

ANÁLISE DAS RECENTES ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR

Jorge Cesar de Assis¹

1. INTRODUÇÃO AO TEMA POSTO EM DEBATE

No primeiro semestre do ano passado ocorreu significativa mudança no Código de Processo Penal comum, a qual, de forma simples, pode ser relacionada da forma seguinte:

As constantes da Lei nº 11.689, de 09.06.2008, que deu nova formatação ao procedimento dos crimes relativos ao Tribunal do Júri;

As constantes da Lei nº 11.690, de 09.06.2008, que alterou dispositivos processuais relativos à prova;

As da Lei nº 11.719, de 20.06.2008, que alterou dispositivos do CPP relativos à suspensão do processo, *emendatio libeli*, *mutatio libeli* e aos procedimentos.

Já ao início deste ano a reforma prosseguiu com alterações referentes à previsão da realização do interrogatório e outros atos processuais pelo sistema de videoconferência.

Não é de hoje que o CPP comum vem sendo alterado sem que houvesse a necessária tentativa de se estabelecer similitude com a legislação processual penal militar.

É de se destacar a edição da Lei nº 9.271, de 17.04.1996, quando alterou a redação do art. 366 do CPP, prevendo a suspensão do processo com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, sempre que o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório e nem constituir advogado para atuar em sua defesa.

Outra alteração importante do processo penal comum ocorreu com a edição da Lei nº 10.792, de 01.12.2003, que alterando a redação do art. 187, dispôs que o interrogatório seria constituído de duas partes, sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos, além de suprimir a proibição que se lhe continha, no sentido de que o defensor do acusado e o órgão de acusação não podiam influir, de qualquer modo, nas perguntas e respostas.

¹ Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar, lotado em Santa Maria-RS.

Também não se olvide a Lei nº 11.113, de 13.05.2005, a qual, dando nova redação ao *caput* e ao § 3º do art. 304 do CPP, alterou sensivelmente o rito da lavratura do auto de prisão em flagrante – para melhor, convenhamos.

Bem, diante disso, parece não haver dúvidas que o atual Código de Processo Penal Militar encontra-se com procedimentos diferenciados que seu correlato diploma processual comum.

A questão importa em saber até que ponto as alterações da legislação processual penal comum constituem novidade para o processo penal militar; também concluir neste momento, se é possível – ou recomendável, que tais alterações sejam aplicadas analogicamente, do CPP para o CPPM. Nessa análise há que se procurar estabelecer os limites do caráter especial da legislação castrense; finalmente, há que se propor uma solução adequada para o estabelecimento de uma maior similitude possível entre os dois códigos.

A análise, advirto, deve partir dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal em vigor.

2. AS ALTERAÇÕES DO CPP COMPARADAS COM O CPPM

Começemos pelo fator novidade. Parece correto concluir, que, se as alterações ocorridas recentemente já se constituíam em novidade – e motivo de grandes debates para os operadores do Código de Processo Penal comum, com certeza terão provocado igual ou maior curiosidade naqueles que operam com o diploma processual castrense.

Das alterações procedidas no rito procedimental do Tribunal do Júri, instituição inexistente na Justiça Militar, constata-se alguns avanços no tocante à participação dos jurados, que agora podem reperguntar, ainda que por intermédio do juiz presidente, ao ofendido e às testemunhas, (473, § 2º), e ao acusado (474, § 2º), podendo ainda, com as partes, requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimentos dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis (473, § 3º).

A referência é feita para que se possa lembrar que os Conselhos de Justiça da Justiça Militar, assim como os Conselhos de Sentença do Tribunal do Júri, são órgãos colegiados, e os jurados, assim como os juízes militares são leigos. No Conselho de Justiça, diversamente do que ocorre no Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, os juízes militares se encontram em pé de igualdade com o juiz-auditor (juiz de direito), razão pela qual sempre me pareceu que devessem perguntar diretamente ao réu, ofendido, testemunhas, peritos etc.

