

Aplicação da lei de licitações na Justiça Militar da União: perspectivas sancionatórias (pena de multa) e processuais

Wendell Petrachim Araujo

Especialista em Direito Público

Especialista em Ciências Militares Complementares

Juiz Federal Substituto da Justiça Militar

RESUMO. Este artigo tem por finalidade realizar uma análise crítico-jurídica acerca da alteração legislativa promovida pela Lei 13.491/2017, que alterou o Código Penal Militar (CPM), possibilitando o processamento e julgamento de crimes não previstos no *Codex Castrense*, entre eles, os insertos na Lei de Licitações. Nessa toada, será feita uma abordagem do tema objetivando-se trazer novas perspectivas interpretativas (penais

e processuais) acerca dos crimes licitatórios (diferenciando-os, inclusive, de atos administrativos irregulares e de atos de improbidade) na justiça militar. Para tanto, será feita uma abordagem a respeito da alteração promovida pelo legislador ordinário na lei penal militar, seguindo-se com as nuances estabelecidas pela Lei 8.666/93 e o seu devido cotejamento com a legislação castrense – CPM e o Código de Processo Penal Militar (CPPM). Este aspecto reveste-se de extrema relevância na medida em que se delinearão propostas reflexivas para se concluir pela possibilidade, ou não, da aplicação do rito adjetivo castrense na sua apuração, bem como sobre a possibilidade de aplicação da pena de multa (prevista em todos os tipos penais encontrados na lei de licitações).

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.491/2011. Lei de Licitações. Crime militar. Possibilidade. Novas perspectivas penais e processuais.

ENGLISH

TITLE: Application of the Bidding Law in Military Justice of the Union: Sanctionatory Perspectives (Fine Penalty) and Procedural.

ABSTRACT: The purpose of this article is to carry out a critical-legal analysis of the legislative change promoted by Law 13.491/2017, which amended the Military Penal Code (CPM), making it possible to process and prosecute crimes not provided for in the Military *Codex*, including the inserts in the Bidding Law. In this light, an approach to the theme will be made in order to bring new interpretive perspectives (criminal and procedural) about bidding crimes (differentiating them, even, from irregular administrative acts and acts of improbity) in military justice. To this end, an approach will be made regarding the amendment promoted by the ordinary legislator in the military criminal law, followed by the nuances established by Law 8.666/93 and its due comparison with the military legislation – CPM and the Military Criminal Procedure Code) (CPPM). This aspect is extremely relevant as reflective proposals will be outlined to conclude whether or not the

application of the military adjective rite in its investigation, as well as the possibility of applying the fine (provided for in all criminal types found in the bidding law).

KEYWORDS: Law 13.491/2011. Bidding Law. Military crime. Possibility. New criminal and procedural perspectives.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da natureza jurídica da alteração promovida pela Lei 13.491/2017 e a competência da Justiça Militar – 3 Da diferença entre irregularidade administrativa, ato de improbidade e crime licitatório – 4 Aspectos penais da aplicação da lei de licitações na Justiça Militar (pena de multa) – 5 Rito processual a ser adotado na apuração dos crimes da Lei 8.666/93 – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

De início, cumpre ressaltar que a Lei 13.497/17 alterou o artigo 9º do CPM, tendo incluído, no âmbito da competência da Justiça Militar, crimes previstos na legislação penal alienígena

ao Diploma Repressivo Castrense (não apenas os crimes previstos no Código Penal Comum, mas também aqueles previstos na Legislação Penal Especial – como a Lei 8.666/93), consoante podemos observar do quadro comparativo abaixo, *ipsis litteris*:

REDAÇÃO ANTIGA DO CPM	APÓS A LEI Nº 13.491/2017
<p>Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;</p> <p>II – <u>os crimes previstos neste Código</u>, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...].</p> <p>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: [...]. (grifos nossos)</p>	<p>Art.9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>I – [...].</p> <p>II – os crimes previstos neste <u>Código e os previstos na legislação penal</u>, quando praticados: [...].</p> <p>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, <u>como os do inciso II</u>, nos seguintes casos: [...]. (grifos nossos)</p>

Rompeu-se, desse modo, o entendimento consubstanciado, até então, de que o fato de os crimes

licitatórios não encontrarem previsão no CPM afastaria a atribuição de competência à Justiça Castrense, uma vez que a redação antiga do art. 9º exigia que a conduta típica estivesse expressamente prevista no *Codex Criminal Militar*.

Destaque-se, ademais, o seguinte excerto do artigo¹ intitulado: “*Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal*”, de autoria de Verônica Freitas Rodrigues Alves, publicado na Revista do Ministério Público Militar, antes da nova redação do art. 9º, do CPM (que elucida o entendimento do assunto até a edição da Lei 13.497/17), *in fine*:

Entretanto, diante do limitado rol de tipos penais sobre a matéria no CPM, a atuação da Justiça Militar fica prejudicada, visto que a sua competência é adstrita aos crimes militares, não podendo julgar delitos previstos em outras leis. Desse modo, as condutas ficam, por diversas vezes, impunes, diante da ausência de tipificação legal no Código Penal Militar. O que ocorre é um verdadeiro *looping* na aplicação das normas voltadas à responsabilização penal em licitações e contratos administrativos no âmbito da administração militar. Ou seja, segundo o entendimento jurisprudencial dominante, as

¹ Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

condutas que poderiam caracterizar crime da Lei 8.666/93 e que atingem o patrimônio sob a administração militar são da competência da Justiça Militar; esta, por sua vez, só julga crimes previstos no CPM; [...]. (ALVES, 2015, p. 324.) (grifos nossos)

Veja-se que, a partir dessa alteração legislativa, a competência da Justiça Castrense não restou mais circunscrita ao processamento e julgamento dos crimes previstos apenas no Código Penal Militar, orbitando entre a esfera de matérias cognoscíveis ao Juízo Militar (após o respectivo exercício do direito de ação pelo promotor natural, *ex vi* do art. 34 do CPPM) os crimes previstos, exclusivamente, na legislação penal comum, mas que se mostram de competência da Justiça Especializada pela conjugação do tipo penal comum com uma das condições dos incisos II (quando praticados por militares) ou III (quando praticados por civis ou militares da reserva, tendo em vista que essa hipótese de competência incorpora o conceito do inciso antecedente) do art. 9º do CPM.

