

## A PRECLUSÃO DO ARROLAMENTO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL MILITAR: ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

### THE PRECLUSION OF THE LISTING OF WITNESSES IN MILITARY CRIMINAL PROCEEDINGS: LEGISLATIVE AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS.

Enedina Gizeli Albano Moura<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente estudo se destina a uma análise legislativa e jurisprudencial da norma processual penal militar, especificamente quanto ao procedimento do arrolamento de testemunhas para a fase instrutória. A problemática consiste em compreender o que dispõe o artigo 417, §2º do Código de Processo Penal Militar (Decreto - Lei 1.002/69), bem como analisar sua aplicabilidade prática à luz da legislação e da jurisprudência dos tribunais superiores. A metodologia empregada foi revisão integrativa, onde foram utilizados bases de dados bibliográficos, com leitura de artigos científicos e doutrinas sobre a tema, bem como análise jurisprudências. Foi concedida uma estruturação com introdução, desenvolvimento (tópicos e subtópicos) e conclusão. No desenvolvimento o trabalho está dividido em três tópicos, sendo eles: 1) da vigência e aplicabilidade prática do artigo 417, §2º da norma processual penal militar; 2) limites interpretativos do HC 127.900/AM quanto a temática; 3) do cerceamento da defesa diante da inobservância do art. 417, §2º do CPPM.

**Palavras-chaves:** Garantismo Processual. Processo Penal Militar. Cerceamento da Defesa. Jurisprudência.

**Abstract:** The present study is intended for a legislative and jurisprudential analysis of the military criminal procedural rule, specifically regarding the procedure for the listing of witnesses for the pre-trial phase. The problem consists of understanding the provisions of article 417, paragraph 2 of the Code of Military Criminal Procedure (Decree-Law 1.002/69), as well as analyzing its practical applicability in the light of the legislation and jurisprudence of the higher courts. The methodology used was an integrative review, where Bibliographic databases were used, with the reading of scientific articles and doctrines on the subject, as well as the analysis of jurisprudence. It was granted a structuring with introduction, development (topics and subtopics) and conclusion. In the development, the work is divided into three topics, namely: 1) the validity and practical applicability of article 417, paragraph 2 of the military

---

<sup>1</sup> Advogada Criminalista (OAB-PI). Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Piauí. Pós-graduada em Direito Processual Penal pelo Uninovafapi. Pós-graduanda em Docência do Ensino Superior pelo CET. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade CET, Teresina-PI. Membro do Conselho de Pareceristas da Revista Brasileira de Assuntos Interdisciplinares – REBAI / FAESF – MA. E-mail: enedinaalbanoadv@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9008543120779777>.

criminal procedural rule; 2) interpretative limits of HC 127.900/AM regarding the theme; 3) Curtailment of defense in view of the non-observance of article 417, paragraph 2 of the CPPM.

**Keywords:** Procedural guarantee. Military Criminal Procedure. Defense Fencing. Jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

O garantismo pode ser visto amplamente na Constituição Federal de 1988, caracterizado de sobremaneira nos direitos e garantias fundamentais, decorrendo daí a conceituação de garantismo sustentado nas mais diversas doutrinas. É dizer, o garantismo tem como ponto central garantir que os direitos fundamentais previstos na norma possam ser aplicados no mundo fático, como forma de fazer frente ao poder estatal, evitando arbitrariedades e garantindo a aplicabilidade da principiologia constitucional e processual.

Prematuramente já nos parece muito claro que o garantismo processual desponta como essencial para a manutenção da própria democracia, garantindo a observância de princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana, da legalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade, da razoabilidade, dentre outros.

Luigi Ferrajoli é tido como o principal formulador para a construção do conceito do garantismo constitucional processual penal brasileiro. Na obra “Direito e Razão”, o autor italiano apresenta uma abordagem que visa diminuir o espaço entre a literalidade da lei e a sua aplicação, sendo a partir da sua construção doutrinária que desponta a grande problemática do presente trabalho. No ponto de vista do autor, os direitos fundamentais previstos constitucionalmente são um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, desse modo, esses direitos irradiam para todo o ordenamento jurídico, inclusive, para a seara do processo penal (FERRAJOLI, 2014).

