

RECURSO ESPECIAL Nº 914.061 - SP (2007/0000115-6)

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, contra v. acórdão prolatado pela c. Primeira Turma do e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Eis a ementa do v. acórdão atacado:

*"1. Habeas corpus impetrado pela Advocacia Geral da União, objetivando trancar ação penal movida pelo Ministério Público Federal contra diversos co-réus, entre eles militares, inclusive Oficiais Gerais, dando-os como incurso no artigo 89 da Lei nº 8.666/93. Alegações de competência absoluta da Justiça Militar, foro privilegiado perante o Superior Tribunal Militar, ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, e ausência de justa causa para ação penal, por atipicidade das condutas e ausência de dolo.*

*2. Preliminar de não conhecimento da impetração em relação aos pacientes civis, arguída pelo Ministério Público Federal, por ilegitimidade ativa da AGU, que se rejeita, uma vez que o habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, nos termos do artigo 654 do Código de Processo Penal. Assim, ainda que se considere que a defesa dos particulares não se inclui nas atribuições da AGU, tal conclusão não pode levar ao não conhecimento da impetração.*

*3. Denúncia que imputa aos pacientes a celebração de contratos, e posterior prorrogação, sem licitação, ou com declaração de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais, de empresa de prestação de serviços médicos, com recursos do FUSEx - Fundo de Saúde do Exército. Atos praticados por autoridades militares, no exercício de suas atividades administrativas, e portanto em detrimento, em tese, da Administração Militar.*

*4. Improcedência da alegação de enquadramento da conduta imputadas aos pacientes nos artigos 328 ou 339 do Código Penal Militar, já que tais delitos pressupõem, para a sua ocorrência, a existência de procedimento licitatório em andamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar.*

*5. Conduta que se enquadra, em tese, no artigo 324 do Código Penal Militar, que não foi revogado pelo artigo 89 da Lei nº 8.666/93, porque este último diploma legal, embora seja especial em relação ao Código Penal, não pode ser considerado especial em relação ao Código Penal Militar, que tutela especificamente a Administração Militar.*

*6. Prevalência da interpretação lógico-sistemática, a fim de evitar que a situação incongruente de se considerar, em tese, crime militar*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*impróprio a fraude contra a concorrência de interesse da Administração Militar (artigo 328 do CPM), mas não a indevida declaração de inexigibilidade de licitação também de interesse da mesma Administração Militar.*

*7. Incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal contra os pacientes, a implicar na remessa dos autos ao Juízo competente, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal, e não no trancamento da ação.*

*8. Competência do Superior Tribunal Militar, nos termos do artigo 6º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 8.457/92, em razão da presença no feito de Oficiais Gerais do Exército Brasileiro.*

*9. Ordem concedida em parte" (fls. 314/315).*

Depreende-se dos autos que Grimário Nobre de Oliveira, Francisco José da Silva Fernandes, Fernando Salzano, Guilherme Luiz Bortoletto, Marcelo de Holanda Montenegro e Antonio Julio Soares da Costa **foram denunciados como incurso, os três primeiros, nas sanções do art. 89 da Lei nº 8.666/73 e os outros três, nas sanções do art. 89 (duas vezes) e 92, do mesmo diploma legal.**

A Advocacia Geral da União, tendo em vista o recebimento da exordial acusatória, impetrou **habeas corpus** em favor dos denunciados alegando, em síntese, a incompetência da Justiça Comum Federal para julgar o feito, ao argumento de que se trataria, na hipótese, de crime militar. Sustentou ainda que a competência para o julgamento da causa seria do e. Superior Tribunal Militar uma vez que os acusados Grimário e Francisco seriam Oficiais-Generais. Por conseguinte, suscitou a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para promover a ação penal. Por fim, apontou a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

**A ordem foi parcialmente concedida a fim de reconhecer a incompetência da Justiça Comum Federal, por se tratar, no caso, de crime militar, e determinar a remessa dos autos ao e. Superior Tribunal Militar.**

Daí o presente recurso especial no qual o **Parquet** alega violação aos arts. 89 e 92 da Lei nº 8.666/93. Para tanto sustenta que os crimes imputados aos denunciados não seriam crimes militares, mas sim aqueles previstos na Lei nº 8.666/93, Aponta que as condutas narradas na exordial não guardariam correlação com as hipóteses delineadas no art. 9º do CPM. Alega que o bem jurídico tutelado no art. 324 do CPM é distinto da hipótese em que, em tese, se verifica fraude ao procedimento licitatório. Asseveram, ainda, que "*num cotejo analítico dos elementos constitutivos dos tipos, outra inferência não é possível extrair senão a de que os*