Por essas razões, verifica-se que, a partir de 16 de outubro de 2017 (início da vigência da Lei 13.491/147), não restam dúvidas de que compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes praticados por civis ou militares em procedimentos licitatórios levados a efeito pelas Forças

Armadas, tutelando-se, assim, o bem jurídico “patrimônio sob a administração militar” e, reflexamente a regularidade das instituições militares.

Ademais, não se pode olvidar que o procedimento licitatório, além de almejar fins gerais (como o desenvolvimento nacional sustentável), direciona-se à observância dos princípios constitucionais que subordinam a Administração Pública e a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público (art. 3º da Lei 8.666/93), de modo que, em se verificando uma excessiva onerosidade na contratação, bem como a frustração do devido procedimento estabelecido para o certame, pode haver a caracterização de uma ofensa ao bem jurídico “patrimônio sob a administração militar”, atraindo-se, em relação ao militar em situação de atividade, a aplicação do art. 9º, II, “e”, CPM; e, quanto ao civil, a do art. 9º, III, “a”, CPM.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 13.491/2017 E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Não podemos perder de vista que o ponto nevrálgico da discussão sobre a competência da Justiça Militar para processar

e julgar crimes estabelecidos na legislação penal extravagante (entre elas a Lei 8.666/93) exsurge a partir de questões de direito intertemporal e da própria definição da natureza jurídica da norma inserta no art. 9º do Código Penal Militar.

Sobre o tema, valiosos são os ensinamentos do Professor Renato Brasileiro de Lima², segundo os quais o conceito de crime militar do art. 9º do Código Penal Militar representa natureza jurídica de norma processual inserida em lei material (“norma heterotópica”), de modo a atrair o critério da “aplicação imediata”, devendo, além do mais, os feitos (ainda não sentenciados) serem remetidos, imediatamente, à Justiça Militar, sem prejuízo da observância da irretroatividade da *lex gravior* ou a ultratividade da *lex mitior, ipsius litteris*:

[...] Na verdade, o conceito de crime militar constante no art. 9º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar, funciona como verdadeiro exemplo de norma heterotópica. Como exposto no Título introdutório deste Manual, há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, pois, retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto,

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. - 6. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodium, 2018.

inseridas em leis materiais, são dotadas de conteúdo processual, a elas sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regit actum*). É aí que surge o fenômeno denominado heterotopia, ou seja, situação em que, apesar de o conteúdo da norma conferir-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela prevista em diploma de natureza distinta. Logo, como se trata de lei processual que altera regras de competência, a Lei n. 13491/17 deve ter aplicação imediata aos processos em andamento, salvo se já houver sentença relativa ao mérito, hipótese em que o processo deve seguir na jurisdição em que ela foi prolatada, ressalvada a hipótese de supressão do Tribunal que deveria julgar o recurso. Enfim, como se trata de norma processual que altera a competência em razão da matéria, não se pode admitir a perpetuação da competência. Afinal, como preceitua o art. 43 do novo CPC, subsidiariamente aplicável ao processo penal comum e militar, “determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”. Por consequência, se o crime praticado por militar em serviço previsto na legislação penal, outrora considerado crime comum, estava em tramitação perante a Justiça Comum (Estadual ou Federal), a entrada em vigor da Lei n. 13.491/17 deverá provocar a imediata remessa do feito à Justiça Militar da União (ou dos Estados). A ressalva a esse deslocamento imediato da competência fica por conta dos feitos nos quais, à época da vigência da Lei n. 13.491/17 (16/10/2017), já havia sentença relativa ao mérito. Nesses casos, o processo deverá continuar tramitando na Justiça de origem, sob pena de violação à competência

recursal. [...]. Esse deslocamento imediato de competência à Justiça Militar (da União ou dos Estados) haverá de ser feito sem prejuízo da observância do princípio da irretroatividade da *lex gravior* (ou ultratividade da lei penal mais benéfica) pelo Juiz de Direito do Juízo Militar Estadual ou pelos respectivos Conselhos de Justiça. (LIMA, 2018, p. 367-368) (grifos nossos)

Noutro giro, o Professor e Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo Ronaldo João Roth³ leciona que o referido dispositivo legal tem dupla natureza jurídica, caracterizando o que a doutrina costuma classificar de “norma processual material” ou “norma híbrida”, cujo aspecto processual (competência) aplica-se imediatamente aos inquéritos e processos em andamento em outras esferas do Poder Judiciário (pelo princípio do “*tempus regit actum*”), independentemente de qualquer perquirição sobre eventuais prejuízos ou vantagens ao réu, *in fine*:

A lei em comento tem dupla natureza jurídica, pois, de um lado, trata de aspecto penal ao ampliar o rol de crimes militares com os tipos penais da lei penal comum (crimes militares por extensão); e, de outro, cuida de aspecto

³ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (*Lei 13.491/17*), in *Revista Direito Militar*, n. 126, Florianópolis: AMAJME, 2017.