Ao apresentar: a preclusão do arrolamento de testemunhas no processo penal militar: análise legislativa e jurisprudencial, tem-se como objetivo uma análise legislativa e jurisprudencial da norma processual penal militar, especificamente quanto ao procedimento do arrolamento de testemunhas para a fase instrutória.

A problemática consiste em compreender o que dispõe o artigo 417, §2º do Código de Processo Penal Militar (Decreto - Lei 1.002/69), bem como analisar sua aplicabilidade prática à luz da legislação e jurisprudência.

Tendo em vista os objetivos que se pretende alcançar por meio do presente trabalho, metodologicamente realizou-se revisão integrativa onde foram utilizados bases de dados

bibliográficos, com leitura de artigos científicos e doutrinas sobre a tema, bem como análise jurisprudências.

Será concedida uma estruturação com introdução, desenvolvimento (tópicos e subtópicos) e conclusão. No desenvolvimento o trabalho está dividido em três tópicos, sendo eles: 1) da vigência e aplicabilidade prática do artigo 417, §2º da norma processual penal militar; 2) limites interpretativos do HC 127.900/AM quanto a temática; 3) do cerceamento da defesa diante da inobservância do art. 417, §2º do CPPM.

## **2 DA VIGÊNCIA E APLICABILIDADE PRÁTICA DO ARTIGO 417, §2º DA NORMA PROCESSUAL PENAL MILITAR**

O Código de Processo Penal Militar Brasileiro (Decreto – Lei 1.002/69) vigora no ordenamento jurídico brasileiro desde 1º de janeiro de 1970. Desde então até o presente momento, a norma processual penal militar sofreu poucas alterações legislativas ao longo dos anos, todavia não foi objeto de revogação seja parcial ou total, restando caracterizada sua plena vigência atualmente.

Nesse aspecto de questionamento da vigência da norma, é importante considerar as regras do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro):

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Quanto à aplicabilidade como ponto decorrente da vigência das normas, destaca-se que o Código de Processo Penal Militar é legislação específica, não dependendo do Código de Processo Penal Brasileiro como norma geral para sua aplicabilidade prática, todavia utiliza-se dessa última para aplicação subsidiária.

Partindo desse pressuposto, as alterações promovidas pela Lei nº 11.719/2008 que reformou o código de processo penal comum, alterando, entre outras coisas, a ordem do interrogatório do acusado, deve ser observado no âmbito da processualística militar, uma vez tratar-se de alteração que implica em observância do garantismo processual nos casos concretos, garantindo sem dúvidas, uma melhor produção de provas na fase instrutória.

Contudo, necessário destacar que as alterações promovidas pela Lei nº 11.719/2008, em nada modificaram as disposições procedimentais quanto ao arrolamento e oitiva de testemunhas no processo penal militar, nos cabendo afirmar que diante de processos com competência para julgamento da Justiça Militar, sendo ou não crime militar próprio, o procedimento é regido pelo Código de Processo Penal Militar, o qual possui um rito semelhante ao do CPP, mas com normas próprias aplicáveis aos militares, dentre elas destaca-se a previsão do artigo 417, §2º do CPPM, vejamos:

Art. 417. Serão ouvidas, em primeiro lugar, as testemunhas arroladas na denúncia e as referidas por estas, além das que forem substituídas ou incluídas posteriormente pelo Ministério Público, de acordo com o §4º deste artigo. Após estas, serão ouvidas as testemunhas indicadas pela defesa.

§ 2º As testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução criminal, desde que não seja excedido o prazo de cinco dias, após a inquirição da última testemunha de acusação. Cada acusado poderá indicar até três testemunhas, podendo ainda requerer sejam ouvidas testemunhas referidas ou informantes, nos termos do §3º.