# Superior Tribunal de Justiça

*tipos da Lei de Licitação são bastante mais específicos do que o do Código Penal Militar, incidindo o princípio da especialidade no caso em tela. Em outras palavras, há um concurso aparente de normas, que se resolve a partir da justa aplicação do princípio da especialidade" (fl. 335). Nessa linha advoga a tese de que o "artigo 324 do Código Penal Militar, na verdade, destina-se a abranger pequenas infrações não previstas na legislação militar. Trata-se de crime de natureza tipicamente militar" (fl. 336). De outro lado pugna seja aplicado aqui o mesmo entendimento que motivou a edição da Súmula 172 desta Corte em relação ao crime de abuso de autoridade praticado por militar ainda que em serviço. Por fim, sustenta que "todos os atos praticados pelos militares, em si, não refletem o exercício próprio da função militar ou afim" (fl. 342). Em suma, finaliza ressaltando que "a conclusão possível é a de que todas as condutas narradas na denúncia, ainda que tenham atingido o patrimônio do Fundo de Saúde do Exército - FUSEX, considerado patrimônio militar, e tenham sido praticadas por militares, ajustam-se perfeitamente aos delitos tipificados nos arts.89 e 92 da Lei de Licitações, que não encontram figura afim no Código Penal Militar, não podendo, portanto, ser considerados crimes militares, tal como classificado pela decisão ora guerreada, que merece ser reformada " (fl. 346).*

Contra-razões às fls. 395/432.

A d. Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso em parecer que restou assim ementado:

*"EMENTA:- Recurso especial. Crimes contra a Administração Pública, a proibidade administrativa e aos deveres objetivos previstos na Lei 8666/93. Inobservância de regras da Lei de licitações. Condutas dolosas. Inexistência de previsão equivalente no Código Penal Militar. Artigo 324 do CPM: crime punido apenas em sua forma culposa, inexistência de co-relação entre as elementares vislumbradas no caso concreto: bem jurídico distinto. Impossibilidade de aplicação do artigo 324 à espécie. Competência da Justiça Federal para o processamento do feito. Promoção pelo provimento do recurso" (fl. 478).*

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 914.061 - SP (2007/0000115-6)

**EMENTA**

PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR. CRITÉRIO. ESPECIALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DISTINÇÃO.

I - Para a verificação da ocorrência de crime militar deve-se atentar para o **critério da especialidade**, porquanto o **Direito Penal Militar é especial em relação do Direito Penal Comum**, esteja ele previsto no Código Penal, ou em lei extravagante. Dessa forma, plausível, **em tese**, a adequação típica das condutas no CPM.

II - **Em princípio**, se os fatos descritos na denúncia se referem a condutas, **em tese**, praticadas por oficiais das Forças Armadas (dentre eles militares da ativa) **contra o patrimônio militar, sob a administração militar**, a avaliação criminal deve ficar a cargo da Justiça Castrense.

III - Importante destacar que não há que se confundir a competência da **Justiça Militar Estadual** com a competência da **Justiça Militar Federal**. A primeira está prevista no **art. 125, § 4º da Constituição Federal**. Por sua vez, a competência da Justiça Militar Federal encontra-se regulada no **art. 124 da Lex Fundamental**. Vale destacar que a **Justiça Militar Estadual** tem competência para julgar **apenas** crimes militares praticados por militares dos Estados: policiais militares e bombeiros militares. À **Justiça Militar Federal** compete "*julgar os crimes militares (federalis), sejam praticados por militares das Forças Armadas ou por civis*" (**Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis"**, 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 494). Esta última, a hipótese dos autos.

Recurso especial desprovido.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Cinge-se a controvérsia, no presente caso, na verificação da possível ocorrência ou não de crime militar, o que, por conseguinte, fixaria a competência para o julgamento do processo-crime instaurado contra os recorridos.

# Superior Tribunal de Justiça

O e. Tribunal de origem, ao julgar **habeas corpus** e conceder parcialmente a ordem, concluiu que na hipótese, tratar-se-ia, em tese, de crime militar, previsto no art. 324 do CPM.

O recorrente, por sua vez, sustenta que a conduta atribuída aos recorridos caracterizaria **crime comum descrito na Lei nº 8.666/93**.

Tenho que a orientação firmada pelo e. Tribunal de origem deve ser aqui mantida.