Esta distinção não passou despercebida para Sidney Eloy Dalabrida, quando analisou a atual arquitetura constitucional da Justiça Militar, e, ainda que se referisse especificamente à transferência da presidência dos Conselhos ao juiz de direito, por

obra da emenda constitucional 45/2004, ponderou que, conferir a presidência dos conselhos de justiça a oficial militar, que, pelas normas processuais, sequer tivesse o poder de perguntar diretamente à testemunha (art. 418 do CPPM), direito que faz jus o próprio juiz leigo durante a realização do Júri Popular, não sendo sequer o primeiro a pronunciar o voto por ocasião do julgamento (art. 435 do CPPM), sempre se lhe afigurou (ao autor) como medida absolutamente desnecessária.²

Aliás, esta é a posição também de Claudio Amim Miguel e Nelson Coldibelli, entendendo que as perguntas dos juízes militares serão formuladas através do juiz-auditor, pois este poderá entender não ser pertinente, e, conseqüentemente, não repassará ao acusado (2000, p.146), entendimento com o qual não concordamos em face de considerarmos que todos os membros do Conselho de Justiça – juiz togado e juízes militares – estão no mesmo nível, já que aquele juízo é um órgão colegiado, e todos seus integrantes, enquanto membros do Conselho de Justiça, não exercem jurisdição isolada, nem estão, uns para os outros, em relação de qualquer espécie de hierarquia.³

A reforma do CPP passou a autorizar o juiz, mesmo antes de iniciada a ação penal, produzir antecipadamente as provas urgentes e relevantes (156, I). Ainda que o texto legal determine a observância da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida me parece que não andou bem o legislador, já que o ideal de Justiça implica em que se tenha um magistrado imparcial, e o aumento de poderes do juiz, antes mesmo de iniciada a ação penal⁴ leva a um sistema inquisitorial, já abandonado de há muito, no Brasil.

Conforme fora anotado no relatório do eminente Ministro Maurício Correa, quando do julgamento que declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9034/1995, “o art. 3º criou um procedimento excepcional, não contemplado na sistemática penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão”. “(...) ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar diretamente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade (...)”. “A neutralidade do juiz é essencial, pois sem ela nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito”. (ADI nº 1.570).

O mandamento legal para o desentranhamento das provas as provas ilícitas do processo, obedece a um comando constitucional (art. 5º, LVI) e, engloba também

² DALABRIDA, Sidney Eloy. A atual arquitetura da Justiça Militar. Revista Direito Militar, nº 74. Florianópolis: AMAJME, novembro-dezembro de 2008, p. 23.

³ A propósito, ASSIS, Jorge Cesar de. Código de Processo Penal Militar Anotado – volume 2, artigos 170 a 383. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.149.

⁴ Afinal, a jurisdição rege-se inclusive pelo princípio da inércia processual.

aquelas consideradas ilícitas por derivação. Houve, portanto, nesse sentido, a regulamentação de um preceito maior.

O novo tratamento dado às perícias – exame feito por um único perito oficial colidiu com o tratamento anterior, que havia sido dado pela Lei nº 8.862, de 28.03.1994, ao determinar que os exames de corpo de delito e outras perícias fossem feitos por dois peritos oficiais. Parece-me ter havido retrocesso, pois a perícia feita por dois expertos, em princípio, tende a ser mais bem discutida. Esta conclusão está mitigada pela possibilidade do Ministério Público, do assistente de acusação, do ofendido, e do querelado e do acusado, poder formular quesitos e indicar assistente técnico, o que anteriormente não era previsto.

Cabe anotar por justiça, que o CPPM, ainda que de forma mais restrita, já previa a possibilidade do indiciado ofertar quesitos durante o inquérito policial militar (art. 316).

Outra questão importante no campo ainda da prova, foi a dignificação do ofendido, que efetivamente teve elevado seu *status* e, a partir de agora deve ser comunicado dos atos relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (201, § 2º), assim como o direito de reserva de espaço separado antes e durante a realização da audiência (201, § 4º).

Às testemunhas também deverão ser reservados espaços separados para a garantia de sua incomunicabilidade (210), e, se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ofendido, fará a inquirição por **videoconferência** e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu da sala (217). A retirada do réu, da sala de audiência, passou a ser medida extrema, a meu ver fortalecendo desnecessariamente o acusado.

Foram alteradas também as disposições acerca da suspensão condicional do processo, da *emendatio libeli* e da *mutatio libeli*, além dos procedimentos processuais.

Nos termos da nova redação do art. 383, verifica-se que a hipótese de *mutatio libeli* permaneceu nos mesmos termos, o juiz atribui definição diversa, sem modificar, no entanto, a descrição do fato contida na denúncia ou queixa. Vale aqui a máxima de que o réu se defende dos fatos, e não dos dispositivos legais que lhe foram imputados na peça vestibular.