Nos termos do artigo supracitado, temos claramente que as testemunhas de defesa podem ser indicadas em qualquer fase da instrução, desde que não excedido o prazo de cinco dias após a última testemunha de acusação, podendo o acusado requerer que sejam ouvidas testemunhas referidas ou informantes.

Nesse sentido, a aplicabilidade do artigo 417, § 2º do CPPM deve ser obrigatoriamente observada na prática criminal no âmbito da Justiça Militar, não sendo admissível o indeferimento de testemunhas ou informantes sob a alegação de que o momento para arrolamento do rol de testemunhas fica adstrito à apresentação da resposta à acusação ou que a ordem processual mudou com o entendimento do STF no HC 127900 AM.

Entretanto, indeferimentos de magistrados sob a fundamentação de quais dos pontos citados, à luz da legislação vigente e da jurisprudência nacional, são passíveis de anulação. Isso porque, restará claro no próximo tópico a ser desenvolvido que o entendimento do Supremo Tribunal Federal em nada alterou a previsão do artigo 417, § 2º do CPPM, se limitando a alterar APENAS a ordem da instrução processual, deslocando o interrogatório para o último ato instrutório, como fruto de um processo penal acusatório, democrático e principiológico.

### **3. LIMITES INTERPRETATIVOS DO HC 127.900/AM SOBRE A TEMÁTICA**

Para melhor analisarmos os limites da interpretação no HC 127.900/AM julgado pelo STF com relatoria do Min. Dias Toffoli, colacionamos a ementa do referido julgado:

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.

1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b).
2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.
3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).
4. 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).
5. 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.
6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.
7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, 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.

No julgado acima, a nulidade pleiteada dizia respeito ao interrogatório como primeiro ato da instrução, conforme afirmou o Relator do caso concreto:

Alega, por fim, a nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual, realizado na forma do art. 302 do Código de Processo Penal Militar. Afirma a impetrante que o art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/08, por melhor atender às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve também ser aplicado ao procedimento especial da Justiça Militar.

À época, o trâmite do processo penal militar seguia a redação do art. 302 do CPPM, o qual trazia o interrogatório como primeiro ato da instrução. Após esse julgamento, o STF decidiu que aos processos penais militares (e a outros), deve-se aplicar o art. 400 do CPP, por se tratar de *lex mitior* (item 05 da ementa).

Portanto, o primeiro limite que devemos considerar é que o julgado acima determinou a aplicação do art. 400 do CPP ao processo penal militar para colocar o interrogatório como último ato da instrução criminal. E o fez por um motivo: consonância com a ampla defesa, contraditório e por ser mais benéfica ao réu.

Quando tratamos, porém, de arrolamento de testemunhas, a situação muda, pois a *lex mitior* para o acusado é a norma do art. 417, § 2º do CPPM.

Imagine-se, a título hipotético, que em um determinado processo penal militar, a resposta a acusação foi apresentada em 09.03.2022 por Defensor Público e a audiência foi designada para 05.09.2023. Durante esse período, o acusado contratou advogado particular e este, após analisar os autos, decidiu que uma testemunha não arrolada pela Defensoria é importante para esclarecimento dos fatos nos moldes da tese defensiva que desenvolverá. Consoante a norma do CPP, o direito de arrolar testemunhas está precluso, mas consoante a norma do CPPM, o acusado ainda pode indicar testemunhas para serem ouvidas.

Qual situação é mais benéfica? Nos salta aos olhos que a segunda situação é mais benéfica.

Então surge o questionamento: por que o STF aplicaria as normas sobre arrolamento de testemunhas do CPP ao processo penal militar se elas não são mais benéficas, fazendo precluir um direito que a Lei Adjetiva especial lhe garante?

A aplicação do art. 400 do CPP em detrimento do art. 302 do CPPM, no que tange ao interrogatório como último ato se dá por ser mais benéfico ao réu e melhor atender à ampla defesa e o contraditório. O mesmo não acontece em relação à indicação de testemunhas, razão pela qual não existe motivo legal, jurisprudencial, doutrinário ou principiológico que justifique o indeferimento de testemunhas indicadas durante a audiência de instrução em processo penal militar, quando o próprio CPPM autoriza.

