

NOTA TÉCNICA n° 10/2021-PGJ**Aplicação do Artigo 28 do CPP na
Justiça Militar****Realização:**

Secretaria Especial de Políticas Criminais

Centro de Apoio Operacional Criminal - CAOCrim

10.9.2021

NOTA TÉCNICA Nº 10/2021-PGJ

EMENTA. PROPOSTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA AOS PROMOTORES MILITARES, À VISTA DA DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE O CPP E O CPP MILITAR, NO QUE CONCERNE À HOMOLOGAÇÃO DA PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR.

Esta NOTA TÉCNICA tem como objetivo avaliar se a nova redação do art. 28 do CPP, trazida pelo “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) – e por ora suspensa em razão de liminar deferida pelo STF - se aplica no processo penal militar.

Em caso positivo, deve ser questionada, também, a superação do mecanismo da correição parcial previsto no art. 498, alínea “b”, da lei adjetiva castrense.

Vejamos.

Art. 28 do CPP no âmbito da Justiça Militar

Com relação à aplicabilidade da nova redação do artigo 28 do Código de Processo Penal à Justiça Militar, uma análise menos detida poderia levar à conclusão de que não haveria lacuna no Código de Processo Penal Militar a ser suprida pela aplicação analógica do Código de Processo Penal (art. 3º do CPP). Afinal, o artigo 397 do CPPM traz regramento próprio para a revisão do arquivamento de Inquérito Policial Militar, passando a se diferenciar da regra do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

Art. 28 do CPP	Art. 397 do CPPM

<p>Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.</p> <p>§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. <u>(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</u> <u>(Vigência)</u></p> <p>§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.</p>	<p>Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se êste concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dêle discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.</p> <p>Designação de outro procurador</p> <p>§ 1º Se o procurador-geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.</p> <p>Avocamento do processo</p> <p>§ 2º A mesma designação poderá fazer, avocando o processo, sempre que tiver conhecimento de que, existindo em determinado caso elementos para a ação penal, esta não foi promovida.</p>
---	--

No entanto, é de se compreender que a Lei nº 13.964/2019 confirmou a adoção do modelo acusatório no espectro do processo penal brasileiro, anunciando no novo artigo 3º-A, do CPP que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Tal dispositivo, por ora suspenso por ordem liminar do STF, reafirma a estrutura acusatória do processo penal brasileiro estampada na nossa Bíblia Política, mais precisamente, art. 129, I, aplicando-se, por conseguinte, a todos os ramos da Justiça Processual Penal, seja Comum, Militar ou Eleitoral, vedando-se a iniciativa do juiz na fase de investigação.

A correta dimensão normativa do sistema penal acusatório definido pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, impede que o juiz tenha iniciativa na fase de investigação, abrangendo, logicamente, a possibilidade de se insurgir contra o arquivamento manejado pelo titular da ação penal.

Diante desse quadro, a redação do artigo 397 do CPPM se mostra contrária à ao sistema acusatório constitucional (e repetido no art. 3º.-A CPP). Deve ser aplicada à Justiça Militar a sistemática prevista no artigo 28 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019. Não há justificativa que sustente a observância do sistema acusatório na justiça comum e não na justiça castrense.

Vale lembrar que esse diálogo entre as normas das duas leis adjetivas, comum e especial, prevalecendo aquela, ocorreu, recentemente, no plenário do Supremo Tribunal Federal quando a Corte estendeu à Justiça Militar a necessidade de o interrogatório ser o último ato da instrução criminal, conforme disposição do artigo 400 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008:

“Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. 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. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.” (HC nº 127.900, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, j. 3/3/2016).

Percebe-se que, no caso em tela, também não havia omissão do CPPM a ser suprida pelo CPP. Contudo, concluiu-se que a nova sistemática, introduzida no artigo 400 do CPP pela Lei nº 11.719/2008, era mais compatível com o sistema constitucional e, por isso, deveria ser aplicável a todos os ramos do Processo Penal brasileiro.

O mesmo raciocínio, portanto, deve ser adotado na análise da aplicabilidade do novo artigo 28 do CPP à Justiça Militar.

A nossa conclusão tem amparo na doutrina especializada. Cícero Robson Coimbra, promotor de Justiça militar da União, ensina que o arquivamento de inquérito na Justiça Militar deve conhecer igual dinâmica da Justiça comum,

claro, quando sua eficácia for restaurada pelo STF, revogando liminar que hoje suspende seus efeitos.

“Não há razão para se considerar consentâneo com o sistema acusatório a plena titularidade do Ministério Público na ação penal pública no processo penal comum e não o considerar no processo penal militar. Notadamente, a função institucional do *Parquet* de titularizar essa ação penal traz, a reboque, novas concepções que comandam o abandono de estruturas e postulados antigos.

Quando o titular da ação penal não vislumbra justa causa para sua propositura, o juiz, imparcial que deve ser, não tem espaço para discordar dessa convicção, sob pena de ferir a inércia da jurisdição, ponto central dessa imparcialidade. Natural, portanto, que a instância de controle do membro do *Parquet* seja no bojo da própria instituição” (**Manual de processo penal militar – volume único**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 409-410).