processual ao conferir à JMU a competência para conhecer dos crimes dolosos contra civil, bem como ampliando a competência da JMU e da JME para conhecer os ditos crimes militares por extensão. [...]. Dessa forma, vários efeitos daí decorrem. Assim, por exemplo, em relação ao aspecto penal haverá incidência do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, CF) e, em relação ao aspecto processual, haverá a aplicação imediata da lei (pelo princípio *tempus regit actum*), independentemente de ser ou não mais benéfica ao réu, devendo os atuais inquéritos e processos da justiça comum serem remetidos para a justiça militar, como ocorreu inversamente à época da edição da Lei 9.299/96, cujos processos da justiça militar foram remetidos para a Vara do Júri. (ROTH, 2017, p. 34.) (grifos nossos)

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência nº 160.902/RJ, referendou a posição acerca da natureza híbrida da norma inserta no art. 9º do CPM, tendo declarado a competência do foro castrense para processar e julgar crime licitatório praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra o patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei 13.491/2017, pela aplicação imediata das questões de índole exclusivamente processual, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME
CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES

PRATICADO POR MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 13.491/2017. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. 1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei n.º 13.491/2017. 2. A Lei n.º 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Código Penal Militar e no art. 5.º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*. 3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada

subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar”. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 4.^a Auditoria da 1.^a Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante. (CC 160.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018) (grifos nossos)

Na mesma esteira, já se posicionou o Egrégio STM, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. LEI DE LICITAÇÕES E CPM. LEI Nº 13.491/2017. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. A Lei nº 13.491/2017 ampliou o conceito dos crimes militares, incluindo nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM também as previsões da legislação penal comum. 2. Com relação aos aspectos puramente processuais, a Lei deve ser aplicada de imediato, inclusive para os fatos praticados antes da sua vigência, em observância ao Princípio Tempus Regit Actum, sem que com isso haja ofensa ao Princípio da Anterioridade da Lei Penal. 3. A classificação de um crime tido como comum para um delito de natureza militar não se traduz, automaticamente, em situação menos benéfica para o Réu. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000428-06.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 01/07/2019, Data de Publicação: 13/08/2019) (grifos nossos)

Logo, resta indene de dúvidas, independentemente da vertente teórica adotada, que compete ao Juízo Castrense processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum (praticados por civis ou militares) contra o patrimônio sob a administração militar, mesmo que perpetrados, em tese, antes do advento da Lei 13.491/2017, tendo esse entendimento sido referendado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência em teses⁴: “14) Compete à Justiça Castrense processar e julgar os crimes licitatórios praticados por militar contra patrimônio sujeito à administração militar (art. 9º do Código Penal Militar – CPM)”.

3 DA DIFERENÇA ENTRE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA, ATO DE IMPROBIDADE E CRIME LICITATÓRIO

Antes de analisamos os aspectos concernentes aos delitos licitatórios (com previsão na Lei 8.666/93) não olvidemos que a contrariedade aos ditames legais encontrados em procedimentos

⁴ EDIÇÃO N. 134: DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÃO - LEI N. 8.666/1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/tocedicoes.jsp>. Acesso em: 30 ago. 2020.

administrativos (processos licitatórios) não representam, necessariamente, a prática de um ato típico, antijurídico e culpável, e, às vezes, nem mesmo de um ímprobo do agente.

Gize-se, ademais, no tocante a questões envolvendo irregularidades administrativas (realização de tomada de contas), e suas respectivas punições (tendo-se em conta a independência das esferas administrativas, cíveis e penais), o Tribunal de Contas da União já decidiu, *ipsis litteris*:

Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente público que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º, alínea ‘a’, da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa. O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial. Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, não é sanção, mas sim

recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente. É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva. 5.9. E na mesma linha o seguinte excerto do voto que orientou o Acórdão TCU 6.173/2011-1.ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro: “20. Ressalto que a recomposição do dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou aferimento de vantagem pelo gestor em razão da execução do convênio.” 5.10. Além disso, considerando que inexistente nos autos cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, não há como saber se os preços contratados estavam abaixo da média do mercado como afirmam os recorrentes. (GRUPO I - CLASSE I - Primeira Câmara. TC 020.069/2014-6. Acórdão 10853/2018 – Primeira Câmara, 11/09/2018) (grifos nossos)

Noutro giro, no que se refere à improbidade administrativa (no contexto das licitações e contratos), prescreve a Lei 8.429/92, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...];

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [...]. (grifos nossos)

Diga-se, de passagem, que, por exemplo, para configuração de um ato de improbidade administrativa pelo gestor, entende o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que não se pode puni-lo, nessa esfera, pelo simples fato de ser um mal administrador, devendo estar configurado, necessariamente, o seu agir doloso ou, ao menos, com culpa, *in fine*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] 3. No tocante à necessidade de comprovação de dolo e má-fé nos atos de improbidade “a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a

responsabilização objetiva dos agentes públicos” (REsp 997.564/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). No presente caso, o Tribunal de origem reconheceu o elemento subjetivo necessário à subsunção da supracitada norma. Assim, alterar a conclusão do julgado quanto à presença do dolo e má-fé do agente administrativo enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ. (REsp 1431610/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 26/02/2019) (grifos nossos)

Para além disso, segundo se pode perceber, a Lei 8.666/93 define várias condutas criminosas, de modo que, assim como ocorre para se identificar um crime de natureza militar, há um caminho a ser percorrido pelo intérprete (operador do direito) para se chegar à conclusão de que determinado ato pode ser caracterizado como um delito licitatório, tendo-se em conta que, após a sua ocorrência (típico e antijurídico), deve-se verificar todas as suas nuances, bem como o rol estabelecido do art. 89 ao art. 98.

Constata-se, destarte, que não há como se falar em crime licitatório de competência da Justiça Militar sem que antes a conduta do agente tenha se amoldado nas diversas situações elencadas na Lei 8.666/93, e, na sequência, nos requisitos

estabelecidos pelo art. 9º (tempo de paz) ou do art. 10 (tempo de guerra) do Código Penal Militar.