Já em relação à *emendatio libeli* houve alteração na hipótese de sua ocorrência. O procedimento é obrigatório – o MP deverá aditar a denúncia ou queixa, quando, encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na denúncia (384). O juízo do aditamento será feito pelo Ministério Público, sendo que anteriormente, era o juiz quem vislumbrava a hipótese de aditamento.

O texto atual do CPP sugere que o MP deverá aditar a denúncia independentemente da maior ou menor gravidade da pena, o que me pareceu desnecessário. Tratando-se de pena menor, não seria preciso aditamento (a nova tipificação favorece o réu), bastando o simples pedido de desclassificação durante as alegações finais.

No mais, a Lei nº 11.719/2008 deu nova redação ao art. 63, possibilitando a execução do valor fixado na sentença para a reparação do dano causado pela infração; previu ainda a possibilidade do juiz fixar multa em salários mínimos para o defensor que abandonar o processo imotivadamente (265); previu a citação por hora certa daquele réu que se oculta para não ser citado (362); estabeleceu que o processo terá completada sua formação com a citação do acusado (363), aproximando-se aqui do CPPM, que em seu art. 35 estabelece que o processo inicia-se com o recebimento da denúncia, e efetiva-se com a citação do acusado; previu a hipótese de absolvição sumária (397), e a possibilidade de registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas ser feito, pelo meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital, ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (405, § 1º), o que implicará, necessariamente, na modernização dos equipamentos da Justiça.

Outro ponto que enseja discussão é a ordem das oitivas na instrução, passando o acusado a ser ouvido por último. Já ouvi em evento realizado sobre as alterações do CPP ano passado em Santa Maria, que tal inversão facilitaria a versão do acusado, pois presente às inquirições do ofendido e das testemunhas, melhor iria moldando sua própria versão.

Pode até ser, mas não creio ser esta uma afirmação fácil de ser provada. Lembre-se que no auto de prisão em flagrante, p.ex., o preso sempre foi ouvido por último, em qualquer dos diplomas processuais. Uma regressão histórica no processo penal militar nos levaria à antiga formação da culpa (instrução) dos Conselhos de Guerra que perduraram até a segunda década do século XX, onde o acusado era ouvido por último. Da mesma forma, o réu pode optar pelo silêncio, sem que isso implique em prejuízo para sua defesa. Portanto, não seria uma novidade para o processo penal militar, se bem que concorde que a febre libertária que tem influenciado o moderno direito penal e processual penal parece não assegurar a segurança necessária para a sociedade.

Lembrou Denilson Feitoza que, *o processo penal foi concebido, basicamente, como um instrumento de garantia de liberdade. Se assim não fosse, ainda que o Estado mantivesse os monopólios estatal e jurisdicional, não precisaria utilizar o processo (acusatório), bastando-lhe um procedimento inquisitivo, no qual os direitos fundamentais da pessoa humana não seriam respeitados.*

Mas esta perspectiva libertária, quando tomada de maneira exagerada, ofusca que o processo penal nunca deixou de ser um instrumento de aplicação do direito penal. Infelizmente, há na atualidade, uma exacerbação do discurso libertário, que se

*favorece exageradamente o indivíduo, a longo prazo desfavorece a própria sociedade.*⁵ (destaques são nossos)

No tocante à realização de atos por videoconferência, afora a possibilidade da testemunha ou ofendido humilhado, atemorizado ou seriamente constrangido pelo réu (217, redação da Lei 11.690/2008), a Lei nº 11.900, de 08.01.2009, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e de outros atos processuais pelo sistema de videoconferência.

Assim, o interrogatório do réu preso, passou a ter **como regra**, a realização em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, e, **como exceção**, mediante decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, a realização pelo sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

São requisitos do interrogatório no estabelecimento prisional a garantia da segurança do juiz, dos membros do Ministério Público e dos auxiliares, a publicidade do ato.

O sistema de videoconferência visa prevenir risco à segurança pública, viabilizar a participação do réu no referido ato processual, impedir a influência do réu no ânimo da testemunha ou da vítima, e, responder a gravíssima questão de ordem pública.

3. APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS MUDANÇAS DO CPP PARA O PROCESSO PENAL MILITAR

A cada nova alteração na legislação comum, inicia-se o debate de sua possível aplicação na Justiça Militar, e, com toda certeza haverá novos requerimentos nesse sentido, cujo efeito imediato é a procrastinação dos feitos em andamento, até que a própria Justiça decida pela melhor solução.

