

## VOTO-VOGAL

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* mediante o qual Antônio Carlos Bertagnoli impugna acórdão do Superior Tribunal Militar assim resumido:

*HABEAS CORPUS. RÉU CIVIL. CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JMU. LEI Nº 11.719/2008. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ESPECIALIDADE.*

1. A condição de civil não afasta a competência da Justiça Militar da União para o julgamento dos crimes militares previstos em lei, mesmo em tempo de paz, por força do art. 124 da Constituição Federal.

2. As regras introduzidas pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, não se aplicam na Justiça Militar da União, considerando a especialidade do Direito Processual Penal Militar, que tem disposições próprias, não havendo lacunas a serem preenchidas pela legislação penal comum. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime.

(HC 24-45.2017.7.00.0000, ministro Artur Vidgal de Oliveira)

Por não verificar, em uma primeira análise, ilegalidade evidente, o Relator, ministro Edson Fachin, indeferiu o pleito cautelar de suspensão da ação penal em trâmite na Justiça militar (ação penal militar n. 35-85.2015.7.11.0211).

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo desprovimento do recurso. Eis a ementa:

MILITAR. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 309 DO CPM (CORRUPÇÃO ATIVA). CRIME PRATICADO POR CIVIL EM DETRIMENTO DE INSTITUIÇÃO MILITAR. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ARGUIÇÃO IMPROCEDENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 124 DA CF E 9º, III, "a", DO CPM. NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR (ART. 396-A, CPP COMUM). INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS OU ILEGALIDADES A SANAR. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.

Em 11 de dezembro de 2017, o eminente Relator afetou ao Plenário a apreciação desta ação recursal, “indicando à Presidência, se factível, julgamento conjunto com a ADPF 289, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e com o HC 112.848, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski”.

Mediante a petição n. 75.369/2017, o recorrente pleiteou a “concessão de liminar para determinar o sobrestamento da Ação Penal Militar nº 35-85.2015.7.11.0211, em trâmite perante a 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, até o julgamento pelo Plenário do presente Recurso Ordinário Constitucional em *Habeas Corpus*”.

O pedido foi indeferido pela Ministra Presidente, no exercício das atribuições previstas no art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo.

Dessa decisão **a parte** interpôs agravo interno. Em sessão realizada no dia 17 de abril de 2018, a Segunda Turma, por unanimidade, acordou em não conhecer do recurso. Ainda, por maioria, “recebeu a petição de agravo como pedido de reconsideração para, sem prejuízo de reexame posterior, deferir a liminar e suspender o andamento da ação penal militar na origem até que se conclua o julgamento de mérito desta impetração, suspendendo-se, nesse interregno, o fluir do lapso temporal prescricional, contado a partir da presente sessão, com fundamento no inciso I, § 4º, do artigo 125 do Código Penal Militar combinado com o inciso I do artigo 116 do Código Penal, nos termos do voto-vista do Ministro Dias Toffoli, vencido o Relator”.

Afetado o exame do presente feito ao Tribunal Pleno, cabe, por ora, a esse órgão apreciar as questões suscitadas pelo recorrente nos presentes autos, quais sejam: a) a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar civis em tempos de paz; e b) a possibilidade de aplicação subsidiária dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao rito processual no âmbito penal militar, para que seja oportunizada a apresentação de defesa preliminar.

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

**1. Da alegada incompetência da Justiça Militar para processar e**

## **julgar civis em tempos de paz**

O recorrente, civil, foi denunciado pela prática do crime de corrupção ativa, previsto no art. 309, *caput* e parágrafo único, do Código Penal Militar, “por ter oferecido vantagem indevida a Oficial do Exército para o fim de obter aprovação e registro de produtos produzidos por empresa de vidros blindados”, direcionada a influenciar a prática de ato funcional de competência do Exército Brasileiro.

A competência da Justiça Militar para processar e julgar crimes militares decorre diretamente do art. 124 do texto constitucional:

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares **definidos em lei**.

O Código Penal Militar, por sua vez, define os crimes militares, entre eles os praticados por civil contra a ordem administrativa militar, previstos no art. 9º, III, “a”:

### **Crimes militares em tempo de paz**

Art. 9º **Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:**

[...]