4 ASPECTOS PENAIS DA APLICAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES NA JUSTIÇA MILITAR (PENA DE MULTA)

Estabilizadas as balizadas acerca da possibilidade de os crimes licitatórios serem processados e julgados na Justiça Militar devemos, neste ponto, fazer uma reflexão acerca da aplicação da pena de multa, prevista para todos os crimes tipificados na Lei de Licitações, do art. 89 ao art. 98.

Sobre esse aspecto, com todo o respeito aos brilhantes posicionamentos construídos no sentido da inaplicabilidade da pena de multa na Justiça Castrense, dentro de uma proposta reflexiva, devemos pensar o direito penal militar a partir de uma propedêutica que estabeleça uma perspectiva de prevenção especial, bem como de prevenção geral do direito criminal, *in casu*, com impacto direto na vida da caserna, de modo a imaginarmos a eficácia (ou não) do combate à corrupção (com infringência a lei de licitações), sem a possibilidade de aplicação da pena de multa.

Nesse contexto, tendo-se em conta a nova visão relativamente aos crimes militares, trazida Lei nº 13.491/2017, devemos nos perguntar: diante da não aplicação da pena de multa na seara processual penal castrense, enfatizamos, como manter hígido o combate aos crimes licitatórios sem essa proposta sancionatória pecuniária?

Aqui, cabe pontuar que não é novidade a utilização da lei penal comum (extravagante) na Justiça Criminal Militar, haja vista que isso já era pensado para os crimes cometidos em tempo de guerra, consoante extraímos da exegese do artigo 10 do CPM, em que se estabelece que são considerados crimes militares aqueles previstos na legislação penal comum desde que cometidos/praticados em territórios militarmente ocupados ou estrangeiros, *in verbis*:

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II – os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV – os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado. (grifos nossos)

Então, como se pode perceber, já havia por parte do legislador ordinário essa preocupação de aplicação da lei penal extravagante, mas, claro, dentro de uma outra visão que era a dos crimes militares cometidos em tempo de guerra, e o que o legislador fez em 2017, com a alteração legislativa do CPM, foi trazer essa mesma forma de pensar para crimes cometidos em tempo de paz.

E, quando fazemos essa análise, nós também temos que ter uma certa preocupação lógica de aplicação do sistema penal militar, isso porque, quando se pensa na aplicação da parte penal da Lei de Licitações, deve-se atentar que ela foi pensada, fora manejada pelo legislador ordinário, levando-se em consideração a parte geral do Código Penal comum, haja vista que o Código Penal Militar não pensou nesse tipo de crime quando estabeleceu os tipos penais em sua Parte Especial.

Gize-se que, a parte geral do CPM não foi estruturada para aplicação da lei penal extravagante (razão pela qual não há previsão da pena de multa), e nem esta foi pensada pelo legislador ordinário tendo em conta a sua utilização em combinação com o *Codex* Castrense, mas sim em sintonia com a utilização do Código Penal Comum.

E não há nada de errado nisso, só uma opção legislativa de regular as respectivas penas e sanções na respectiva legislação extravagante desde isso que não viole a índole da legislação penal e processual castrense (fundamentadas na hierarquia e na disciplina), e harmonize-se com o mandamento constitucional estabelecido pelo constituinte originário em nossa Carta Magna, *ipsis litteris*:

Art. 5º. [...]. XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;

- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; [...]. (grifos nossos)

Sobre o assunto, não podemos deixar de trazer brilhante raciocínio conduzido pelo Professor e Promotor de Justiça Militar Adriano Marreiros⁵, em seu artigo “Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017”, acerca da impossibilidade de aplicação da pena de multa nos crimes contra a honra com previsão no CPM (com o que anuímos), mas discordando, com a devida vênia, da impossibilidade de sua utilização quando se está diante de um crime com previsão no Código Penal comum ou na legislação penal extravagante (sem correlação com o CPM), *in verbis*:

Quando analisamos, em nossa obra, os crimes contra a honra, concluímos que:

No que tange a calúnia, difamação e injúria, podemos observar que as penas preveem multa, o que não acontece com o Código Penal Militar. Como já dissemos outras vezes, multa não está entre as penas previstas no Código Penal Militar. A verdade é que a pena pecuniária para militares parece ser um tabu no direito militar e talvez tenha relação com uma ideia de desonra ao se resolver com dinheiro um crime ou uma transgressão.

⁵ *Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017*. Publicado em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/08/codigo-penal-militar-perguntas-e-respostas-sobre-mudanca-trazida-pela-lei-13-4912017/>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

Ao contrário do direito penal comum, tais crimes não são de ação penal privada. Aliás, como já foi visto na análise da parte geral do Código Penal Militar contida nesta obra, a regra do Código Penal Militar é a ação penal pública incondicionada, sendo a exceção consistente em alguns crimes contra a segurança externa do país e o caso do comandante do teatro de operações, este somente em tempo de guerra. [...].

Queremos ressaltar, mais uma vez, o que consta do 2.3, supra, acerca das incompatibilidades. Institutos incompatíveis com o Direito Penal Militar, inclusive a Pena de Multa, não serão aplicáveis, mesmo que previstos em tipo aplicável no âmbito penal militar, discordando, assim do que diz o colega Guilherme na continuação do post citado sobre o assunto. (grifos nossos)

Seja dito de passagem, também, que institutos próprios da persecução penal comum, como a composição civil dos danos e a transação penal (Lei 9.099/95), consoante entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, não têm aplicabilidade na Justiça Militar.

Seguindo-se ao pensamento reflexivo a que se propõe o presente ensaio, afinado com o viés aristotélico, não nos passa despercebido que, do artigo 89 ao 98 da Lei de Licitações, há todos os tipos penais lá inseridos. Fora estabelecida a sanção penal de multa conjuntamente com a respectiva pena privativa de liberdade.

