

## DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO INOMINADO OU HABEAS CORPUS?

Cid Sabelli<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

O tema a que nos propomos discorrer, diz respeito ao disposto no artigo 146 do Código de Processo Penal Militar, que permite ao representante do Ministério Público argüir a incompetência do juízo militar antes mesmo de oferecer a denúncia.

No entanto, a relevância dessa matéria prende-se à necessidade de se estabelecer qual o instrumento jurídico adequado para impugnar a decisão da autoridade judiciária que rejeitar a exceção de incompetência oposta antes da inicial acusatória.

Para analisar a exceção de incompetência, proposta em Segunda Instância junto ao relator e em Primeira Instância junto ao Juiz de Direito vez que os Conselhos de Justiça não atuam antes de instaurada a ação penal (recebimento da denúncia), se faz necessário conhecer os limites de competência da Justiça Militar estadual.

No discorrer do tema analisaremos o tipo de decisão judicial exarada que rejeita a exceção oposta antes da denúncia, bem como as características básicas dos recursos em comparação com as ações autônomas de impugnação, num paralelo com a sistemática recursal do direito processual militar e comum.

Por fim, colocaremos a posição atual de Justiça Militar de São Paulo em relação ao tema, ressaltando que a presente síntese não dispensa um estudo mais apurado de todos os institutos aqui mencionados.

### DESENVOLVIMENTO

De acordo com a Constituição Federal (art. 125, §4º) a Justiça Militar é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, praticados por policiais e bombeiros militares, exceto quanto aos crimes dolosos praticados contra a vida de civis.

Por sua vez, a norma processual estabelece de modo geral que a competência do foro militar é determinada pelo lugar da infração e, no caso de tentativa, pelo lugar do último ato de execução e de forma supletiva pela residência ou domicílio do acusado quando incerto ou desconhecido o lugar da infração.

A competência será fixada ainda pela prevenção quando, embora conhecido o lugar da infração, existir dois ou mais juízes igualmente competentes e um deles preceder aos demais na prática de algum ato do processo ou medida a ele relativa.

---

<sup>1</sup>O Autor é formado em Direito pela Universidade de Guarulhos – UnG.

Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. ESMP

Concursado para o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo em 1993, exerceu os cargos de Escrevente-Chefe; Assistente de Gabinete da Presidência e Diretor de Divisão.

O autor possui outros artigos publicados.

Cabe esclarecer também que o código de processo penal militar prevê de modo especial a fixação de competência *pela sede do lugar do serviço* (art. 85).

A fixação da competência pela sede do lugar do serviço tinha sua razão de ser em face da figura do *assemelhado* e das *auditorias especializadas* para marinha, exército e aeronáutica, no âmbito das forças armadas, as quais deixaram de existir passando a ter jurisdição mista e a competência de foro passou a ser fixada por distribuição.

Na Justiça Militar estadual essa norma já não tinha aplicabilidade e agora também não se aplica no âmbito federal.

Apontados os critérios de fixação de competência da Justiça Militar estadual, antes de discorrer sobre o tema, devemos voltar especial atenção ao mandamento contido no artigo 6º do código de processo penal militar que afirma não se aplicar as disposições desse diploma adjetivo castrense *aos recursos*, execuções de sentença e organização de Justiça no âmbito estadual.

Se fosse obedecida essa regra o presente tema não teria razão de existir, pois, seria utilizada a sistemática processual comum onde a decisão que rejeita a arguição de exceção de incompetência não estaria sujeita a recurso.

No entanto, a Justiça Militar estadual aplica o código de processo penal militar também em relação aos recursos, daí a necessidade de se equacionar juridicamente o tema até como garantia de uma melhor aplicação da lei e distribuição da Justiça.

A arguição de exceção de incompetência após o oferecimento da denúncia não gera maiores dúvidas e pode ser oposta verbalmente ou por escrito logo após a qualificação do acusado, sendo que no primeiro caso o juiz de direito determinará ao escrivão que a reduza a termos nos autos (art. 143).

