ISSN 0104-0952

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 22
Números 1-2
Janeiro/setembro - 2013

REVISTA DE DOUTRINA
E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 22
Números 1-2
Jan.–set. 2013

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

Editor: Diretoria de Documentação e Divulgação
Setor de Autarquias Sul, Praça dos Tribunais Superiores
Edifício-Sede do Superior Tribunal Militar, 10º andar
70098-900 – Brasília-DF
Telefone: (61) 3313-9200
Fax: (61) 3313-9511
E-mail: didoc@stm.jus.br

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
We ask for exchange.
Si richiede lo scambio.

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. — Vol. 22, n. 1/2 (jan./set. 2013) - . — Brasília: Superior Tribunal Militar, Comissão de Jurisprudência, 2013.
v. ; 21 cm.

Irregular.
Continuação de: Jurisprudência do Superior Tribunal Militar.
ISSN 0104-0952

1. Direito Militar. 2. Justiça Militar. I. Superior Tribunal Militar. II. Comissão de Jurisprudência.

CDU 344.1/.3(81)(05)

Capa, formatação e impressão: DIDOC/SEDIV/SEREP
Revisão: DIDOC/SEDIV
Ficha Catalográfica: DIDOC/SEBIB
Índice de Assunto: DIDOC/SEBIB

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2013

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto
(Presidente – Até 15/3/2013)

Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho
(Presidente – A partir de 15/3/2013)

Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
(Vice-Presidente – Até 15/3/2013)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
(Vice-Presidente – A partir de 15/3/2013)

Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares
(Aposentado em 18/6/2013)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Aditamento à Ata da 17ª Sessão de Julgamento, em 19/3/2013
Expediente Administrativo nº 7/13, de 19/3/2013

Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos *(Presidente)*
Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos *(Membro)*
Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos *(Membro)*
Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes *(Suplente)*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

DOUTRINA

A Justiça Militar da União 15
Ten Brig Ar Cherubim Rosa Filho

A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988 20
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

A Justiça Militar – no Brasil e no Mundo 37
Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Crime Militar de Deserção: As Condições de Procedibilidade e de Prosseguibilidade 41
Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Crime de Deserção. Civil. Condição de Procedibilidade. 54
Dr. Célio Lobão

JURISPRUDÊNCIA

APELAÇÃO

2-60.2008.7.01.0101-RJ 67
Relator – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho

28-90.2011.7.03.0103-RS 78
Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior

37-87.2008.7.12.0012-AM 89
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

44-46.2007.7.01.0101-RJ 115
Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior

60-86.2011.7.03.0203-RS 140
Revisor e Relator p/ o Acórdão – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

72-63.2011.7.01.0201-RJ 167
Relator – Alte Esq Marcos Martins Torres

78-27.2012.7.01.0301-RJ 181
Relator – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho

83-64.2011.7.09.0009-MS 195
Relator – Ten Brig Ar José Américo dos Santos

84-77.2011.7.01.0201-RJ 203
Relator – Ten Brig Ar José Américo dos Santos

87-48.2010.7.01.0401-RJ 226
Revisor e Relator p/ o Acórdão – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

95-44.2012.7.09.0009-MS 251
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

112-82.2011.7.03.0203-RS 261
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

117-70.2012.7.03.0203-RS 276
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

129-83.2011.7.08.0008-PA 285
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

183-79.2011.7.07.0007-PE 309
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

203-47.2011.7.11.0011-DF 337
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

232-07.2010.7.01.0401-RJ 353
Revisor e Relator p/ o Acórdão – Alte Esq Marcos Martins Torres

242-64.2010.7.05.0005-PR 398
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

EMBARGOS

63-18.2008.7.11.0011-DF 417
Revisor e Relator p/ o Acórdão – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

HABEAS CORPUS

30-91.2013.7.00.0000-RS 447
Relator – Alte Esq Marcos Martins Torres

45-60.2013.7.00.0000-RJ 466
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

72-43.2013.7.00.0000-AM 498
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

153-89.2013.7.00.0000-AM 506
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

53-65.2013.7.12.0012-AM 515
Relator p/ o Acórdão – Dr. José Coêlho Ferreira

103-06.2013.7.01.0301-RJ 528
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

274-22.2011.7.01.0401-RJ 536
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

REVISÃO CRIMINAL

75-03.2010.7.00.0000-SP 563
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

87-12.2013.7.00.0000-RJ 592
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

ÍNDICE DE ASSUNTO 605

Apresentação

Com a edição do volume 22 da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, referente aos acórdãos de janeiro a setembro de 2013 desta Corte, a Comissão de Jurisprudência atinge a meta propugnada de difusão, também, de doutrina referente à Justiça Militar da União (JMU).