Igualmente, não existe motivo legal, jurisprudencial, doutrinário ou principiológico que apoie a tese de preclusão de indicação de testemunhas no processo penal militar após a resposta à acusação.

Ainda no que diz respeito aos limites interpretativos do HC supra em relação ao disposto no CPPM, mister se faz atender a redação do Código nos seus artigos iniciais que tratam da interpretação das normas:

Art. 2º. A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões. Os termos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.

Interpretação extensiva ou restritiva

§1º Admitir-se-á a interpretação extensiva ou a interpretação restritiva, quando for manifesto, no primeiro caso, que a expressão da lei é mais estrita e, no segundo, que é mais ampla, do que sua intenção.

Casos de inadmissibilidade de interpretação não-litera

§2º Não é, porém, admissível qualquer dessas interpretações, quando:

- a) cercear a defesa pessoal do acusado;
- b) prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza;
- c) desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo. (Grifo nosso).

Primeiro, o legislador faz um apelo para que a interpretação privilegie a literalidade dos dispositivos. Depois, admite interpretação extensiva ou restritiva, desde que estas não impliquem em cerceamento de defesa.

Ignorar a existência do art. 417, § 2º do CPPM entendendo pela preclusão da indicação de testemunhas de defesa, claramente é uma interpretação restritiva que cerceia a defesa pessoal do acusado e prejudica o curso normal do processo.

Tal interpretação prejudicial à defesa do acusado não pode ser dada e nem adotada por juízos de piso ou tribunais de 2º grau, posto ser pacífico entendimento diverso pelos tribunais superiores (STF, pelo STJ, pelo STM), que privilegiam a garantia do exercício de defesa do acusado e observam a importância dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal na seara processual penal.

Passa agora a colacionar precedentes na exata linha argumentada.

### **3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

Ressalta-se que, em razão da especificidade da matéria, há poucos precedentes que tratem direta e especificamente sobre o tema. Há bastante precedentes, porém, sobre indeferimento de testemunhas no processo penal, mas poucos que enfrentem diretamente a processualística aqui posta.

Entretanto, o Superior Tribunal Militar já se manifestou sobre o tema no julgamento da apelação nº 7000526-25.2018.7000000, em 06.06.2019, de relatoria do Min. Marco Antonio de Farias, cuja ementa completa deixo de colacionar por razões de objetividade da peça, mas nos ateremos ao item 03 da ementa, que é o que importa para o caso:

EMENTA: APELAÇÃO. FURTO. RECURSO DEFENSIVO. ARGUIÇÃO DE PRELIMINARES: 3. NULIDADE DECORRENTE DE INFRINGÊNCIA À AMPLA DEFESA. APRESENTAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS DEFENSIVAS. OPORTUNIDADE DISTINGUIDA. OBSERVÂNCIA DO ART. 417, § 2º, DO CPPM. SESSÃO UNA DE INSTRUÇÃO E DE JULGAMENTO. INTEGRALIDADE DO ART. 400 DO CPP. INADEQUAÇÃO À JUSTIÇA CASTRENSE. ALCANCE DO ARESTO ALUSIVO AO HC Nº 127.900/AM, JULGADO NO STF. PRELIMINAR ACOLHIDA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. RETORNO À FASE INSTRUTÓRIA. DECISÃO UNÂNIME. (...) 3. No tocante à disciplina da nulidade absoluta, o entendimento predominante é no sentido de independer de provocação da parte, sendo presumível o prejuízo, o que a torna, por conseguinte, imune ao instituto da preclusão. Precedente da Suprema Corte. A compreensão emanada do HC nº 127.900/AM, proferida pelo STF, não autoriza a aplicação integral do art. 400 do CPP à Justiça Castrense, o qual prevê a designação de audiência una de instrução e de julgamento. O escopo do citado writ se restringe à realização do interrogatório ao final da instrução criminal, tendo em mira a implementação dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório nos processos em trâmite nesta Justiça Especializada. Desta forma, exsurge como conflitante a supressão da fase de apresentação das testemunhas defensivas, destoando da determinação que emana do art. 417, § 2º, do CPPM. Reconhecimento de nulidade. Retorno do Processo à fase instrutória. Decisão unânime. (STM - APL: 70005262520187000000, Relator: MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, Data de Julgamento: 06/06/2019, Data de Publicação: 19/06/2019).