É necessário, portanto, estabelecer os limites dessa eventual aplicação, já que é o próprio CPPM que previu, em seu art. 3º, letra 'a', que os casos omissos neste Código serão supridos pela legislação do processo comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.

Deve ser considerado que a chamada índole do processo penal militar está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que sendo

⁵ Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis, 5ª edição. Niterói: Editora Impetus, 2008, p.119.

inerente aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente.

Fazem parte da índole do processo penal militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a presidência do Conselho pelo oficial general ou oficial superior (LOJMU, art. 16, letras *a* e *b*); a prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) etc.

No entanto, razoável supor que não ofendem a índole do processo penal militar o fato das partes poderem pedir esclarecimentos ao réu quando do interrogatório; nem mesmo a inversão da ordem para a oitiva do réu; nem a utilização do sistema de videoconferência; até mesmo a utilização de embargos de declaração das decisões de primeiro grau (embarginhos).

Obviamente não se pode pretender um transplante em bloco das alterações do diploma processual penal comum para o processo militar, sob pena de se inviabilizar este último.

O processo penal militar insere-se dentro do chamado Direito Especial, e, a própria aplicação analógica da legislação comum é razoavelmente restrita.

Nesse sentido, tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal já se manifestaram pela inaplicabilidade dos princípios do CP comum aos crimes previstos no CP Militar, tanto no concurso de crimes (HC nº 48.546-SP (2005/0164479-9), rel. Min. Félix Fischer) quanto no crime continuado (HC nº 86.854/SP, rel. Min. Carlos Britto), seja porque 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, gerando um “*hibridismo*” incompatível com o princípio da especialidade das leis, seja porque a aplicação de a analogia presumir, para o seu uso, uma **lacuna involuntária**, o que muitas vezes não se observa no caso concreto.

Já em sentido contrário, o STF decidiu agora especificamente em sede de processo penal militar, pela validade da decisão de primeiro grau, que aplicou analogicamente o Código de Processo Penal comum em processo em que, após a instrução, optou-se pela apresentação de memoriais das partes, ao invés do julgamento em plenário, característica da Justiça Militar. Na espécie, salientou-se que, na falta de normas procedimentais no Código de Processo Penal Militar, devem ser observadas as regras do Código de Processo Penal comum, nas quais não há revisão de alegações orais (HC 93.076/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF nº 517).

Não há, portanto, unanimidade quanto aos limites da aplicação analógica da legislação processual comum ao processo penal militar.

Em termos de processo penal, há que se anotar, que para se alegar eventual nulidade pela aplicação analógica (ou não aplicação) do CPP ao processo penal militar, necessariamente a parte interessada deverá comprovar prejuízo, valendo a máxima *pas de nulité sans grief*.

4. PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DO PROCESO PENAL MILITAR

É chegada a hora de concluir – e, para fazê-lo, há que se apresentarem propostas para tanto.

Creio não restar dúvidas de que enquanto o Código de Processo Penal comum teve várias alterações visando sua harmonização com os princípios constitucionais garantistas, o Código de Processo Penal Militar permaneceu basicamente, com a mesma redação que lhe fora dada em 1969, o que acaba gerando sempre a necessidade de aplicação analógica das normas da legislação processual comum nos processos da Justiça Militar.

Também não se pode olvidar que o direito processual penal brasileiro é um só, ainda que se bifurque em processo penal comum e processo penal militar. As normas deste último, devem diferenciar-se apenas e tão-somente naquelas peculiaridades que acabam informando a índole do processo penal castrense.

Além de jurídica (pela necessidade de aproximar os dois códigos), a solução é essencialmente política, e como tal deve ser entendida.

A discussão, portanto, deve envolver, não apenas os operadores da Justiça Militar, mas – e principalmente os operadores da Justiça comum. Além dos Tribunais militares e do Ministério Público Militar, devem participar igualmente a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Considerando-se que o aperfeiçoamento buscado irá redundar inevitavelmente na reforma da legislação militar (penal e processual penal), e esta competência é privativa da União (CF, art.22, I), há que se sensibilizar o Governo, em especial o Ministério da Justiça, para que eventuais anteprojotos de lei tenham tramitação célere, e os projetos enviados ao Congresso contem com o esforço necessário para sua aprovação no mais curto possível.