Evidente que isso tem uma razão de ser, pois, voltamos a dizer, como combater efetiva e eficazmente os crimes licitatórios sem a aplicação da pena de multa?

A preocupação com esse tema (combate aos crimes licitatórios) encontra-se, igualmente, em debate nas casas legislativas, como se depreende da exposição de motivos do Projeto de Lei 100/2019⁶, que altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para adequar as penas previstas para os crimes de licitação, e que fora declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário da Subemenda Substitutiva Global Reformulada de Plenário ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, adotada pelo Relator da Comissão Especial (Sessão Deliberativa Ordinária de 25/06/2019), que manteve a mesma proposta, sendo que, de forma consolidada, *in verbis*:

Não é possível, por exemplo, que a fraude a um milionário processo licitatório, que muitas vezes lesa milhares, senão milhões de pessoas ao mesmo tempo, drenando para bolsos privados a verba pública destinada a saúde, educação, moradia e outros bens e melhorias de vida da

⁶ *Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. Projeto de Lei nº 100/2019.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707476&filename=PL+100/2019. Acesso em: 28 ago. 2020.

carente população brasileira, seja apenada com detenção de 2 a 4 anos (como ocorre, por exemplo, no art. 90 da Lei nº 8.666/93), enquanto o roubo de um veículo à mão armada, que lesa o patrimônio de uma única pessoa, implique privação da liberdade entre 5 anos e 4 meses e 13 anos de reclusão. A clara distorção fala por si mesma, precisando urgentemente ser superada pelo legislador. Enquanto isso não ocorrer, fraudar licitações continuará sendo um "excelente negócio". [...]. A alteração do §1º, com a elevação do valor da multa, é essencial, posto que os percentuais como constam da redação atual são irrisórios, não representando punição efetiva dos autores desses delitos. É importante ter em conta que a multa, diferentemente da prisão, entra no cálculo econômico do crime. Se uma a cada duas condutas de fraude à licitação é detectada – um percentual otimista para vários desses tipos de crimes – e a multa corresponder a menos de dez vezes o valor da vantagem ilícita, ainda assim o crime valerá a pena. Por isso, é preciso dar maior liberdade ao juiz para fixar uma multa capaz de produzir um efeito dissuasório. (grifos nossos)

Isso porque, quando se trata da macrocriminalidade de viés econômico, tal como os crimes ínsitos na Lei de Licitações, deve-se ter especial atenção ao fato de que esse tipo de delito (quando cometido no interior das instituições militares) exige do Estado-Juiz uma resposta sancionatória (eficiente e eficaz) que coíba a renovação dessa possível prática delitiva, de modo a não colocar em risco todo o arcabouço lógico-jurídico construído

(dentro dos quartéis) nos pilares constitucionais da hierarquia e disciplina.

Imagine-se, por exemplo, um crime licitatório cometido no seio das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), em que a população, a sociedade brasileira, espera dessas instituições (nacionais, permanentes e regulares), justamente um comportamento de retidão e dos maiores valores de probidade? Depositando nelas, inclusive, a confiança na preservação do estado democrático de direito.

Ora, quando o cidadão olha para um militar das Forças Armadas, um comandante de Organização Militar, um coronel, um capitão de mar e guerra, espera dele um aliado no combate à corrupção, em especial, quando se se pensa em atuação de organizações criminosas, caracterizadas pela divisão de tarefas e com a participação de civis.

Nessa toada, quando se fala em desvios de verbas públicas destinadas ao meio castrense, e se observa, exemplificando: a entrega de produtos em vez de outros; inserção de taxa de lucratividade nos preços praticados; entrega de dinheiro em espécie à militares; fraudes nos processos licitatórios; e, às vezes, aliás, dando conta de um verdadeiro consórcio criminoso atuante nas contratações públicas no meio

militar; nessas situações a ferramenta sancionatória da pena de multa, estabelecida no preceito secundário da lei de licitações, demonstra-se perfeitamente consentânea com as finalidades a qual ela se propõe.

Logo, não pairam dúvidas, data máxima vênua, que, quando o legislador ordinário possibilitou que a Justiça Militar processasse e julgasse crimes previstos na Lei de Licitações, não o fizesse de modo integral, mas sim de forma fatiada no tocante à aplicação da pena, possibilitando-se que fosse aplicada a pena privativa de liberdade e que não fosse permitida a cominação da pena de multa (não nos parece ser a melhor hermenêutica ao caso).

Diante desse cenário, a aplicação da pena de multa revela-se necessária e proporcional à gravidade de fatos que ensejam a violação dos tipos penais da Lei 8.666/93, que ostentam alto grau de nocividade não apenas à administração militar, mas para todo o conjunto social, enfadado com a corrupção imbricada nos mais diversos segmentos públicos e particulares do Estado brasileiro, e que deposita nas Forças Armadas a esperança de "última trincheira" na defesa da Pátria e dos Poderes Constitucionais (art. 142 da CF/88).