Verifica-se que o precedente supra trata exatamente da mesma matéria debatida ao longo desta peça. Na situação, o STM entendeu pela nulidade da instrução por supressão da fase de apresentação de testemunhas.

Consoante o entendimento do STM, a decisão do STF no HC nº 127.900/AM não autoriza aplicação integral do art. 400 do CPP, mas tão somente a realização do interrogatório como último ato do processo.

O entendimento segue o mesmo fio no julgamento da apelação nº 7000495-05.2018.7.00.0000, de relatoria do Min. José Barroso Filho, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ART. 175 DO CPM. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR. PRELIMINAR. LEX TERTIA GRAVOSA. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. APRESENTAÇÃO DE TESTEMUNHAS DA DEFESA NA CITAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA PARA APLICAÇÃO DO ART. 417, § 2º, DO CPPM. CERCEAMENTO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE ABSOLUTA A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. I. Na JMU, a aplicação do art. 400 do CPP ao Processo Penal Militar, além de ser medida mais gravosa ao Acusado, fere a legalidade do rito processual castrense. Tal medida implica na subversão da ordem instrumental do processo e viola princípios e



garantias constitucionais. II. Em conformidade com o HC nº 127.900/AM, a Suprema Corte restringiu a aplicação do art. 400 do CPP, nos processos penais militares, exclusivamente no que tange ao ato de qualificação e interrogatório do Acusado. Entender de modo diverso, aplicando-se audiência una no processo penal militar, fere de forma explícita a norma processual penal castrense, que possui rito próprio e especializado. III. O despacho do Juízo a quo que determinou o transcurso in albis do prazo para a Defesa arrolar testemunhas, após o ato da Citação, com fulcro no art. 400 do CPP, fere os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, dando causa a nulidade absoluta de todos os atos processuais, após o recebimento da Denúncia. IV. Preliminar acolhida. Decisão por maioria. (grifo nosso).

O mesmo entendimento foi fixado no julgamento do Habeas Corpus nº 7000725-47.2018.7.00.0000, de relatoria do Min. Willian de Oliveira Barros:

EMENTA: HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO, NA ÍNTEGRA, DO ART. 400 DO CPP. PARADIGMA HC 127.900 STF. IMPOSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO DA REGRA APENAS PARA INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DO INTERROGATÓRIO. VEDADA A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA UNA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM. Emerge do HC 127.900, julgado pelo STF, o entendimento de utilização da regra do art. 400 CPP apenas como norte para assegurar a garantia do contraditório e da ampla defesa nos processos em curso nesta Justiça Especializada, sem qualquer intenção de suprimir a regra específica do art. 417, § 2º, do CPPM, para os demais atos. Ordem concedida. Decisão por unanimidade.

Portanto, percebe-se uma uniformidade jurisprudencial da Corte Castrense em atestar a validade e plena aplicabilidade do art. 417, § 2º do Código de Processo Penal Militar.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência sobre o indeferimento de testemunhas não enfrentou de maneira específica o dispositivo processual penal militar vindicado, salvo algumas raras exceções que não se aplicam ao caso.

No entanto, em relação ao indeferimento de testemunhas, há um entendimento consolidado, cuja ementa colaciono para melhor observação:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. DISCRICIONARIEDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante entendimento desta Corte Superior: "O indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias" (HC n. 198.386/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 2/2/2015) 2. Diferentemente do alegado pela defesa, as instâncias ordinárias consideraram, de forma motivada, a desnecessidade da diligência requerida, haja vista que, conforme anteriormente ressaltado nos autos do HC n. 711.608 - writ em que a defesa impugna acórdão proferido em habeas corpus, onde suscitava a mesma ilegalidade ainda antes da sentença condenatória -, a vítima foi submetida a escuta especializada e a depoimento especial - este último ato contando com a atuação da defesa técnica do réu -, e em ambas as oportunidades

descreveu os fatos de forma precisa e detalhada conforme mencionou a peça acusatória.