É que, pelo **critério da especialidade**, prevista a conduta dos recorridos no CPM, este deve ser aplicado, e não os dispositivos da **Lei nº 8.666/93**.

Reproduzo, inicialmente, trecho de artigo "**A Lei 9.099/95 e o Direito Penal Militar**" no qual abordei essa **polêmica questão da aplicação do princípio da especialidade**:

*"Não se deve olvidar que, em nosso ordenamento jurídico (alguns países não possuem CPM), o Direito Penal Militar é Direito Penal especial. Ao contrário da legislação penal complementar ou extravagante (v.g., os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, os delitos previstos na Lei de Tóxicos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.), não poucas vezes inadequadamente, denominada de especial ou de avulsa, e, em relação a qual, tem aplicação o disposto no art. 12 do Código Penal, porquanto normas de Direito Penal Comum (o Código Penal funciona, aí, como Direito Penal Fundamental), a legislação penal militar compõe o Direito Penal Especial. É *ius singulari* e não mero *ius privilegium*, apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio (fortemente calcado, o Direito Penal Militar, nos aspectos pertinentes à disciplina, à hierarquia, ao bom funcionamento das atividades militares e, de certa forma, à segurança do Estado) mesmo que não totalmente desvinculado da missão e da natureza do que deve ser o moderno Direito Penal. Tem ampla estruturação legal (o CPM tem parte geral diferenciada da legislação penal comum), destacando-se, de imediato, como ponto de partida, a preocupação basilar com a **ofensa a especiais deveres**, tendo em consideração, no dizer de **JORGE ALBERTO ROMEIRO**, a qualidade da pessoa culpada da violação. **HELENO C. FRAGOSO** tem-no como especial visto que se "aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação em que se acham". Na lição de **ASÚA**, "en todos los países, por razón de la especialidad de las personas y de la materia, y por necesidad jerárquica y disciplinar, se han dictado Códigos Penales Militares" e que "el rasgo más típico que se asigna al Derecho punitivo del Ejército de Tierra, Mar y Aire es una mayor severidad que la que la impera en el*

# Superior Tribunal de Justiça

*Derecho común, oriunda de las exigencias de odediencia y disciplina". ZAFFARONI ensina "que el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal "común" u "ordinario " es el derecho penal militar, que puede ser considerado um "derecho penal especial", en el sentido de que modifica algunos principios generales que contraria el código penal, de acuerdo a la particular función tutelar que cumple, es decir, autónomo en cuanto a la especial naturaleza de su tutela y dei estado militar de los autores, pero basicamente de carácter penal ". E, guardadas certas peculiaridades do direito alemão, o carácter especial do DP Militar é destacado por MAURACH para quem "el más importante derecho penal especial es el militar ".*

*Dessarte, mesmo que haja, com conseqüências jurídicas de destaque, diferença entre crimes propriamente militares e crimes imprópria ou acidentalmente militares (v.g. arts. 5º, inciso LXI da Carta Magna e 64, inciso II do CP), o fato é que, entre nós, adotou-se, para definição do delito militar, o critério **ratione legis** (art. 124 da **Lex Maxima**). Reconhecido, como tal, o evento recebe a valoração própria e específica estabelecida no DPM. Aplica-se, daí, na lição de **JORGE ALBERTO ROMEIRO**, o velho e basilar princípio **lex specialis derogat lex generali**, ou seja, "as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum que não as derroga nem ab-roga ". **Pretório Excelso**, mais de uma vez, já deixou claro este entendimento (STF: RT 682/398, DJU de 19/03/93 p. 4280 e RTJ 116/541). Não fosse assim, teríamos por conclusão que grande parcela da parte geral do CPM, estaria revogada desde o advento da Lei 7.209/84 (com várias normas penais mais brandas).*

*Por outro lado, a distinção, preconizada por parte da doutrina, entre DP comum e DP especial, em razão do órgão de aplicação jurisdicional não acarreta qualquer conseqüência prática de realce. O DP seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos, inútil (v.g., nos Estados que não possuem Tribunal de Justiça Militar, o DPM seria especial em primeiro grau e comum em segundo grau...).*

*Na realidade, o CPM. é fundamental em relação à legislação penal militar complementar (art.17, 1ª parte do CPM), assim como o CP comum é fundamental em relação à legislação penal comum complementar (art. 12 do CP). Só, ex hypothesis, a falta de ampla sistematização e estruturação legal é que poderia levar à uma conclusão diferente ou à uma abordagem diversa para caracterizar o direito substantivo penal*

