainda que ao acusado outros direitos e garantias constitucionais devam ser observados e aplicados. Nesse Acórdão, o apelante foi denunciado perante o MM. Juízo da 4ª Auditoria de Justiça Militar, como incurso nas sanções dos artigos 265 e 266, ambos do Código Penal Militar. Trata-se o referido acórdão de extravio culposo de material bélico pertencente à Polícia Militar do Estado de São Paulo. O réu foi condenado a seis meses de detenção, a ser cumprido no regime aberto, assegurado o direito de recorrer em liberdade pelo Conselho Permanente de Justiça na 1ª instância. Inconformado com a decisão, o réu recorreu, objetivando a declaração de nulidade do processo a partir do interrogatório por haver violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório consistente na negativa do direito do acusado ser interrogado ao final da instrução processual. A

²² <http://www.tjmsp.jus.br/>

defesa alegou prejuízo ao acusado, já que o artigo 400 do Código de Processo Penal comum²³ prevê que o acusado é o último a ser interrogado na fase de instrução processual após a oitiva das testemunhas.

A Egrégia Câmara Criminal negou provimento ao recurso de apelação sob o argumento de que não há omissão na lei processual penal militar quanto ao interrogatório dos acusados, pois o artigo 302 do CPPM dispõe de modo cristalino que os acusados devam ser ouvidos, durante a instrução criminal, antes de ouvidas as testemunhas.

O defensor do acusado alegou que o princípio da ampla defesa disposto no texto constitucional só estaria sendo efetivado caso o acusado estivesse sido ouvido na forma do artigo 400 do CPP, ou seja, após a oitiva das testemunhas, uma vez que, mesmo que o acusado seja ouvido novamente, antes da sentença final, a convicção do julgador após prévia oitiva já estará formada, ficando o acusado desfavorecido perante a acusação. Acertadamente, a defesa desejou que a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 fosse observada, bem como se esperava a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro por parte da instância recursal, que assim não entendeu pertinente ao caso.

O entendimento do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo foi ao sentido de que deva ser aplicado o princípio da especialidade da lei processual penal militar, ainda que a legislação processual penal comum evidencie sincronismo com a disposição constitucional e confira maiores garantias constitucionais ao acusado. Além disso, o Tribunal afastou qualquer nulidade ao processo, uma vez que o prejuízo não foi demonstrado. Ora, o prejuízo a defesa é mais que evidente, pois acarretou ofensas ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Não há que se falar em nulidade relativa, mas sim nulidade absoluta. Corrobora essa afirmativa as lições de Célio Lobão (2010, p.551), em que o autor assevera que haverá nulidade absoluta na preterição de fórmulas relativas ao interrogatório, prazos concedidos à acusação e à defesa, bem como omissões que constituam elemento essencial do processo.

Quanto à discussão da ordem do interrogatório nos procedimentos especiais é imprescindível trazer a explanação do Ministro Ricardo Lewandowski, que, em 24/03/2011, apreciou a Ação Penal número 528²⁴, em que a controvérsia girava em torno da aplicação do disposto no artigo 7º da lei 8.038/90 ou do artigo 400 do CPP na fase de interrogatório das Ações Penais originárias do STF:

Ementa: Processual penal. Interrogatório nas ações penais originárias do STF. Ato que deve passar a ser realizado ao final do processo. Nova redação do art. 400 do CPP. Agravo regimental a que se nega provimento. (ação penal 528 DF, julgamento em 24/03/2011) ²⁵.

Vale transcrever suas argumentações pedagógicas:

“(…) afirmar que é essencial aos sistemas processuais respeitarem à plenitude o direito de defesa e ao contraditório afigura-se, no mínimo, despiciendo, pois tais premissas encontram-se assentadas não apenas no ordenamento pátrio, mas revelam-se como alguns dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito, assim sendo reconhecido pela grande maioria das nações civilizadas.

“Nessa linha, parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis à espécie”.

“Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório”.

²⁴ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734194/agreg-na-acao-penal-ap-528-df>

²⁵ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734194/agreg-na-acao-penal-ap-528-df>

“Assim, caso entenda-se que a nova redação do art. 400 do CPP propicia maior eficácia à defesa, penso que deve ser afastado o previsto no art. 7º da lei 8.038/90, no concernente à designação do interrogatório”.

Vê-se, por conseguinte, que a posição do Relator é de que a inovação trazida pela lei 11.719/2008 ao artigo 400 do CPP é a exteriorização máxima das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa insculpidos no art. 5º, inciso LV²⁶, da Constituição Federal e, por isso, deve ser aplicada ao ato do interrogatório no âmbito das ações penais originárias do STF por ser mais benéfica ao réu, mesmo que a lei defina rito especial ao ato. Fundamentou ainda o Douto julgador na interpretação sistemática e teleológica do direito pátrio. A previsão da lei 8.038/90 é semelhante ao disposto no CPPM, quanto à ordem do interrogatório do acusado, que ocorre no primeiro ato da instrução. O Relator, então, ao determinar a inversão da ordem do interrogatório afastou a incidência da lei especial e aplicou a regra do artigo 400 do CPP.