3. Pondere-se, ainda, que em momento nenhum foi apontado um fato concreto a caracterizar prejuízo decorrente da não realização das provas requeridas, mas sim que já tendo sido ouvida a vítima acerca dos fatos, sob o crivo do contraditório, submetê-la a nova oitiva importaria em ato de revitimização que tanto se busca evitar em crimes desta natureza. A defesa se limita, exclusivamente, a insistir na necessidade da referida diligência, o que impede o reconhecimento de eventual alegação de nulidade, a teor do princípio ps de nulité sans grief e do art. 563 do Código de Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

4. Quanto à alegação de que o acórdão não considerou fatos importantes - a "inimizade grave entre a genitora acusadora, o paciente e sua nova esposa, anterior à denúncia dos fatos tidos como criminosos" e que "atentou contra a dignidade do paciente e de sua atual companheira em data anterior à denúncia"; nem o fato de "a genitora da suposta vítima [ter] aguard[ado] aproximadamente 05 (cinco) meses para procurar a Delegacia"; bem como a afirmação da "prima GEOVANA, melhor amiga da suposta vítima, e que teria sido a primeira a saber dos supostos relatos, em solo policial, [afirmou] que a adolescente era dada a contar mentiras" -, o acórdão impugnado ressaltou que "a autoria delitiva está bem comprovada, através das declarações da vítima em depoimento especial e dos depoimentos das testemunhas de acusação, dando conta de que realmente houve a prática do crime de estupro, em continuidade delitiva, em pessoa considerada vulnerável pela Lei", bem como "o laudo pericial [...], [que] confirma os abusos sofridos pela vítima".

5. O Tribunal local apontou a existência de elementos a demonstrar a materialidade e a autoria da falta imputada ao paciente, de modo que, para se infirmar a interpretação apresentada pelas instâncias ordinárias e possibilitar conclusão diversa da exarada no acórdão vergastado, é necessário imiscuir-se no exame do acervo fático-probatório, o que evidencia a impossibilidade de este Superior Tribunal apreciar o pedido formulado no writ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 811.495/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 28/8/2023.)

No entendimento do STJ (que encontra respaldo legislativo), cabe ao magistrado indeferir motivadamente as diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias, sob pena de desembocar no cerceamento de defesa.

#### **4. DO CERCEAMENTO DA DEFESA DIANTE DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 417, §2º DO CPPM**

A observância do devido processo legal na processualística penal brasileira é caminho de primeira ordem. Seja por ordem dada constitucionalmente, seja pela própria evolução do processo penal acusatório ao longo dos anos.

Mitigar o apego total ao sistema acusatório e seu aspecto procedimental é caminho que leva ao cerceamento de defesa, consistente na violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório efetivo.

É dizer, o processo penal brasileiro não admite “deixar de lado” o rigor da lei, sob pena de inoportunar momentos fundamentais ao longo do processo, capazes de ensejar na

produção de prova em busca não somente da absolvição do acusado, mas sobretudo à observância legal e constitucional que o processo penal exige.

Diante desse cenário de risco total em que o processo penal se insere, mais do que nunca deve-se lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta de garantias formais das quais não se pode abrir mão.

O doutrinador Aury Lopes Júnior (2023), assertivo quanto ao cenário de risco que o processo penal se insere, afirma que “é partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação ao poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo.”. E continua defendendo que se deve maximizar a eficácia das garantias do devido processo penal, uma vez não se tratar de mero apego incondicional à forma, senão de considerá-la uma garantia do cidadão e fator legitimante da pena ao final aplicada.