Nesse contexto, acerca da aplicação da pena de multa na Justiça Militar, cumpre-nos transcrever o seguinte trecho do artigo publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar⁷, pelo magistrado federal da Justiça Militar Luiz Octávio Rabelo Neto, cuja abordagem, ademais, fora desenvolvida por ele no Seminário promovido pelo Ministério Público Militar acerca do Crime Militar após a Lei nº 13.491/2017, no ano de 2018, com o tema: “A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas”, *ipsis litteris*:

Logicamente, o rol de penas principais constante do CPM (art. 55) não prevê e nem poderia prever a pena de multa, visto que essa pena não é cominada a nenhum tipo existente na sua Parte Especial. Contudo, com a inovação da Lei nº 13.491/2017, importando crimes militares da legislação penal comum para o Direito Militar, nos quais é possível a cominação da pena de multa, alternativa ou cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, é possível que a JM aplique esse tipo de pena. [...]. Não aplicar a pena de multa na JM, nos casos em que essa justiça especializada seja competente em razão

⁷ *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – Vol. 27, n. 2 (jan./jun. 2018). – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018, Artigo: A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas.

da Lei nº 13.491/2017, implica em negar vigência à lei que impõe essa pena ao crime militar extravagante, bem como desconsiderar o princípio da inderrogabilidade das penas. Se a lei está vigente (validade formal, em conformidade com as normas acerca de sua produção) e tem validade (material, de conteúdo), ela deve ser aplicada, pois não foi revogada com a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017. Nesse sentido, o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispõe que 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. A Lei nº 13.491/17 de nenhuma forma revogou ou com ela se pretendeu revogar qualquer tipo penal militar comum que estabeleça a pena de multa, nem o art. 55 do CPM é imprescindível para aplicação de penas na JM. [...]. O sistema de penas em vigor no país encontra sua base no art. 5º da CF. As alíneas “a” a “e” do inciso XLVII do art. 5º da CF contêm o rol das penas proibidas, e as alíneas “a” a “e” do inciso XLVI do mesmo artigo, o rol das lícitas ou permitidas, dentre as quais está a pena de multa (alínea “c”), sendo esse mais um fundamento para a aplicação desse tipo de pena na JM. (NETO, 2018, p. 47 e 50) (grifos nossos)

Nesse diapasão, não se pode aparar o Código Penal comum, muito menos a legislação extravagante, para trasladar apenas determinados institutos (fragmentos) ao foro castrense (configurando-se uma verdadeira colcha de retalhos), a fim de atribuí-los uma roupagem de crime militar que não lhes é

própria, sob pena de incidência em hibridismo normativo (*lex tertia*), violação ao princípio da individualização da pena (no plano legislativo) e, sobretudo, ao princípio da proporcionalidade (na perspectiva da proteção deficitária do bem jurídico).

Logo, a persecução dos crimes previstos na legislação penal alienígena ao Código Penal Militar deve ser permeada pelas disposições concebidas pelo legislador ordinário, em suas respectivas leis de regência, no caso em análise, na Lei de Licitações e suas consectárias referências (parte geral do CP comum e Código de Processo Penal comum (CPP), este subsidiariamente).

5 RITO PROCESSUAL A SER ADOTADO NA APURAÇÃO DOS CRIMES DA LEI 8.666/93

Inicialmente, constata-se que após a fixação da competência do Juízo Militar, emerge importante discussão acerca do procedimento a ser adotado para a persecução do crime previsto na legislação penal comum na Justiça Castrense, isto é, indaga-se acerca da aplicabilidade, no Juízo Especializado, do rito previsto no Código de Processo Penal

Militar ou das disposições processuais próprias da Lei 8.666/93 (com a incidência do Código de Processo Penal comum).

Nesse viés, podemos nos fazer a seguinte pergunta: para aplicação do rito procedimental objetivando a apuração de um delito previsto na lei penal extravagante ou no Código Penal Comum, como aplicar o aquele ínsito no Código de Processo Penal Militar que foi pensado para processar e julgar os crimes estabelecidos na parte especial do CPM?

Veja-se: quando o legislador editou o *Codex Castrense*, estabelecendo ali vários crimes militares, o fez de modo a ser utilizado (para sua apuração) o CPPM e, noutro giro, quando esse mesmo legislador editou a lei de licitações (estabelecendo rito próprio para processamento e julgamento) o fez determinando a aplicação subsidiária do CPP e não do CPPM.

Neste ponto, não se desconhece o entendimento do Egrégio STM acerca da necessidade de se preservar a índole do processo penal militar, inclusive no que diz respeito à ordem do interrogatório do acusado (art. 400, do CPP comum), *in verbis*:

HABEAS CORPUS. AUTORIDADE JUDICIÁRIA. ATO TUMULTUÁRIO. MANEJO DE "WRIT". CABIMENTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. APLICAÇÃO INTEGRAL DO ART. 400 DO CPP AO PROCESSO CASTRENSE. DESIGNAÇÃO DE

AUDIÊNCIA UNA DE INSTRUÇÃO E DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ACÓRDÃO EXARADO PELO STF NO HC Nº 127.900/AM. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO INSTRUMENTAL PENAL MILITAR. FRAGILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA ACUSATÓRIA CONSAGRADA NA JMU. POTENCIAL INFRINGÊNCIA À AMPLA DEFESA. PRESERVAÇÃO DO RITO PREVISTO NOS ARTS. 427 A 431 DO CPPM. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. 1) Situações caracterizadoras de ato tumultuário, as quais desafiarão o manejo de Correição Parcial, podem, excepcionalmente, justificar a impetração de HC, notadamente com vistas a salvaguardar direitos do Paciente correlacionados aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. 2) Na JMU, ainda que sob o desiderato de imprimir celeridade à tramitação dos feitos, é inviável a aplicação integral do art. 400 do CPP – com a conseqüente designação de audiência una de instrução e de julgamento – ao Processo Penal Militar, sob pena de subverter a ordem instrumental do processo e de sujeitar o acusado a violações dos princípios regentes do Processo Penal Constitucional. 3) A integração normativa de âmbito procedimental deve resguardar a índole do Processo Penal Castrense, consoante determina a alínea "a" do art. 3ª do CPPM. 4) A determinação, emanada em sede do HC nº 127.900/AM julgado pelo STF, cinge-se à realização do interrogatório ao final da instrução criminal, sendo descabido ampliar o seu objeto, sob pena de malferir os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, atingindo, ainda, o sistema acusatório

consagrado na Legislação Processual Penal Castrense, cujo exercício, atribuído ao MPM, oportuniza a desclassificação delitiva, nos moldes do art. 437 do CPPM e da Súmula nº 5 do STM - "emendatio libelli". 5) Permanecem vigentes, no Processo Penal Militar, o rito previsto nos arts. 427, 428, 430 e 431, todos do CPPM. 6) Ordem concedida. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000264-68.2016.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 22/02/2017, Data de Publicação: 03/03/2017) (grifos nossos)