Em seguida o juiz de direito determinará a abertura de vista à Parte contrária, pelo prazo de quarenta e oito horas, para que esta se manifeste a respeito e, após esse prazo, se acolher a exceção, declarará seu entendimento dando o juízo por incompetente determinando a remessa dos autos ao juízo competente (art. 144). Dessa decisão caberá recurso em sentido estrito ao Tribunal, interposto nos próprios autos, com efeito suspensivo, no prazo de três dias (art. 516, "e" c/c arts. 517 e 518).

Rejeitando a exceção de incompetência o juiz de direito declarará seu entendimento dando o juízo por competente e prosseguindo no feito, mas, contra essa decisão caberá recurso inominado dirigido ao Tribunal, em autos apartados, com efeito suspensivo, no prazo de três dias (art. 145).

Provido o recurso, o Tribunal declarará nulos os atos praticados pelo juízo incompetente e determinada a remessa do feito ao juízo competente e, em sentido contrário, negando provimento dará o juízo por competente e determinará o prosseguimento normal do feito.

Feitas essas ponderações, podemos adentrar à problemática do tema proposto quando o representante do Ministério Público arguir a exceção de incompetência antes do oferecimento da denúncia, a qual será apreciada pelo juiz de direito de forma monocrática (art. 146).

Surge aqui questão relevante consistente em saber qual o instrumento adequado para impugnar a decisão judicial que rejeita a arguição de incompetência quando suscitada pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, uma vez que o código de processo penal militar prevê a sua recorribilidade, ao contrário do código de processo penal comum onde tal decisão é, via de regra, irrecorrível.

Sabemos que a decisão que rejeita a arguição de incompetência, por não apreciar o mérito nem por fim ao feito, classifica-se como decisão interlocutória simples e, via de regra, não

estaria sujeita à preclusão. E mais, como tal decisão afirma a competência do juízo, não se encontra prevista nas hipóteses que autoriza o recurso em sentido estrito no âmbito da Justiça Castrense, e deveria ser irrecorrível.

Sob a ótica da sistemática recursal da Justiça Comum, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, salvo situações excepcionais, pois, conforme afirmamos acima, decide somente a questão incidental sem alcançar o mérito da questão principal, estabilizando a relação jurídica, embora permitindo que seu conteúdo possa ser reexaminado como matéria preliminar na interposição de eventual recurso apelação.

Esta "estabilização", no entanto, é relativa, pois vislumbrando possibilidade de dano irreparável à parte, essa decisão interlocutória, mesmo na Justiça Comum, poderá ser impugnada por *habeas corpus*, mandado de segurança, reclamação ou correição parcial.

Na Justiça Castrense, os valores de hierarquia e disciplina levaram o legislador a preservar a competência do foro militar submetendo preventivamente a questão ao Tribunal.

Assim, havendo divergência quanto a competência do juízo militar o legislador reservou ao Tribunal a palavra final ao autorizar expressamente o Ministério Público recorrer dessa decisão interlocutória, contudo não atribuiu um recurso específico.

A doutrina que cuidou do tema é praticamente unânime em afirmar que o recurso adequado é o inominado.

Eis que o centro do problema reside justamente no fato de se eleger a via do recurso inominado como adequada para atacar essa decisão que rejeita a argüição de incompetência, pois, como recurso que é (*stricto sensu*) se presta a atacar sentença de mérito e não decisão interlocutória, como é o caso da decisão que rejeita a exceção de incompetência.

Embora o código de processo penal militar preveja o recurso em sentido estrito como meio adequado a atacar as *decisões* e sentenças judiciais temos que, face ao princípio da taxatividade dos recursos, este somente poderá ser interposto nos casos estritamente elencados no artigo 516, onde a rejeição da exceção de incompetência oposta antes da denúncia não encontra previsão.

Contrariando o termo (recurso) utilizado, aponta ainda a legislação processual castrense que ocorrendo rejeição da argüição de exceção de incompetência *depois* da denúncia o recurso será processado em autos apartados (art. 145) e, *se antes*, o recurso *poderá* ser processado nos próprios autos (art. 146).