A conclusão aqui revelada nos obriga enfrentar outra questão umbilicalmente ligada: havendo a aplicação do artigo 28 do CPP à Justiça Militar, tem cabimento a correção parcial prevista no artigo 498, alínea “b”, do CPPM, ou fica logicamente superada?

Correção parcial prevista no artigo 498, alínea “b”, do CPPM

Diz o art. 498 do CPPM:

“O Superior Tribunal Militar poderá proceder à correção parcial:

a) a requerimento das partes, para o fim de ser corrigido erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por juiz, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto neste Código;

b) mediante representação do auditor corregedor, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo.

§ 1º É de cinco dias o prazo para o requerimento ou a representação, devidamente fundamentados, contados da data do ato que os motivar.

Disposição regimental

§ 2º O Regimento do Superior Tribunal Militar disporá a respeito do processo e julgamento da correição parcial”.

Lendo e relendo seus termos, informados e conformados por balizas constitucionais, concluímos que a alínea “b” do art. 498, autorizando o corregedor-geral se insurgir contra arquivamento de inquérito policial militar ou mesmo de processo, não tem mais cabimento. E são vários os motivos que sustentam a nossa conclusão. Vejamos.

Antes de adentrar no mérito, alertamos que a redação do artigo 498, alínea “b”, do CPPM, encontra-se suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 27, de 1996. O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 20.382-0, julgou inconstitucional a Lei nº 7.040, de 11 de outubro de 1982, responsável pela redação ao referido artigo. Não há, portanto, embasamento legal vigente para esta modalidade de correição parcial.

O dispositivo cria questionável controle indireto do Procurador-Geral de Justiça sobre o ato jurisdicional sem que tenha ele (ou o *Parquet*) interposto recurso. Fica vidente a falta de amparo constitucional. Sim, porque com a remessa ao Procurador-Geral, em designando outro membro para oferecer a denúncia em um inquérito arquivado por decisão judicial, desencadeará o controle sobre o ato do juiz de primeiro grau, fugindo a todos os parâmetros existentes.

Nas várias vezes em que provocado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal restringiu a aplicação da alínea “b” do art. 498 do CPPM, admitindo seu

manejo somente no inquérito policial militar, e desde que presente *error in procedendo*, não podendo questionar o *error in judicando*. Eis um caso emblemático:

“A correção parcial no âmbito da justiça castrense está disciplinada no art. 498, alíneas *a* e *b* e §§ 1º e 2º do CPPM. *In casu*, o Conselho da Justiça Militar proferiu sentença extinguindo o processo, sem resolução do mérito, com fundamento na ausência de legitimidade *ad processum* do acusado, que não mais ostentava a condição de militar exigida para a persecução penal pelo crime de deserção. A insurgência do corregedor-geral recaiu sobre suposto *error in judicando*, e não sobre *error in procedendo* para o qual é cabível. Em caso semelhante, a Segunda Turma desta Corte decidiu, *verbis*:

[...]

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘as decisões jurisdicionais geram coisa julgada, o que impede que a inércia das partes ‘seja suprida pelo órgão legitimado à correção’ (HC 78.309/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Cf., ainda, a questão de ordem suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 74.581/CE: ‘Essa correção de processos findos, a que se refere o art. 14 do CPPM, só pode ter um sentido: utilizar-se dos autos para verificação de eventuais irregularidades ou falhas administrativas a serem corrigidas no âmbito da administração da Justiça Militar. Jamais como ação rescisória. A remessa do inquérito, sim, porque, aí, o Corregedor foi posto, pelo sistema da lei – e já o examinei no HC 68.739 (RTJ 138/524) –, como verdadeiro ativador de recurso atípico da decisão do auditor que acolhe pedido de arquivamento de inquérito policial formulado pelo Ministério Público, decisão que faz coisa julgada. Não é disso que se trata aqui, mas, sim, de sentença que extinguiu o processo e transitou em julgado’. Deveras, a correção parcial que afronta a imutabilidade da coisa julgada, além de incabível, tem contornos de revisão criminal *pro*

societate, inadmissível no ordenamento jurídico” (*Habeas Corpus* n. 113.897/DF, julgado em 4 de abril de 2013, sob relatoria do Ministro Luiz Fux).

Não bastasse, Cícero Robson Coimbra (ob. cit., p 1098 a 1103) lembra que a Lei n. 13.744, de 19 de dezembro de 2018, fortaleceu o cenário do não cabimento.

Embora a Lei tenha criado em segunda instância a Corregedoria da Justiça Militar da União (atualmente o inciso II do art. 1º e nos arts. 12 a 14 da Lei n. 8.457/92), sob a condução de um Ministro-Corregedor, revogou da alínea “c” do inciso I do art. 14 da Lei n. 8.457/92, de maneira que a disposição do CPPM também foi afetada. Em outras palavras, também foi revogada, por lei posterior, a alínea “b” do art. 498 do CPPM.