Entretanto, não se está a defender a aplicação de certos institutos do CPP no processo penal militar em decorrência da aplicação (nas hipóteses omissivas) do que estabelece o art. 3º, “a”, da lei adjetiva castrense, como consectário da apuração do crime militar previsto no CPM, pois essas balizas são trazidas, diuturnamente, pelo Egrégio STM e pela doutrina.

De igual modo, no que concerne a viabilidade de aplicação do CPPM aos crimes previstos na Lei de Licitações, já se posicionou o STM (quando não há demonstração de efetivo prejuízo), *in fine*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TIPO PENAL PREVISTO NA LEI 8.666/1993 (LEI DE LICITAÇÕES). NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL QUE RECEBEU O ADITAMENTO À DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. ATO

JUDICIAL QUE NÃO TEM CARÁTER DECISÓRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CF). JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. VÍCIO PROCEDIMENTAL. NÃO ADOÇÃO DO RITO INSERIDO NO ART. 100 E SEGUINTE DA LEI 8.666/1993. REFORMA PROCEDIMENTAL. LEI 11.719/2008. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP). ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. I – Conforme jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores, desnecessária a fundamentação do Despacho que recebe a Denúncia, uma vez que não possui caráter decisório. Intuito de evitar a antecipação da análise do mérito. Inaplicabilidade do art. 93, IX, da CF. II – Muito embora a Lei 8.666/1993 disponha, em seu art. 100 e seguintes, sobre rito específico para os crimes nela contidos, com a alteração do CPP inserida pela Lei 11.719/2008, há que prevalecer o entendimento no sentido de que a norma passou a adotar o procedimento comum ordinário. III – Diante da incidência, nesta Justiça Militar da União (JMU), do art. 400 do diploma processual penal comum, plenamente viável a aplicação do CPPM ao crime militar por extensão imputado ao Paciente. IV – Outrossim, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio pas de nullité sans grief. Não comprovado qualquer prejuízo ao Réu pelo Impetrante, impossível o reconhecimento da nulidade. V – Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 7001068-09.2019.7.00.0000.

Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO
LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento:
12/11/2019, Data de Publicação: 29/11/2019)

Ocorre que, com o devido respeito, a razão do julgamento no remédio heroico acima transcrito não deve ser estendida a todos os casos em que se apuram crimes licitatórios, devendo ser promovido verdadeiro "distinguishing", porquanto o Código Penal Militar não prevê regras especiais para tutelar o patrimônio sob a administração militar de infrações penais cometidas durante procedimentos licitatórios, de modo que o critério da especialidade milita, salvo melhor juízo, em favor da Lei 8.666/93, que prevê um procedimento especial (arts. 100 e seguintes) para a persecução dos fatos típicos lá previstos.

Nesse diapasão, não se pode escapar, gize-se, que o Superior Tribunal de Justiça, em verdadeiro "overruling" do entendimento então dominante naquela Corte da Cidadania, e alinhando-se aos vetores estabelecidos pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* 127.900/AM, decidiu pela aplicabilidade do interrogatório ao final da instrução aos crimes tipificados na Lei de Licitações, mas salvaguardando o seu rito especializado (afastando a do procedimento ordinário do CPP comum), *ipsis litteris*:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE CONTRA O PROCESSO LICITATÓRIO. ALEGADA NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP. ADOÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. INTERROGATÓRIO. ART. 104 DA LEI N. 8.666/1993. NOVO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO HC 127.900/AM. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE. ART. 400 DO CPP. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR PRECATÓRIA. NÃO INTERRUÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte havia firmado o entendimento de que "as regras do procedimento comum não derogam diversa previsão de procedimentos regulados por lei especial, em razão do princípio da especialidade" (HC 347.723/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2016). 2. A Lei n. 8.666/1993 estabeleceu rito próprio para o processamento de crimes contra o processo licitatório, determinando no art. 104 que, após o recebimento da denúncia e citado o réu, será realizado o seu interrogatório, não devendo, em tese, incidir o disposto no art. 400 do CPP, que é regra geral. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, concluiu que "a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, (...) o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido

entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas" (RHC 39.287/PB, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017). 4. Hipótese em que, em 26/6/2012, o juízo chamou o feito à ordem para a observância do art. 104 da Lei n. 8.666/1993, determinando-se a realização do interrogatório, como primeiro ato da instrução processual. Seguindo a orientação da Suprema Corte, não há declarar a nulidade do feito, uma vez que a incidência da norma prevista no art. 400 do CPP às ações penais regidas por legislação especial somente ocorre quanto aos atos praticados após a publicação do referido julgado, qual seja, a partir de 3/8/2016, razão por que a nova orientação não se aplica à espécie. 5. "O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a expedição de carta precatória para a inquirição de testemunhas não impede a realização do interrogatório do acusado" (AgRg no AREsp 677.448/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/3/2016). 6. Recurso não provido. (RHC 41.419/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019) (grifos nossos)

Sendo assim, com a devida permissão para discordar dos posicionamentos contrários, a aparente antinomia entre os diplomas legais (CPP x CPPM x Lei de Licitações) resta superada pelo critério da especialidade, devendo prevalecer o regramento próprio para a persecução dos crimes licitatórios (Lei 8.666/93), com os temperamentos do Código de Processo

Penal comum (e não da Lei Adjetiva Castrense), haja vista que não restam dúvidas de que foi essa a intenção do legislador.