- a) jurisdicionalidade: especialmente no que tange ao juiz natural e à imparcialidade;
- b) princípio acusatório (ou dispositivo): fundando o sistema acusatório em conformidade com a Constituição;
- c) presunção de inocência: enquanto pré-ocupação de espaços mentais (do julgador) e, portanto, no viés de “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de julgamento”<sup>124</sup>;
- d) ampla defesa e contraditório: ainda que distintas, são duas garantias que mantêm íntima relação e interação, necessitando ser maximizadas no processo penal;
- e) fundamentação das decisões: especialmente no viés de legitimação do poder jurisdicional exercido e instrumento de controle contra o “decisionismo” e o arbítrio. (AURY LOPES JÚNIOR, 2023, p.31).

Nesse sentido, é claro o entendimento do professores Gonçalves e Brasileiro (2008) em artigo publicado na revista legislativa do Senado, “O cerceamento do direito à produção da prova constitui grave violação dos direitos processuais da parte e insuportável menosprezo aos direitos que, ao mesmo tempo em que são protegidos pela ordem jurídica, estão no cerne da própria concepção do Estado de Direito Democrático.”.

A inobservância das garantias processuais conduz o processo a verdadeira nulidade, nos termos do art. 500, IV do CPPM, cuja redação aduz o seguinte:

Art. 500. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

IV — por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo.

No presente debate, resta claro que a fase de indicação de testemunhas prevista no art. 417, § 2º do CPPM é essencial à garantia da ampla defesa, sobretudo porque é momento importante da produção de prova testemunhal do acusado.

Tratar-se de nulidade absoluta e o prejuízo é presumido. Nesse sentido, no âmbito do processo penal militar, o acusado não pode ser prejudicado no arrolamento de testemunhas pela inaplicabilidade de norma especial prevista no art. 417, §2º do Código Castrense.

É dizer: o art. 417, § 2º do Código de Processo Penal Militar autoriza que as testemunhas de defesa sejam indicadas em qualquer fase da instrução criminal desde que não excedido o prazo de 05 (cinco) dias após a oitiva da última testemunha de acusação, não sendo aplicável o Código de Processo Penal que limita o arrolamento de testemunhas ao momento da resposta à acusação, sob pena de nulidade processual.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O debate travado no presente estudo parece resolver todos os atritos em torno da matéria discutida. Restando evidente a vigência da norma processual penal militar e a necessidade de sua aplicação com rigor nos crimes de competência da Justiça Militar, ficando a aplicabilidade do processo penal geral subsidiária.

Dito isso, o entendimento acerca da aplicação do artigo 417, §2º do CPPM no âmbito da Justiça Militar resta pacificado pelos tribunais superiores (STF, STJ e STM), não podendo admitir violações e descumprimento de tal norma pelos juízes de piso e tribunais de segundo grau.

Assim, quanto ao tema analisado, em que pese a aplicação do processo penal na justiça militar, resta limitado ao momento final instrutório do interrogatório do réu, em nada alterando a processualista processual penal quanto ao momento de arrolamento das testemunhas.

Por fim, a observância da correta aplicação do código processual penal militar na justiça castrense é medida que se impõe, sob pena de violação de sistema processual acusatório brasileiro, do garantismo processual constitucional, da principiologia e o mais grave, do cerceamento da defesa nos casos concretos. Ensejando reiteradas demandas judiciais de anulação da fase instrutória.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 ago. 1969.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Brasília, DF, 04 set. 1942.

FERRAJOLI, L. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ed. 2014.

FERRAZ, Hamilton; BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Reflexões sobre o Garantismo Positivo. In: CARPENTER, Conselho Editorial - CALC - Centro Acadêmico Luiz (org.). O Direito em Movimento. Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2015.

GOMES, Leonardo Filgueiras. O garantismo no processo penal. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50892/o-garantismo-no-processo-penal>. Acesso em: 20 outubro. 2023.

GONÇALVES, A. P.; BRASILEIRO, R. A. M. Cerceamento de defesa no indeferimento de prova pericial Violação de direito fundamental da parte e lesão da ordem jurídica constituída. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 180, out./dez. 2008.

JR., Aury L. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.