III – **os crimes praticados** por militar da reserva, ou reformado, ou **por civil, contra as instituições militares**, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, **nos seguintes casos:**

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou **contra a ordem administrativa militar**

Nos termos do dispositivo citado, são crimes de natureza militar, a atrair a competência da Justiça especializada da União, **aqueles praticados, ainda que** por militar da reserva, ou reformado, ou **por civil, contra a ordem administrativa militar**.

**A meu ver, a prática desses crimes, mesmo que realizada por civil e em tempo de paz,** afetam “de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados” (HC 110.185, ministro Celso de Mello).

Todavia, é de se destacar o caráter excepcional do julgamento de civil, em tempos de paz, pela Justiça Militar da União, que deve observar estritamente as hipóteses legais mencionadas.

Ao abordar o tema, o ministro Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra *Curso de direito constitucional* (13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018), ressaltam o caráter excepcional do julgamento de civis pela Justiça Militar e registram a natureza especial dos crimes militares que justificam a atuação dos órgãos de jurisdição castrense em razão do princípio da especialidade:

Tendo em vista a experiência histórica colhida nos anos do regime militar, a Constituição de 1988 procurou restringir a competência da Justiça Militar ao julgamento de crimes militares, *assim definidos em lei*.

**Essa reserva legal simples (e ampla) impõe estrita observância, no sentido de se assegurar a reconhecida natureza especial da infração penal a requerer a atuação de órgão jurisdicional especial por incidência do denominado princípio da especialidade da jurisdição.** Nesse sentido, a lei só poderá atribuir competência à Justiça Militar naqueles casos em que a infração penal constituir violação de dever militar ou relação direta com bens jurídicos que tenham as Forças Armadas como titular.

[...]

**Cabe ressaltar, todavia, o caráter excepcionalíssimo da Justiça Militar para o processo e julgamento de civis em tempo de paz, conforme a jurisprudência do STF** em diversos precedentes relativos aos crimes de falsificação e de uso de documentos expedidos pela Marinha do Brasil (1ª Turma: HC 113.477; HC 108.744; HC 104.619; HC 104.837; e HC 90.451. 2ª Turma: HC 110.237; HC 112.142; HC 107.731; HC 109.544 MC; HC 107.242; HC 106.171; HC 104.617; HC 103.318; HC 96.561; HC 96.083).

(Com meus grifos)

Com efeito, não se desconhece a tendência mundial em não admitir que a Justiça Castrense julgue civis por crimes cometidos em tempo de paz.

Nesse sentido, cabe destacar relevante estudo de direito comparado

trazido pelo ministro Celso de Mello nos autos do HC 110.185, do qual foi Relator, valendo transcrever fragmento de seu voto:

É importante observar que, no plano do direito comparado, registra-se, modernamente, em diversos sistemas normativos vigentes em Estados impregnados de perfil democrático, clara tendência quer no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz, permitindo-lhes, no entanto, a existência, embora circunstancialmente, apenas quando deflagrado estado de guerra, quer, ainda, no sentido da exclusão de civis da jurisdição penal militar, valendo destacar, sob tais aspectos, o ordenamento positivo de alguns países, como o de Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), o da Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), o da Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), o do Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), o do México (Constituição de 1917, art. 13) e o do Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), *v.g.*

De outro lado, cabe registrar importantíssima decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, em que se determinou à República do Chile, entre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse essa limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo.

Mais do que isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Sentença proferida no “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares, em ordem a que, *“en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares [...]”*.

Com efeito, a conduta narrada na denúncia (eDoc 1, fls. 30-42) caracteriza, em tese, crime de natureza militar, porquanto a vantagem ilícita oferecida a militar da ativa do Exército Brasileiro foi direcionada a influenciar a prática de ato funcional de competência daquela Força. Tal

circunstância atrai, a meu ver, a incidência do art. 9º, III, “a”, do Código Penal Militar e tornar competente a Justiça Militar para processar e julgar a ação penal.

Cito, em casos fronteiros o CC 7.040, ministro Carlos Velloso; o HC 91.767, ministra Cármen Lúcia; e o HC 113.950, ministro Ricardo Lewandowski, cujo acórdão, publicado no *DJe* de 16 de maio de 2013, recebeu a seguinte ementa:

PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME PRATICADO CONTRA INSTITUIÇÃO MILITAR. OFENSA À ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR. ARTS. 9º, III, “A”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR E 124 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I – O paciente foi denunciado e condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 309 (corrupção ativa) e 315 (uso de documento falso), ambos do Código Penal Militar.