Assim, o recurso inominado não apresenta ser a melhor opção na caso do artigo 146 (antes da denúncia), embora possa ser aceito na hipótese do artigo 145 (depois da denúncia) por já estar formada a relação jurídica processual (recebimento da denúncia), pois, antecipando ao Tribunal conhecer da questão pela via recursal impedirá seja a matéria revista em eventual apelação, prejudicando a ampla defesa.

Por outro lado, na hipótese do artigo 146 a relação jurídica existe apenas em sentido lato (potencial) e versa a controvérsia da argüição de exceção de competência justamente sobre fatos relacionados com essa amplitude judicial dessa relação jurídica para se estabelecer, *prima facie*, qual será o órgão judicial competente para conhecer dos fatos.

Segundo pesquisa realizada, obtivemos o resultado que o Tribunal de Justiça Militar enfrentou pela primeira vez essa questão no IPM 37.261/03, da 2ª Auditoria Militar, e aceitou a via do recurso inominado como adequada a impugnar decisão que rejeitou a argüição de exceção de incompetência oposta, antes da denúncia, pelo Ministério Público, cuja decisão negou provimento ao recurso, mas aceitou a via utilizada.

Por Acórdão unânime a E. 2ª Câmara entendeu ser o juízo da 2ª Auditoria

Militar competente para processar e julgar o crime de lesões corporais culposas na direção de veículo automotor (viatura policial).

Segundo esse entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça Militar, poderíamos concluir que o recurso inominado seria a via recursal adequada tendo em vista o rito processual e os efeitos produzidos.

Com o devido respeito às posições contrárias e ao próprio entendimento da Corte Castrense, entendemos que como todo "recurso" os pressupostos principais são evitar a preclusão e o trânsito em julgado e, na hipótese do recurso previsto no artigo 146, ainda afastar, até sua solução, a regra do artigo 79 do CPPM.

Porém, embora aceito e utilizado em outros casos, esse esforço jurídico de justificar o recurso inominado como adequado *não pode criar uma nova relação jurídica processual*, muito menos colocar o **indiciado** como parte interessada **representado** em juízo pelo membro do Ministério Público.

O *Parquet* atua como fiscal da lei e parte, não como representante do indiciado, como ocorre neste caso de recurso inominado, em flagrante ofensa ao princípio da personalidade dos recursos e em prejuízo da sociedade. Essa conclusão decorre do fato de os recursos ordinários representarem uma das formas do direito de ação e de defesa, com a finalidade de proteger o direito subjetivo do recorrente.

Assim, o Ministério Público atua como fiscal da lei ou parte, em defesa do primado da lei e dos interesses da sociedade como um todo, e não privativamente em nome do indiciado, ainda que o resultado possa, por via de consequência, favorecer o indiciado/acusado.

Soma-se a isso o fato de que, como "recurso", se decidido a questão sobre a competência do juízo essa não poderá ser reapreciada mesmo que em preliminar de apelação, em contradição aos princípios relacionados às matérias de ordem pública, uma vez que o recurso devolverá ao Tribunal matéria já analisada no mérito em sua extensão e profundidade.

Dessa forma, analisando a sistemática adotada pela legislação processual penal comum, resta indubitável que não devemos tomar o termo "recurso" de forma restritiva, mas em sentido amplo, de forma a alcançar também as ações autônomas de impugnação como o Hábeas Corpus, o Mandado de Segurança etc.

Pelo aspecto amplo do termo "recurso" de que se valeu o legislador, constatamos que a situação prevista no artigo 146, quando exercida pela via do recurso inominado, altera a relação jurídica processual *excluindo* o indiciado do pólo passivo para ser preventivamente "representado" pelo Promotor de Justiça, colocando o juiz de direito no pólo passivo do recurso, alterando inclusive a causa de pedir.

Com essas características além de o recurso inominado não atender aos *requisitos elementares dos recursos*, cria uma modalidade de recurso em sentido estrito com denominação de recurso inominado, o que desvirtua a intenção do legislador que se assim quisesse teria incluído uma alínea a mais no artigo 516 ou acrescido esta possibilidade no próprio inciso "e" do mesmo artigo.