Tal êxito somente foi alcançado graças ao esforço e motivação dos Ministros integrantes da mencionada Comissão e da equipe da Diretoria de Documentação e Divulgação (DIDOC) desta colenda Corte.

Os artigos relacionados à JMU foram colaboração: do sempre Ministro Cherubim Rosa Filho, que faz uma exposição histórica e atual da relação entre as Forças Armadas e a Justiça Militar da União; da eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que contextualiza a JMU perante a Constituição Federal de 1988 ("Constituição Cidadã"); do nobre Ministro José Américo dos Santos, que faz uma exposição sucinta da Justiça Militar no Brasil e no Mundo; do ilustre Ministro Artur Vidigal de Oliveira e do insigne Juiz-Auditor Corregedor (Aposentado) Dr. Célio Lobão, que dissertam sobre o crime militar de deserção, ora divergindo, ora convergindo em suas exposições.

Novamente, a Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a acessar outros julgados que estão disponíveis no sítio do STM, bastando acessar o endereço eletrônico: www.stm.jus.br/jurisprudencia. Nesse ensejo, aproveita e noticia que os exemplares das publicações de 1992 a 2012 já estão disponíveis no sítio www.stm.jus.br/publicacoes.

Comissão de Jurisprudência

DOUTRINA

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Cherubim Rosa Filho[1]

"Para encontrar a justiça, é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta àquelas que nela creem.".

Calamandrei

Todas as instituições, periodicamente, são submetidas a desafios: **quando** e **como** são eles contestados pode torná-las mais sólidas, mais frágeis ou mesmo sucumbirem. Com a Justiça Militar da União não tem sido diferente, pois desde sua criação, inicialmente, como Conselho Supremo Militar e de Justiça, por várias vezes, tentaram a sua extinção.

A primeira tentativa foi em 1827, através de um Projeto de Lei da lavra do Deputado Varghagen. Por volta de 1850, tendo em vista as disparidades das decisões das Juntas Militares, houve tentativa de extingui-las o que de fato se concretizou em 1867.

Na Constituinte de 87/88, havia essa ideia, bem como na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, criada em 1999, para Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45, presidida pelo Deputado Aloizio Nunes Ferreira). Nessa Comissão, havia a intenção de extinguir todos os 3 Tribunais Especiais. A sub-relatora para o STM foi a Deputada Zulaiê Cobra. Após apresentação, em audiência pública, do Presidente do STM, a situação foi revertida pela manutenção da Justiça Militar da União, apenas diminuindo o número de Ministros. Em 12 de setembro de 2005, foi criada uma Comissão Especial para a PEC 358/05 e designado relator o Deputado Paes Landim, que compareceu ao STM a fim de, junto ao presidente deste tribunal, esclarecer alguns pontos da PEC.

Felizmente, nenhuma daquelas tentativas prosperou. Prevaleceu o bom senso. O que teria impedido que todas elas não prosperassem?

Vejamos.

Como Conselho Supremo Militar e de Justiça, era **presidido** pelos mandatários D. João, D. Pedro I, D. Pedro II, Deodoro e Floriano Peixoto. Quando o Conselho foi, na República, transformado em Tribunal, deveria ter sido inserido no Poder Judiciário, mas isso não aconteceu.

---

[1] Tenente-Brigadeiro do Ar. Ministro do Superior Tribunal Militar – Aposentado.

Verificando essa omissão, o Deputado Estevam Lobo apresentou, em 1906, um Projeto de Lei ao Congresso Nacional, para incluir o STM no Poder Judiciário, arrimando sua pretensão nas raízes históricas desta Justiça Especializada. Nessa mesma linha de raciocínio, Rui Barbosa, em uma análise sobre a CF 1891, em 1911, publicada na Revista do STF – abril/julho de 1914, alertava *"ora, embora dos juízes militares se trata ali de outro título, este fato, onde se não pode ver senão um defeito acidental, de método de distribuição dos assuntos, não tira dos juízes militares o caráter inerente a sua magistratura de membros do Poder Judiciário da União"*.

Em 9 de julho de 1918, o Deputado Federal Octávio Rocha apresentou um Projeto de Lei (PL) que rezava:

> *"Considerando que não só pelo Poder Legislativo, como pelo Supremo Tribunal Federal, sem a menor contestação é e* ***não pode deixar de ser reconhecido o Supremo Tribunal Militar como parte integrante do Poder Judiciário da União****, e, assim (...), pelo princípio constitucional (...)"*[2] (Grifo nosso).