4.3- A Aplicação do artigo 400 do CPP no âmbito da justiça castrense

Sabe-se que a instância recursal da Justiça Militar da União é o Superior Tribunal Militar (STM). As ações penais que tramitam na Justiça Militar da União são aquelas que dizem respeito aos interesses institucionais das Forças Armadas na aplicação da lei penal militar. O STM é um órgão composto por 15 Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. É composto por oficiais-generais da ativa e do último posto da Marinha, Exército, da Aeronáutica e por civis, conforme disciplina o artigo 123 da CF/88²⁷.

²⁶ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁷ Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Por ser um órgão de última instância da Justiça Militar da União, com competência para julgar apelações e outros recursos oriundos das decisões dos juízes de primeiro grau, o STM foi questionado a respeito da aplicação do artigo 400 do CPP no âmbito da justiça militar federal. Inúmeras ações de *Habeas Corpus* foram impetrados pela Defensoria Pública da União, bem como por advogados.

De acordo com Ricardo Henrique Alves Giuliani (2014, p.147):

“o entendimento do STF é de que a realização do interrogatório no início da instrução criminal não viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, mesmo diante da superveniência da lei reformadora do Código de Processo Penal Comum, o qual, até então, possuía procedimento idêntico ao CPPM, e nem por isso se pode afirmar que as condenações ocorridas na Justiça Comum até o início da vigência da Lei nº 11.719/2008 estejam eivadas de vício de inconstitucionalidade”.

O Egrégio Superior Tribunal Militar entende que as regras do CPP previstas para o interrogatório do acusado não se aplicam na justiça militar. A corte tem o posicionamento de que não há omissão no CPPM que justifique a aplicação subsidiária do CPP. Isso se deve ao fato de que o artigo 302 do CPPM prevê, claramente, a forma do ato do interrogatório dos acusados. Contudo, não se trata de conflito direto de disposições infra legais, mas sim de um conflito destas com a lei maior.

Fato é que o entendimento de algumas auditorias de justiça militar estaduais se coaduna com o entendimento do STM, embora esse Superior Tribunal não seja órgão recursal da Justiça Militar Estadual, já que é o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aprecia os recursos desta instância jurisdicional.

Diante das incessantes indagações a respeito da aplicação do artigo 400 do CPP na Justiça Militar da União em grau de recursos e ações de *Habeas Corpus*, o STM, em janeiro de 2013, publicou a súmula 15 com o seguinte teor: *“A alteração do artigo 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”.*

O Superior Tribunal Militar consolidou esse entendimento da Súmula 15 e as Ações de *Habeas Corpus* impetradas com o intuito de trancar a ação penal no juízo de primeiro grau ficaram ainda mais obstaculizadas.

Diante de tantos percalços, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Pretório Excelso, na maioria das Ações em *Habeas Corpus* oriundas do STM concedeu a ordem de *Habeas Corpus* ao paciente.

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento contrário à súmula 15 do STM. A corte suprema tem entendido que deve ser aplicado o regramento do artigo 400 do CPP no processo penal militar, ou seja, o interrogatório do acusado deve ser realizado como último ato da instrução processual.

Importante transcrever trecho da fundamentação no Ministro Luiz Fux, no HC 115698/AM, julgado em 25/06/2013:

“A importância da nova sistemática processual introduzida no CPP para a promoção da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), corolários elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB art. 1º, caput). Deveras, o interrogatório realizado ao final da instrução processual é medida indispensável à plenitude de defesa, na medida em que permite ao sujeito passivo da persecução penal manifestar-se sobre todas as provas coligidas e, como indicado pelo Min. Ricardo Lewandowski, esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório”.

“Ora a mesma racionalidade que inspirou a corte no julgamento da ação penal nº 528 se aplica ao caso sob exame. Isso porque o art. 302 do Código de Processo Penal Militar estabelece o interrogatório do acusado será feito no início do processo, impedindo-lhe de se manifestar direta e pessoalmente sobre todas as provas produzidas.”

Na referida Ação de *Habeas Corpus* o acusado teria, em tese, cometido crime militar de furto e a defesa pleiteou junto ao Conselho Permanente de Justiça a aplicação do artigo 400 do CPP para a realização do interrogatório. O Conselho indeferiu o pedido. A Defensoria Pública da União impetrou *Habeas Corpus* junto ao STM, que também indeferiu o pleito.

Na reforma da decisão da justiça castrense o Ministro Luiz Fux ainda frisou que *“a proteção do direito de defesa consubstanciada no art. 302 do Código de Processo Penal Militar é mais frágil do que aquela consagrada pelo atual art. 400 do Código Processo Penal comum”*.