# Superior Tribunal de Justiça

castrense." (na obra coletiva "**Lei dos Juizados Especiais Criminais**", 2ª edição, Curitiba: Editora Juruá, 2001, p.114/116)

Assim, seguindo esta linha, constando na parte especial do Código Penal Militar ou em eventual legislação penal militar extravagante, tipo correspondente à conduta narrada na denúncia, por aplicação do **critério da especialidade**, estar-se-á diante de crime militar (crime militar próprio) e, tratando-se de crime militar impróprio, necessária ainda será a análise do art. 9º da Lei Castrense. Na hipótese, consta do **vergado acórdão** que "*a peça acusatória imputa, a cada um dos pacientes, a participação na contratação, pelo Fundo de Saúde do Exército - FUSEX, da empresa Centro Integrado da Visão S/C Ltda., para a prestação de serviços médicos de oftalmologia, no período de 12/04/2000 a 11/04/2001, posteriormente prorrogado até 11/04/2002, sem que tenha sido precedida de licitação, ou de demonstração da inexigibilidade ou dispensa; bem como de que houve nova contratação, para o período de 01/12/2002 a 30/11/2003, com injustificada alegação de inexigibilidade de licitação para a contratação, que seria ademais desnecessária diante da capacidade do Hospital Geral de São Paulo de atender a demanda dos referidos serviços*" (fl. 308).

Mais adiante restou consignado: "*Não há os autos dúvida de que os atos foram praticados, em tese, em detrimento da administração militar, já que os contratos em questão envolviam recursos do Fundo de Saúde do Exército - FUSEX, e foram celebrados por autoridades militares, no exercício de suas atividades administrativas*" (g.a.)(fl. 308).

Ante este quadro, algumas premissas devem ser registradas. Primeiro, a **conduta em tese delituosa atribuída aos recorridos foi praticada, dentre outros, por militares da ativa**. Segundo, essa **conduta se deu no exercício de função administrativa militar, pois teria sido, ex hypothesis, indevidamente dispensado o procedimento de licitação para a celebração de contrato custeado com fundos provenientes do Fundo de Saúde do Exército que, naturalmente, se encontrava sob a administração militar**. Esta Corte, a propósito, julgando conflito de competência, assim decidiu:

**"CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. CONFLITO CONHECIDO.**

**I. Hipótese em que Coronel do Exército Brasileiro, na qualidade de Diretor do Hospital de Guarnição de Uruguaiana/RS, teria se apropriado de montantes de dinheiro remetidos pelo Fundo de Saúde do Exército - FUSEX - para o pagamento de despesas médicas efetuadas pela**

# Superior Tribunal de Justiça

*instituição.*

*II. Considera-se crime militar o delito previsto no Código Penal e no Código Penal Militar praticado por militar em situação de atividade contra o patrimônio sob a administração militar, ex vi, do art. 9º, II, "e", do Código Penal Militar.*

*III. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM em Bagé/RS, o suscitado." (g.a.)*

(CC 48014/RS, 3ª Seção, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJ de 08/06/2005)

Assim, não merece relevo a argumentação segundo a qual a atividade militar administrativa por não se revestir na atividade fim militar, desmereceria a tutela penal do Direito Castrense pois, a perfilhar essa orientação, em época de paz, dificilmente a atividade fim iria surgir e, no entanto, **a administração militar é função permanente. Isto, por sinal, é um fenômeno quase universal!** E não é só! **Mais da metade das incriminações previstas no CPM não teriam qualquer utilidade prática se eles tivessem que se ater à atividade fim militar.**

Dessa forma, pelos elementos até aqui colhidos e pelo que consta no v. acórdão atacado, pode-se concluir tratar-se, **in casu**, de **crime cometido por militar contra patrimônio militar no exercício da administração militar** (art. 9º, II, alínea e, do CPM). Neste ponto, vale frisar que *"o patrimônio sob administração militar não é somente o complexo de bens pertencentes às instituições militares, mas quaisquer bens que estejam legalmente sob sua administração..."* (g.n.) (**Ione de Souza Cruz e Claudio Amim Miguel in "Elementos de Direito Penal Militar - Parte Geral"**, Rio de Janeiro:2005, p.46)

A única indagação que remanesce, portanto, é verificar se a conduta narrada na denúncia encontra previsão na legislação castrense, pois *"a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que uma conduta, para ser crime militar, seja propriamente ou impropriamente militar, deve estar prevista num dispositivo da Parte Especial do CPM..."* (g.n.) (**Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis"**, 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 476).