Entretanto, somente na Constituição Federal de 16 de julho de 1934, a Corte Castrense foi retirada do Poder Executivo, onde fora inserida desde sua criação, em abril de 1808, passando a integrar o Poder Judiciário. Acresce, ainda, a manutenção do **Escabinato** em toda a sua existência, cuja origem data de 1777.

A Justiça Militar da União é a mais "civilista" de todas as demais existentes no mundo atual. Com um efetivo de 800 integrantes, todos civis concursados; de 54 magistrados ativos, 44 são civis, e apenas 10 ministros militares; o Ministério Público Militar e a Defensoria são compostos totalmente de civis; nos Conselhos, os militares são juízes temporários. Verificamos, portanto, que, no seu universo, a maioria esmagadora é de civil.

Ser contra ou a favor de uma Justiça Militar é uma opção muito simplista. Normalmente aqueles que são contrários a sua existência, buscam **demonizá-la** enaltecendo a Justiça Comum, como se esta fosse perfeita – sem mácula! Outros há que são apenas favoráveis em tempo de Guerra. Acontece que desde a II Guerra Mundial não tem havido guerra, como era entendida no passado, cujo ritual rezava: retirada do Embaixa-

---

[2] BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da 35ª Sessão, de 9 de julho de 1918. *Annaes da Câmara*, Rio de Janeiro, p. 294, 1918.

dor; rompimento de relações diplomáticas; declaração de guerra e estado de guerra etc. (estabelecidos em Convenções e Tratados). O que existe hoje são **conflitos armados**.

Acresce, ainda, o surgimento do **terrorismo**, em todo seu espectro de atuação, cujos efeitos bem conhecemos, embora, até hoje, não haja uma definição satisfatória para esse tipo de ato. Não há como definir um delito típico, em que a posição da lei tem que ser absolutamente clara; devemos dar indicação para a redação da lei penal a respeito. Se todo o território nacional se transforma em área passiva de ataque, é evidente que, por toda a parte nesse território, pode estar presente o **terrorista**, interessado em valorizar, com eficácia, sua missão destruidora; **desaparece a distinção entre militares e civis (combatentes e não combatentes)**. Há necessidade de instrumentos jurídicos eficazes, de prevenção e repressão, aos que integrados com propósitos os mais diversos (ideológicos, religiosos, políticos, étnicos, separatistas etc.), cujos fins justificam os meios. Procuram **atacar (agir), dentro do território nacional**, as Instituições, a população, as forças espirituais e morais, de que o Estado necessita para evitar e combater o terrorismo.

O último documento[3] elaborado, em 2006, pelo relator especial da antiga Subcomissão de Proteção dos Direitos Humanos, da ONU, o francês Sr. Emmanuel Decaux, entregue em 13 de junho de 2006 à Comissão dos Direitos Humanos (Conselho de Direitos Humanos), parte da constatação de que a Justiça Militar existe em muitos países, prevista pela Constituição ou por lei: *"a justiça militar deve integrar o Sistema Judiciário e dever ser submetida às exigências de competência, independência e imparcialidade próximas à Justiça Comum, para que ela mereça o nome de justiça"*.

Cabe destacar, dentre tantos, um caso que bem diz o papel da Corte Maior militar na distribuição de justiça. No dia 13 de dezembro de 1969, a conjuntura nacional levou o poder constituído a baixar o Ato Institucional nº 5, cujo artigo 10 estampava a suspensão da garantia individual do ***Habeas Corpus*** *"(...) nos casos dos crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular"*. Estava, pois, suspensa a garantia individual do ***Habeas Corpus***. O Superior

---

[3] Palestra *"Jurisdições militares em face das exigências do Direito Internacional"*, proferida no VII Seminário de Direito Militar (17 a 19 de outubro de 2007) pela Sra. Kathia Martins-Chenut – Doutora em Direito pela Universidade de Paris Panthéon-Sorbonne.

Tribunal Militar, em um posicionamento independente para aquela época, passando a examinar as alegações de coação ao direito de liberdade dos cidadãos que junto a ele postulavam, através de uma construção processual, usou um instrumento constitucional então vigente: **o direito de petição**.

Como petição, portanto, e não como ***Habeas Corpus***, cuja garantia se encontrava suspensa, o Tribunal propiciou o exame de inúmeros casos, devolvendo a plenitude do direito de liberdade a cidadãos atingidos pelos que, à época, restringiram esse direito, impulsionados por motivos que somente ao tribunal da História caberá julgar.