Essa construção arrimada na Lei n. 13.774/18, obviamente, aproveita à Justiça Militar da União, **mas entendemos que deve impulsionar a interpretação também nas Justiças Militares dos Estados**, no que se refere, claro, à ofensa da letra “b” do art. 498 à coisa julgada e também à inutilidade da medida.

Mesmo diante desse cenário, tem havido a correição parcial com arrimo na alínea “b” do art. 498 do CPPM no âmbito das Justiças Militares Estaduais, como no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Nos autos da Correição Parcial n. 000553/2019 (Feito nº 087672/2019 3ª Auditoria, rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira, j. 09/10/2019), por exemplo, dispõe-se:

“O Corregedor Geral da Justiça Militar, no exercício de suas atribuições legais e regimentais, previstas, respectivamente, no artigo 498, letra ‘b’, do Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, no artigo 145 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, formulou representação requerendo a instauração desta Correição Parcial com o objetivo de ver corrigida r. decisão proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Auditoria Militar que, acolhendo requerimento

do Ministério Público, decidiu arquivar os autos do Inquérito Policial Militar nº 87.672/19.

[...].

O Código de Processo Penal Militar assim se expressa em relação à matéria em pauta:

‘Art. 498. O Superior Tribunal Militar poderá proceder à correição parcial:

(...)

b) mediante representação do auditor corregedor, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo’.

No âmbito do nosso Estado deve ser entendido como ‘Tribunal de Justiça Militar’, onde se lê ‘Superior Tribunal Militar’, e ‘juiz corregedor-geral’, onde se lê ‘auditor corregedor’.

Por sua vez, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar prevê que:

‘Art. 145. Cabe correição parcial a requerimento das partes, para o fim de ser corrigido erro ou omissão inescusáveis, abuso ou ato tumultuário, em processo, cometido ou consentido por juiz, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto no Código de Processo Penal Militar, bem como no caso de representação do Corregedor Geral, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo”. Posto isso, cabe aqui esclarecer que o ilustre Promotor de Justiça, embora tenha reconhecido a caracterização da conduta delitiva do investigado, requereu o arquivamento do feito por entender extinta a punibilidade

do agente em razão da decadência, uma vez escoado o prazo de seis meses para o oferecimento de representação por parte dos ofendidos”.

Claramente, a Corte acolhe a alínea “b” do art. 498 do CPPM. Assim se comporta, talvez, com fundamento no efeito repristinatório da norma pretérita. Se uma lei é declarada inconstitucional, em regra, significa que ela é nula desde o seu nascimento e, portanto, ela nunca produziu efeitos. Se ela nunca produziu efeitos, ela não revogou a lei anterior. Se ela não revogou a lei anterior, aquela lei que se pensava ter sido revogada continua a produzir efeitos. **Esse efeito, contudo, não ocorre quando indesejado.** Será indesejado quando contiver o mesmo vício da norma revogadora. É o caso em tela. Esse raciocínio tem amparo na jurisprudência da nossa Corte Constitucional. Foi proposta uma ADI contra a Lei nº 3.041/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, que tratava sobre assunto de competência da União. Ocorre que esta Lei havia revogado outras leis estaduais de mesmo conteúdo. Desse modo, se a Lei nº 3.041/2005 fosse, isoladamente, declarada inconstitucional, as demais leis revogadas “voltariam” a vigorar mesmo padecendo de idêntico vício.

A fim de evitar essa “eficácia repristinatória indesejada”, o PGR, que ajuizou a ação, impugnou não apenas a Lei nº 3.041/2005, mas também aquelas outras normas por ela revogadas.

O STF concordou com o PGR e, ao declarar inconstitucional a Lei nº 3.041/2005, **afirmou que não deveria haver o efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo.**

O dispositivo do acórdão ficou, portanto, com a seguinte redação:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.041/2005, do

Estado de Mato Grosso do Sul, inexistindo efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo, (...)" (grifou-se)

STF. Plenário. ADI 3.735/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 8/9/2016 (Info 838).

Diante desse quadro, parece importante o Ministério Público do Estado de São Paulo se posicionar. E, nesse tanto, insistimos que a nova redação do art. 28 do CPP, cuja eficácia está suspensa, em função de decisão do Ministro Luiz Fux, em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299, alijou o órgão jurisdicional da dinâmica do arquivamento, realidade que, se implementada no processo penal comum deve aportar no processo penal militar.

Em estrita obediência ao sistema acusatório, o artigo não mais prevê a participação do juiz no organograma da promoção de arquivamento. Outro avanço importante foi permitir à vítima (ou seu representante legal) fiscalizar, de forma direta e imediata, a atuação do Ministério Público. Discordando do arquivamento, esta poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber sua representação judicial.

O controle da obrigatoriedade da ação sempre foi encarado como função atípica do juiz. No novo sistema, esse controle passará para a vítima ou seu representante legal.

Nesse contexto, não faz qualquer sentido o controle de arquivamento por órgão corregedor do Poder Judiciário, controle que carece, inclusive, de previsão legal.

São Paulo, 22 de setembro de 2021.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador Geral de Justiça