

HABEAS CORPUS 126.080 MATO GROSSO DO SUL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : **ROBERTO DOUGLAS DE SOUZA MARQUES**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Roberto Douglas de Souza Marques, contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu parcial provimento à Apelação 48-36.2013.7.09.0009/MS.

Em 02.8.2013, o paciente, ex-soldado da Aeronáutica, foi denunciado pela suposta prática do crime de falsificação de documento, tipificado no art. 311 do Código Penal Militar.

O Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 311 do Código Penal Militar, tendo sido concedida a suspensão condicional da pena.

Inconformada, a Defesa interpôs apelação perante o Superior Tribunal Militar, que deu provimento parcial ao recurso defensivo para somente excluir, do elenco das condições suspensivas da pena, a obrigação de o paciente comprovar ocupação lícita, formal ou informal, caso licenciado.

No presente *writ*, argui a Impetrante nulidades consistentes na violação dos princípios constitucionais da inocência e da vedação da autoincriminação, no curso do inquérito, e da disposição legal prevista no art. 400 do Código de Processo Penal durante a instrução criminal.

Requer, em medida liminar, a sustação dos efeitos do acórdão recorrido até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pugna pela concessão da ordem para reconhecer as nulidades apontadas no bojo da ação penal de origem.

É o relatório.

Decido.

Incumbe apreciar, neste juízo prévio, a possibilidade de sustação dos efeitos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar na Apelação

HC 126080 / MS

48-36.2013.7.09.0009/MS, até o julgamento definitivo da presente impetração.

Diante das teses em debate, há que apreciar se houve violação dos princípios constitucionais da inocência e da não autoincriminação por estar o paciente desacompanhado de advogado no curso do inquérito e ter sido submetido ao compromisso de dizer a verdade, e, ainda, se o interrogatório, no âmbito da Justiça Militar, deve ser realizado ao final da instrução, em consonância com o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação modificada pela Lei 11.719/2008.

A propósito, colho excertos do voto condutor do acórdão hostilizado:

“(...).

*Razão não assiste à **DPU** nessa preliminar.*

*Como é cediço, eventuais irregularidades ocorridas no IPM não têm, como regra, o condão de contaminar a **Ação Penal Militar**”.*

*In casu, a exceção a essa regra não é cabível, eis que, além da admissão da culpa lato sensu do **Acusado** na **Inquisição**, um leque de provas colhidas na persecutio in judicio autoriza a conclusão alcançada na **Sentença** sobre a procedência da **Denúncia**. Ademais, como firmemente assentado pela doutrina e jurisprudência pátria, a aventada circunstância de o **Réu** não ter sido assistido por advogado na fase inquisitorial sequer constitui nulidade relativa, uma vez que, por serem de incidência exclusiva na persecutio in judicio, os princípios do contraditório e da ampla defesa de nenhuma forma restaram violados.*

*Ad argumentandum tantum, ainda que tenha a **Defesa** as concebido como constitucionais, as questões ora versadas não são sequer de ordem pública, estando, destarte, sujeitas ao fenômeno da preclusão consumativa.*

*Posto isso, rejeita-se essa primeira **preliminar**.*

*Examina-se, passo adiante, também como **preliminar** suscitada pela **DPU** na oportunidade do julgamento, a sua arguição de nulidade do processo, em face de não terem sido aplicados, na hipótese, os ditames da Lei nº 11.719/2008.*

HC 126080 / MS

Como sabem todos, o livro do rito processual penal militar reveste-se de caráter especial em face das nuances do próprio direito penal militar, destacando-se, nesse aspecto, o caráter singular de muitos dos bens jurídicos sob tutela.

Nessa toada, pois, a legislação processual penal comum não tem lugar de aplicação na órbita da Justiça Militar, salvo na hipótese de lacunas que reclamem complementação, na exata dicção do artigo 3º do Código de Processo Penal Militar.

*Porém, no caso, lacuna alguma há a suprir, uma vez que o CPPM, no seu artigo 302, possui regramento quanto ao posicionamento do interrogatório do **Acusado** no curso da instrução criminal.*

*Desse modo, isto é, não havendo vazio processual algum a conjurar, não cabe aplicar os ditames da Lei nº 11.719/2008 no que concerne às inovações trazidas sobre o momento do interrogatório do **Acusado** no andamento da persecutio em **Juízo**.*

No ponto, pois firme é a jurisprudência da Corte, conforme, inclusive, já consolidado no enunciado nº 15 da sua Súmula, in verbis:

‘A alteração do art. 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’.

*Por fim- e agora só para argumentar – há que se levar em conta que a **Defesa**, em momento algum de suas razões de recorrer, questionou a matéria ora arguida, estando, dessa forma, operada a preclusão consumativa.*

(...).

Posto isso, rejeito essa segunda preliminar”.

Divergente, contudo, é o posicionamento consolidado nesta Primeira Turma desta Suprema Corte, no que pertine à aplicação da nova regra do interrogatório penal comum aos processos militares. Confirmam-se:

HC 126080 / MS

“Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime militar. Peculato-furto. Artigo 303, § 2º, do Código Penal Militar. Nulidades. Reconhecimento pretendido. Paciente indultado. Afastamento, em caráter excepcional, da Súmula nº 695 do Supremo Tribunal Federal. Hipótese em que, além de subsistirem os efeitos secundários da condenação, como a reincidência, o Superior Tribunal Militar, ao julgar a apelação do paciente, rejeitou a mesma preliminar de nulidade do processo suscitada na impetração. Inviabilidade de se relegar, para a revisão criminal, de competência da mesma Corte, a rediscussão da matéria, uma vez que sobre ela já se manifestou, por unanimidade. Necessidade de sua apreciação, desde logo, pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de ofensa ao princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF). Óbice processual ao conhecimento da impetração afastado. Testemunhas. Inquirição por carta precatória. Não apresentação de réu preso à audiência no juízo deprecado. Nulidade inexistente. Defesa do paciente que, apesar de intimada do ato, não requereu expressamente sua participação na audiência. Ausência de prejuízo, uma vez que as testemunhas nada de substancial trouxeram para a apuração da verdade processual. Presença do paciente no juízo deprecado que não teria o condão de influir nos depoimentos nem de alterar o seu teor. Precedentes. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Nulidade absoluta. Prejuízo evidente. Subtração ao réu do direito de, ao final da instrução, manifestar-se pessoalmente sobre a prova acusatória desfavorável e de, no exercício do direito de audiência, influir na formação do convencimento do julgador. Condenação. Anulação em sede de habeas corpus. Indulto. Subsistência dos seus efeitos, na hipótese de nova condenação. Impossibilidade de o writ agravar a situação jurídica do paciente. Vedação da reformatio in pejus. Ordem concedida. 1. Não obstante indultado o paciente, as peculiaridades do caso concreto autorizam a superação do óbice processual representado pela Súmula nº 695 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade”. 2. Além de

HC 126080 / MS

*subsistirem os efeitos secundários da condenação, como a reincidência, o Superior Tribunal Militar, ao julgar a apelação do paciente, rejeitou a mesma preliminar de nulidade do processo suscitada no habeas corpus. Uma vez que competiria àquela Corte a revisão de seu julgado (art. 6º, I, e, da Lei nº 8.457/92) e tendo ela já se manifestado, por unanimidade, de forma contrária à tese esposada pela impetrante, não haveria sentido em relegar a rediscussão da matéria, subtraindo-a da apreciação, desde logo, pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de ofensa ao princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). 3. A Suprema Corte firmou o entendimento de que a ausência do réu, preso em outra localidade, à audiência de inquirição de testemunha por carta precatória não gera nulidade absoluta, máxime quando a defesa, apesar de intimada do ato, não requer expressamente sua participação na audiência (RE nº 602.543/RS-RG-QO, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 26/2/10). 4. Descabe anular-se, pela não apresentação de réu preso, audiência de inquirição de testemunhas que nada de substancial trouxeram para a apuração da verdade processual. Inexistência de prejuízo à defesa, uma vez que a presença do paciente, no juízo deprecado, não teria o condão de influir nos depoimentos nem de alterar seu teor. Precedentes. 5. **A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/2008, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes.** 6. **A não realização do interrogatório ao final da instrução subtraiu ao réu a possibilidade de se manifestar pessoalmente sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor e de, no exercício do direito de audiência, influir na formação do convencimento do julgador. Prejuízo evidente. Nulidade absoluta configurada.** 7. A proibição da reformatio in pejus, princípio imanente ao processo penal, aplica-se ao habeas corpus, cujo manejo jamais poderá agravar a situação jurídica daquele a quem busca, exatamente, favorecer. 8. Anulada, em habeas corpus, condenação alcançada por indulto para que o paciente seja submetido*

HC 126080 / MS

a novo julgamento, devem-se protrair os efeitos jurídicos dessa causa de extinção de punibilidade, de modo a alcançar eventual nova condenação, como expressão do favor rei ou do favor libertatis. 9. Ordem de habeas corpus concedida para anular a condenação do paciente e determinar sua submissão a novo interrogatório”. (HC 121.907/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 28.10.2014).

“PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO – ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ATO A SER REALIZADO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CPP. MÁXIMA EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (CF, ART. 5º, LV). PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO), QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO NOVO RITO AOS PROCESSOS REGIDOS PELA LEI ESPECIAL Nº 8.038/90. UBI EADEM RATIO IBI IDEM JUS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, projetou o interrogatório do réu para o final da instrução criminal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos regidos pela Lei Especial nº 8.038/90,

HC 126080 / MS

providência que se impõe seja estendida à Justiça Penal Militar, posto que ubi eadem ratio ibi idem jus. 2. Em situação idêntica à sub examine, a Primeira Turma desta Corte deferiu os HCs 115.530 e 115.698, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/08/2012, para determinar ao Superior Tribunal Militar a realização do interrogatório após o término da instrução criminal. 3. In casu, o paciente foi processado pela prática do crime de apropriação indébita, tipificado no art. 248, II, do Código Penal Militar, e teve indeferido o pleito para ser interrogado ao final da instrução processual. 4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a realização de novo interrogatório do paciente, após o término da instrução criminal, à luz da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal". (HC 121.877/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 25.6.2014).

"PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. 2. A máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput) impõem a incidência da regra geral do CPP também no processo penal militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011). 3. Ordem de habeas corpus concedida". (HC 115698/AM, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 14.8.2013)

HC 126080 / MS

Em análise de cognição sumária, reputo que as razões colacionadas na inicial, no que diz respeito à realização do interrogatório no início da instrução, mostram-se relevantes, justificando a concessão do provimento liminar. Isso porque o acórdão hostilizado, nesse ponto, como visto, diverge frontalmente dos precedentes da 1ª Turma deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a não observância do art. 400 do Código de Processo Penal nos processos militares configura nulidade absoluta por violar garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, presente o requisito do *fumus boni iuris* para a concessão da tutela pleiteada, **defiro** o pedido de liminar para suspender os efeitos do acórdão prolatado pela Corte Castrense (48-36.2013.7.09.0009/MS) até o julgamento final deste *writ*.

Estando os autos devidamente instruídos, vista ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2015.

Ministra Rosa Weber
Relatora