6 CONCLUSÃO

Neste ponto, valho-me do seguinte trecho extraído do artigo intitulado “Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar”, de minha autoria, publicado da Revista da ENAJUM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União), *in fine*:

Restou evidenciado que o legislador ordinário, ao alterar o Código Penal Militar, além de estabilizar as discussões jurídicas envolvendo os crimes dolosos contra a vida de civis, consoante parágrafos inseridos no art. 9º, procurou, também, salvaguardar a hierarquia e a disciplina, pois, sabedor dos reflexos que poderiam advir da atuação das Forças Armadas em dias atuais, estabeleceu a competência da Justiça Especializada (conhecidora das peculiaridades da vida na caserna) para processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum e extravagante quando cometidos em circunstâncias especiais.[...]. Entretanto, não se pode perder de vista, evidentemente, que algumas nuances ainda precisam ter suas arestas aparadas. Para isso, deve-se analisar cada caso concreto, pois, neste momento, determinar uma teoria jurídica a ser aplicada, indistintamente,

pode ocasionar o estabelecimento de paradigmas inaplicáveis em algumas situações. Noutro giro, não podemos esquecer que o processo penal militar, conduzido pela Justiça mais antiga deste país, nunca se apartou do respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos e, muito menos, pode ser alcunhada de corporativa, mantendo-se incólume em seu papel constitucional de entregar à sociedade brasileira uma prestação jurisdicional justa e eficaz, e com a celeridade que lhe é peculiar. (ARAUJO, pág. 155) (grifo nosso)

Desse modo, não nos esqueçamos de que o direito penal se encontra em contínua evolução, tanto no campo legislativo, quanto no campo doutrinário, necessitando, então, que seus intérpretes façam as respectivas adaptações hermenêuticas (respeitando-se, evidentemente, os princípios vetores da fragmentariedade e subsidiariedade) para que o convívio social (tutela dos bem jurídicos caros à vida na caserna) reste preservado.

Assim, podemos, guardando-se as devidas proporções, utilizar dos mesmos argumentos interpretativos lecionados no artigo⁸ intitulado: “Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM”, de autoria do Promotor de Justiça Militar

⁸ *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

Fernando Hugo Miranda Teles, publicado na Revista do Ministério Público Militar, quando de seus esclarecimentos sobre a finalidade de defender a sociedade da proteção deficiente fornecida pelo Estado, *in verbis*:

Atualmente, a sociedade se vê refém do crime organizado, patrocinado e protegido em grande parte pelo tráfico ilícito de entorpecentes e outras práticas deletérias (tráfico de armas de fogo, lavagem de bens e valores, corrupção e crimes contra a Administração Pública de um modo geral). A grande vítima é o cidadão, que tem sua liberdade e segurança violadas muitas vezes em seu núcleo essencial (cidadãos que não podem sair de casa para não correrem o risco de serem vitimados por tiroteios entre integrantes de facções criminosas, pontos das metrópoles onde o Estado é inteiramente ausente e impera o poder paralelo das organizações criminosas, que permite que a prática da extorsão, da ameaça e dos homicídios seja algo comum, entre outras situações). Nesses casos, o Estado tem o dever de atuar, tanto na esfera legislativa, quanto na judicial e na administrativa. Nesse azimute, o que se pretende neste trabalho é firmar o entendimento de que, nesses casos mais graves, em que há o envolvimento de tráfico ilícito de entorpecentes, de homicídios decorrentes de grupos de extermínios ou contra agentes estatais, de latrocínios e de crimes contra a Administração Pública (principalmente Peculato, Concussão e Corrupção Ativa e Passiva, que corroem as políticas públicas e os valores a elas associados), o Estado tem o dever de criar políticas diferenciadas, tanto no campo legislativo, quanto no campo hermenêutico, a fim de assegurar que

os sujeitos ativos desses delitos sejam punidos eficazmente. Especificamente no caso do Direito Penal Militar, ramo jurídico objeto contumaz de omissão estatal do Legislativo, existem algumas hipóteses que carecem de “ajuste hermenêutico” ou alteração da redação. O Legislativo brasileiro, nas alterações que promove no Código Penal e na legislação comum extravagante, raramente se recorda que existe um diploma penal militar, cuja importância é fundamental na manutenção da “sanidade” moral e disciplinar das Forças Armadas, bem como prevenindo que civis pratiquem crimes militares. (TELES, 2015, p. 111-112.) (grifos nossos)

Em assim sendo, deve-se enfatizar que o processo penal militar conduzido pela Justiça mais antiga deste país (seja utilizando as regras do CPM, da legislação extravagante, do CP, do CPPM, ou do CPP), sempre se pautará na busca incessante de salvaguardar o arcabouço lógico-jurídico estabelecido na Carta Magna, de modo a proteger os direitos e garantias individuais do cidadão, mas também, a evitar uma proteção deficiente de bens jurídicos que são fundamentais para a conservação de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se está a falar no cometimento de crimes que violam a moralidade administrativa como os crimes licitatórios.

REFERÊNCIAS

ALVES, V. F. R. Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

ARAUJO, W. P. Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar. *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União*. Ano 1, n. 1 (jun.2018). Brasília/DF.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF.
Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Portal da Legislação, Brasília.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. Projeto de Lei nº 100/2019. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707476&filename=PL+100/2019 . Acesso em: 28 ago. 2020.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal: volume único*. – 6. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodium, 2018.

NETO, L. O. R. A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – Vol. 27, n. 2 (jan./jun. 2018). – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018.

ROTH, R. J. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17), in *Revista Direito Militar* nº 126, Florianópolis: AMAJME, 2017.

TELES, F. H. M. Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.