No presente caso, conforme entendeu o e. Tribunal **a quo**, há previsão na legislação castrense para a conduta imputada aos recorridos. A e. Corte de origem indicou, no caso, como sendo o tipo inserto no art. 324 do CPM, **litteris**:

*"Art. 324. Deixar no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar.*

*Pena - Se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se*

# Superior Tribunal de Justiça

*por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a uma ano."*

De outro lado, examinando precedente oriundo do e. **Superior Tribunal Militar**, em feito onde se analisava conduta de **militar da ativa** em que houve a contratação de determinado serviço **sem o prévio procedimento licitatório**, nota-se que aquele Sodalício entendeu configurado, ao menos em tese, o crime de peculato (art. 303 do CPM). A propósito, confira-se a ementa do referido julgado:

*"RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PECULATO.*

*1. A contratação de empresa cuja sócia-gerente é esposa de oficial, mediante dispensa de licitação, com indícios de superfaturamento e realização de serviços contratados pelos próprios militares da organização configura, em tese, o crime de peculato.*

*2.(...)*

*3.(...)*

*4.Recurso Ministerial provido para, desconstuindo a decisão hostilizada, receber a denúncia e determinar a baixa dos autos ao juízo de origem para o prosseguimento do feito. decisão unânime." (g.a.)*

*(Recurso criminal (FO) nº 2003.01.007056-2/RS, Rel. Min. **Flavio Flores da Cunha Bierrenbach**, DJ de 02/06/2003).*

Isso tudo a evidenciar que os fatos narrados na denúncia **podem encontrar previsão na legislação castrense**, o que faz atrair a competência desta Justiça Especializada. Em outras palavras, permite-se concluir que a conduta objeto de apuração na ação penal instaurada encontra-se regulada da legislação castrense. Basta, para tanto, analisar o título VII do CPM (**Dos crimes contra a administração militar**). **Não há, em tese, vazio de incriminação no campo penal militar!** De outro lado, a eventual adequação típica específica deve ficar a cargo do **Ministério Público Militar, titular da opinio delicti**. De qualquer forma, penso que a **persecutio criminis** na esfera da Justiça Comum Federal realizou-se de forma precipitada. É evidente, é natural que as incriminações militares são peculiares e por vezes podem exigir o recurso à **interpretação histórico-evolutiva (cf. H.C. Fragoso)**. Todavia, inexistindo um **vácuo no campo da incriminação**, o mero tratamento diferenciado não tem o condão de deslocar a competência. Caso contrário, na práxis, teríamos um constante caos e polêmicas infundáveis dada a frequente **ausência de justaposição** exata entre as figuras típicas das legislações comum e especial (Castrense).

Neste contexto, a corroborar o entendimento aqui firmado, vale transcrever o

# Superior Tribunal de Justiça

seguinte excerto do voto condutor do reprochado acórdão, **verbis**:

*"A prevalecer a interpretação sustentada pelo Ministério Público Federal, teríamos que admitir situações absolutamente incongruentes do ponto de vista lógico-sistemático. Embora isso não se afigure no caso dos autos, para ilustrar o raciocínio, formulo as seguintes hipóteses que eventualmente poderiam ocorrer: a) caso a licitação tenha ocorrido, e impute-se fraude, a competência seria da Justiça Militar (artigos 328 ou 339 do CPM), mas se a licitação não ocorreu porque foi ilegalmente declarada inexigível, a competência não seria da Justiça Militar (art. 89 da Lei 8.666/93); b) caso o administrador militar dispense a licitação ilegalmente, sem receber qualquer vantagem, a competência não seria da Justiça Militar (art. 89 da Lei 8.666/93), mas se para tanto recebeu vantagem indevida, a competência seria da Justiça Militar (art.308 do CPM)" (g.n.) (fl. 312)*

**Por fim**, importante destacar que não há que se confundir a competência da Justiça Militar Estadual com a competência da Justiça Militar Federal. A primeira está prevista no **art. 125, § 4º da Constituição Federal**. Por sua vez, a competência da Justiça Militar Federal encontra-se regulada no **art. 124 da Lex Fundamental**. Vale destacar que a Justiça Militar Estadual tem competência para julgar **apenas** crimes militares praticados por militares dos Estados: policiais militares e bombeiros militares. À Justiça Militar Federal compete "*julgar os crimes militares (federais), sejam praticados por militares das Forças Armadas ou por civis*" (**Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis"**, 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 494). Esta última, a hipótese dos autos.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial**.

É o voto.