II – A Corte castrense extinguiu a punibilidade do paciente em relação ao crime de uso de documento falso pela ocorrência de prescrição da pretensão punitiva.

III – É competente, portanto, a Justiça castrense para processar e julgar o paciente, pela prática do delito de corrupção ativa, por força do art. 9º, III, “a”, do Código Penal Militar e do art. 124 da Constituição Federal. Precedentes.

IV – O ato praticado pelo paciente ofendeu diretamente a ordem administrativa militar e sua fé pública, com reflexos na credibilidade da Instituição Militar e na lisura dos cadastros por ela mantidos, restando configurada a prática de crime militar de modo a justificar a competência da justiça castrense.

V – Ordem denegada.

Esse também é o entendimento do Ministério Público Federal, que, em parecer pelo desprovimento deste recurso ordinário, fez constar o seguinte:

8. No caso a competência da Justiça Militar firma-se pela interpretação conjunta do disposto no art. 124 da Constituição Federal e no art. 9º, inciso III, alíneas “a”, do Código Penal Militar, que têm o seguinte teor:

[...]

9. Atentando para a dicção dos citados dispositivos tem-se que a competência da Justiça Castrense decorre da conduta ilícita praticada pelo paciente (ainda que civil) e sua plena adequação ao tipo do art. 309 do Código Penal Militar, integrante do rol dos crimes contra a Administração Militar e classificado como crime militar impróprio (embora descrito na legislação penal comum também está tipificado no CPM, por afetar bens e interesses das Forças Armadas).

10. O simples fato do recorrente ser cidadão civil em nada mitiga ou afasta a competência da JMU pois conforme asseverado pelo Eg. STM, “independentemente de o sujeito ativo ser civil ou militar, há crimes que ofendem as instituições militares, pondo em risco bens jurídicos importantes para a manutenção das Forças Armadas e, conseqüentemente, para o cumprimento de suas finalidades constitucionais quanto à garantia da ordem constitucional democrática e da soberania nacional”.

Embora pendente de apreciação pelo Supremo a constitucionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar (ADPF 289, ministro Gilmar Mendes), a definição em lei dos crimes militares pelo Código Penal Militar permanece hígida.

## **2. Da possibilidade de aplicação subsidiária dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao rito processual penal militar, para que seja oportunizada a apresentação de defesa preliminar**

Preliminarmente, considero pontuar a seguinte questão terminológica que, no meu entender, pode interferir na consequência da decisão desta Corte.

A parte formula pedido de aplicação subsidiária dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao rito processual na Justiça Militar, como se tratasse de defesa preliminar.

A defesa preliminar, prevista no rito especial da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 55, *caput*), possibilita manifestação da defesa entre o oferecimento da denúncia pelo órgão acusador e o recebimento da peça acusatória pelo magistrado.

Já a resposta à acusação, prevista nos arts. 396 e 396-A do mesmo diploma processual, permite a manifestação da defesa logo após o recebimento da denúncia, quando o magistrado não a rejeitar liminarmente.

Percebe-se, portanto, que o momento processual para manifestação defensiva se distingue nos dois casos.

Tal questão é muito bem elucidada na obra de Renato Brasileiro de Lima:

Enquanto a defesa preliminar é apresentada entre o oferecimento e o recebimento da peça acusatória, a resposta à acusação introduzida no art. 396-A do CPP pela Lei nº 11.719/08 deve ser oferecida após o recebimento da peça acusatória, imediatamente depois da citação do acusado. De fato, como prevê o art. 396, *caput*, do CPP, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, *recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.*

(*Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019)

Feita essa necessária distinção, assinalo que, como já bem explicitado pelo ministro Edson Fachin nos presentes autos, a questão da aplicação subsidiária dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao rito penal militar ainda não foi submetida ao debate nesta Corte:

Esclareço que no julgamento da AP 528 (Relator Ricardo Lewandowski, *DJ* 08.06.2011), o Pleno do STF determinou a aplicação do art. 400 do CPP, com a nova redação dada pela Lei 11.719/08, às ações penais originárias no STF, em detrimento do art. 7º da Lei 8.038/1990. Posteriormente, no julgamento do HC 127.900 (Relator Dias Toffoli, *DJe* 03.08.2016), a Corte estendeu aquela orientação a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial. Contudo, em nenhum dos julgados, o STF tratou da aplicação subsidiária dos arts. 396 e 396-A do CPP ao rito penal militar.