Num raciocínio inverso, se o exercício do "recurso" previsto no art. 146 a) altera a relação jurídica; b) coloca o Promotor de Justiça no pólo ativo em defesa do indiciado para que este não seja processado e julgado por juízo incompetente; c) não permite que o juiz se retrate por estar no pólo passivo; d) pode ser interposto extra-autos e; e) tem causa de pedir diversa do próprio fato investigado; não resta dúvida que estamos diante de uma verdadeira ação autônoma de impugnação e não de um recurso *stricto sensu*.

Assim, a via mais adequada no artigo 146 seria o Hábeas Corpus, evitando o constrangimento ilegal de ser o indiciado processado e julgado por juízo incompetente, afastando a possibilidade do mandado de segurança por ter caráter residual, e permitindo ao Ministério Público atuar como parte ou fiscal da lei na defesa dos interesses da sociedade e não particularmente como "representante" do indiciado.

Sabemos as garantias da independência funcional do Ministério Público permite que impetire *habeas corpus* em favor do indiciado/acusado, mas sempre sem estabelecer vínculo de interesse (ainda que indireto ou latente) com o beneficiário do *writ*, pois a causa de pedir deve guardar relação com a correta aplicação da lei, embora indiretamente possa atender aos interesses do beneficiário. Tal situação não ocorre quando se utiliza do recurso inominado para atacar a decisão que rejeita a arguição oposta antes da denúncia.

Pelo *habeas corpus*, ainda que o Tribunal afirme ou não a competência do juízo, o indiciado poderá, após a denúncia, exercer seu direito de defesa alegando inclusive a matéria sobre a incompetência do juízo que, sendo de ordem pública, não será atingida pelos efeitos da preclusão.

Outra não poderia ser a conclusão, pois na sistemática processual brasileira o termo "recurso" não faz distinção com as chamadas ações autônomas de impugnação e, por vezes, usa um pelo outro.

Contudo, por interpretação pouco fundamentada, vigora na Justiça Militar de São Paulo o entendimento de que a via recursal para atacar a decisão que rejeita a arguição de incompetência do juízo é o recurso inominado.

## CONCLUSÃO

Diante do determinado expressamente pelo legislador castrense, deveríamos aplicar nas questões relacionadas aos recursos, execução de sentenças e organização judiciária a legislação processual comum, o que evitaria uma série de conflitos, principalmente em relação aos casos que tramitam em Estados onde não existe o Tribunal de Justiça Militar, sendo o próprio Tribunal de Justiça comum o órgão de Segunda Instância.

Contudo, pela realidade vivida, devemos ter em mente que a legislação castrense não pode ficar parada no tempo com a desculpa de que o legislador ordinário não procedeu no âmbito da legislação militar às mesmas atualizações que vem ocorrendo com a legislação comum.

É dever do operador do direito buscar interpretações que permitam ao direito como um todo, inclusive o direito militar, interagir e acompanhar as evoluções legislativas e as mudanças sociais.

Embora o legislador se valha do termo "recurso", a moderna doutrina e a melhor jurisprudência são concordes em afirmar que estão incluídos no conceito que da palavra deriva não apenas os recursos assim rotulados, mas também as ações autônomas de impugnação.

Dessa forma, o fato de o legislador castrense se utilizar o termo recurso não impede que o operador do direito analise toda sistemática processual para saber em que sentido esta ele empregado na norma, ao contrário, é dever desses profissionais o estudo e aplicação das regras segundo uma estrutura coesa pautada na hermenêutica jurídica.

O recurso inominado utilizado para atacar a decisão interlocutória que rejeita a exceção de incompetência oposta pelo Ministério Público antes de oferecer a denúncia, não

atende adequadamente aos pressupostos recursais, desvirtuando a sistemática processual castrense como forma de recriar o recurso em sentido estrito, apenas com outro nome.

Por sua vez, o *habeas corpus*, enquanto ação autônoma de impugnação pode ser interposto pelo Ministério Público com toda legitimidade de parte e fiscal da lei, até mesmo em favor do indiciado/acusado, mas com causa de pedir pautada no interesse da sociedade, evitando situações que possam resultar num constrangimento ilegal, atuando no devido pólo ativo da *nova* relação jurídica, como *custus legis* e não como representante da parte.