Indubitavelmente, a aplicação da norma ao caso concreto dado pela suprema corte é mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro. A interpretação do direito não pode ser estritamente literal e legalista. Conceder eficácia ampla ao direito dos acusados, principalmente quanto ao modelo dos atos de interrogatório é atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive.

O STF tem sido firme no entendimento de que o artigo 400 do CPP deve ser aplicado na justiça castrense. O mesmo provimento foi dado no HC 115.530/PR²⁸, julgado em 25/6/2013, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que se fizeram presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Outro provimento foi dado no HC 126.080/MS²⁹, julgado em 12/05/2015, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que foi deferido medida liminar a favor do paciente para suspender os efeitos de um acórdão proferido pelo STM.

5- Conclusão

Ante todo o exposto, faz-se necessário que o Poder Legislativo federal promova modificações no CPPM, para que esse diploma legal passe a ter uma sintonia com a ordem constitucional vigente. Embora o CPPM tenha sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o seu texto legal não foi totalmente recepcionado, pois é necessário fazer um filtro constitucional de algumas previsões. A mudança mais evidente é a respeito da regulamentação da ordem do

²⁸ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953650/habeas-corpus-hc-115530-pr-stf/inteiro-teor-111846891>

²⁹ Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25357613/habeas-corpus-hc-126080-ms-stf>

interrogatório dos acusados submetidos à lei penal militar. O legislador infraconstitucional, portanto, deve criar projetos de lei para atualizar o CPPM, assim como fez com o CPP.

Essa modificação legislativa já poderia ter sido efetivada no momento da publicação das leis que modificaram o CPP, pois bastava o legislador dispor a respeito da abrangência daquelas inovações, incluindo o CPPM no texto da lei reformadora.

As controvérsias diante da inversão da ordem do interrogatório e a aplicação do artigo 400 do CPP na justiça castrense têm argumentos pertinentes tanto no STM, como no STF. Todavia, o entendimento do STF é, sem dúvida, mais coerente com o princípio constitucional do devido processo legal, o qual consolidou uma tutela mais efetiva e justa aos direitos dos cidadãos. Consequentemente, há uma limitação mais incisiva do poder punitivo do Estado contra os indivíduos. Além disso, a ampla defesa e o contraditório do acusado durante a instrução processual penal militar é consoante aos princípios democráticos.

Outra medida a ser adotada para solucionar a omissão legislativa e a recorrente controvérsia entre os órgãos judiciários seria a hipótese de que, futuramente, o STF, atendidos aos requisitos do artigo 103-A³⁰ da CF/88, editasse

³⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato

uma Súmula Vinculante, a fim de estabelecer uma uniformização de julgados, bem como garantir uma efetiva segurança jurídica na aplicação do artigo 400 do CPP nas Justiças Militares estaduais e federal.

Enquanto não ocorra nenhuma das providências supracitadas, propõe-se que os advogados que atuam na justiça militar seja da União ou dos Estados exijam a aplicação do artigo 400 do CPP, tão logo lhe seja dada a primeira oportunidade de se manifestar no processo, a fim de se evitar a preclusão desse direito do acusado. Caso contrário, corre-se o risco de ter rejeitado, em sede preliminar, aquele pedido em grau de recurso ou em Ação de *Habeas Corpus*.

6- Referências bibliográficas:

6.1 - Fontes Bibliográficas:

Bobbio, Norberto, 1909-2004. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

DONATO, Jânio Oliveira. **Trabalho de conclusão de curso não publicado**. Acervo da PUC/MG, 2003.

Del Negri, André. **Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Giuliani, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processo penal: teoria, crítica e práxis**. Niterói: Editora Impetus, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. Belo Horizonte: Editora Inbradim, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2005.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar **Código de Processo Penal**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

7.2 – FONTES DOCUMENTAIS:

Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acessado em: 24/02/2015.

Decreto-lei 1.002/1969 - Código de Processo Penal Militar (CPPM). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del1002.htm>>. Acessado em: 24/03/2015.

Decreto-lei 3.689/1941 - Código de Processo Penal (CPP), atualizado, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del3689compilado.htm>>. Acessado em: 24/03/2015.

7.3 – FONTES VIRTUAIS:

JUSMILITARES.com.br. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/>>. Acessado em: 15/05/2015.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26413233/direito-processual-penal-militar>>. Acessado em: 15/05/2015.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22873623/extensao-na-medida-cautelar-no-habeas-corporus-hc-107795-sp-stf>>. Acessado em: 10/10/2015.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19734194/agreg-na-acao-penal-ap-528-df>>. Acessado em: 10/10/2015.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953650/habeas-corporus-hc-115530-pr-stf/inteiro-teor-111846891>>. Acessado em: 01/11/2015.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25357613/habeas-corporus-hc-126080-ms-stf>>. Acessado em: 01/11/2015.