Todavia, segundo penso, os fundamentos que levaram o Supremo a adotar entendimento no sentido de se realizar o interrogatório do

acusado ao final da instrução criminal, nos termos do art. 400 do Código de Processo Penal – além de estender a orientação a todos os procedimentos penais previstos em legislação especial –, também podem ser aplicados, integralmente, ao rito penal militar, como no caso ora em exame.

Não por outro motivo o ministro Dias Toffoli, ao apresentar voto-vista no exame do agravo interno formalizado contra o indeferimento da medida liminar, utilizou-se das premissas teóricas por ele lançadas no julgamento do HC 127.900, do qual foi Relator, para asseverar o que segue:

[...] a Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

Nesse particular, por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal, devendo ser ressaltado que sua observância não traz, sob nenhuma hipótese, prejuízo à instrução nem ao princípio da paridade de armas entre acusação e defesa.

[...]

Nas palavras de Juarez de Freitas, “se a norma especial colidir, parcial ou totalmente, com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior” (*A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108).

Penso, salvo melhor juízo, que com o escopo de conferir maior efetividade aos preceitos constitucionais da Constituição, notadamente os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), cabe invocar essas premissas teóricas como justificativa para a aplicação dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal ao processo penal militar, sendo certo, ademais, que, em detrimento do princípio da especialidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a prevalência das normas contidas no CPP em feitos criminais de sua competência originária, que, como se sabe, são regidos pela Lei nº 8.038/90. Cito, por exemplo, a AP nº 679-QO/RJ, DJe de 30/4/13; e a AP nº

441/SP, DJe de 6/6/12, ambas de minha relatoria.

Aliás, já sustentei, em tese vencedora, quando de minha passagem pelo Tribunal Superior Eleitoral, a aplicabilidade, em detrimento de regra especial insculpida no Código Eleitoral, das regras processuais de caráter geral introduzidas pela Lei nº 11.719/08 ao Código de Processo Penal (arts. 396 e 396-A).

O legislador constitucional dispôs, na Carta de 1988, o dever de se preservarem o contraditório e a ampla defesa como princípios inerentes ao Estado democrático de direito (CF, art. 5º, LV) e como valores supremos da Justiça.

Conforme nos ensina Nelson Nery Júnior, citado por Alexandre de Moraes:

[...] o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

(*Direito constitucional*, 10. ed., p. 122)

Atualmente, entende-se o contraditório como garantia (aspecto negativo) e dever de prestação (aspecto ativo). Nessa linha, o art. 9º do novo Código de Processo Civil prescreve que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Se é assim no processo civil, com muito maior razão no processo penal, em que os bens ou os direitos em disputa são dos mais relevantes (o *ius libertatis* e o *ius puniendi*).

A esse respeito, Aury Lopes Júnior preleciona:

[...] 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).

(*Direito processual penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019)

Com efeito, o Plenário do Supremo, ao dirimir a controvérsia acerca do tema nos autos do HC 127.900, definiu que o art. 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.719/2008, é aplicável aos processos penais na Justiça Militar, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

**Assim, tenho como inadequada a restrição de tal entendimento de modo a não se aplicar aos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal a mesma premissa adotada no julgado em referência (HC 127.900), negando-se ao recorrente a apresentação de resposta à acusação, em observância aos postulados que acabo de mencionar.**

Ora, a resposta à acusação permitirá que o acusado convença o magistrado da existência de uma das causas de absolvição sumária previstas no art. 397 do diploma processual. Ademais, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, o acusado poderá arguir preliminares, juntar documentos e apontar testemunhas a serem ouvidas, tudo de modo a evitar a continuidade de eventual ação penal temerária, a qual representaria verdadeira violação ao princípio constitucional do devido processo legal, extremamente caro ao Estado de Direito, nos termos em que mencionei nos autos do HC 180.421, da relatoria do ministro Edson Fachin.

### 3. Dispositivo

Em face do exposto, **dou parcial provimento** a este recurso ordinário em *habeas corpus* apenas para, mantido o curso da ação penal na Justiça Penal Militar, anular os atos imediatamente subsequentes ao recebimento da denúncia, determinando que seja oportunizado o oferecimento de resposta à acusação ao ora recorrente nos autos da ação penal militar n.

000035-85.2015.7.11.0211, tudo nos termos dos arts. 396 e 396-A do Código de Processo Penal.

É como voto.