O que importa é verificar o seu desempenho através dos tempos. Justiça esta cuja história se mescla com a própria história do Brasil, tendo demonstrado, nos momentos mais difíceis de nossa política, serenidade, prudência e equilíbrio. As tradições liberais da Justiça Militar Brasileira não têm paralelo em qualquer outro país.

A Justiça Militar, em tempo de paz, tutela juridicamente a disciplina, a hierarquia e o dever; em tempo de guerra ou de movimentos armados, tutela a existência do Estado – devido a isso, a sua jurisdição se exercita sobre todos os cidadãos, sem qualquer distinção, e por todos os atos que importem perigo ou dano à segurança das Forças Armadas, da qual depende a soberania nacional.

A importância da destinação das Forças Armadas, cabendo-lhe a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais[4], por si só bastaria para justificar a instituição da Justiça Especial voltada para o processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei. No entanto, a esse fato soma-se a presença de características extremamente peculiares, de valores e princípios próprios aos membros dessas Organizações, que lhes são de suma importância. Dentre esses valores, avultam a hierarquia, a disciplina e o dever, pilares das instituições militares e norteadores das ações dos mesmos.

Não deve ser julgador quem não conhece a especificidade da vida militar a bordo de aeronaves e navios militares, ou mesmo dentro dos

---

[4] *"Quando Nelson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou o Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques – e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos –, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições"* (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5., p. 166-167).

quartéis. Não deve fazê-lo **porque julgar é ato de maturidade, de prudência, de sensibilidade, de equilíbrio, de vivência, enfim de bom senso**.

As particularidades da vida militar, portanto, exigem um julgamento imparcial promovido por juízes familiarizados com o dia a dia da caserna, capazes de visualizar a conduta delituosa não somente sob o prisma ordinário, mas levando em consideração os valores e princípios peculiares ao cotidiano militar.

A **manutenção** da Justiça Militar da União consiste, juntamente com as Forças Armadas, em **convencer** as Instituições e os cidadãos brasileiros da necessidade da sua permanência no futuro, mantendo o princípio da autonomia da lei penal militar – consagrada na dualidade da jurisdição penal.

Mas um fato é determinante: **enquanto existirem Forças Armadas, existirá uma Justiça Militar. Não importa se inserida no Poder Judiciário ou no Executivo; se tribunal permanente ou corte marcial**.

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha[5]

A Magna Corte Castrense, conforme narra a historiografia pátria, foi instituída em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça[6]. Por volta de 1891, instituiu-se o Supremo Tribunal Militar, com as mesmas competências do extinto Conselho Supremo Militar e, após o advento da Constituição de 1946, adquiriu a terminologia atualmente adotada: Superior Tribunal Militar.

Ao longo dos anos, a composição da Corte Militar no Brasil sofreu diversas alterações até chegar ao atual número de quinze magistrados, civis e militares. A despeito das modificações numéricas no seu *quorum*[7], a composição mista sempre se fez presente. Efetivamente, o institu-

---

[5] Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa. Professora do Centro Universitário de Brasília - Distrito Federal.

[6] O Conselho Supremo Militar e de Justiça visava manter a ordem e a disciplina no âmbito militar. *"Acumulava o referido órgão duas funções: uma de caráter administrativo, coadjuvando o governo em questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, sobre as quais manifestava seu parecer, quando consultado; outra de caráter puramente judiciário. Como Tribunal Superior de Justiça Militar, o Conselho Supremo julgava em última instância os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar.*
O Conselho Supremo Militar era integrado pelos Conselheiros de Guerra e do Almirantado e por outros oficiais que fossem nomeados como Vogais, os quais a maioria das vezes galgavam as posições de Conselheiros de Guerra.
O Conselho Supremo de Justiça possuía a mesma composição, acrescentando-se-lhe, porém, três juízes togados, um dos quais para relatar os processos." **Superior Tribunal Militar.** *173 Anos de História*. Trabalho elaborado por Paulo César Bastos, Brasília, 1981, p. 21.

[7] A composição da Justiça Militar da União variou ao longo da História Brasileira. Originariamente era integrada por 13 magistrados, conforme o Alvará instituidor datado de 1º de abril de 1808. Em 1850 passaram a 15 os seus membros, número mantido com o advento da República pelo Decreto nº 149, de 18 de julho de 1893. Posteriormente, o Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de

to do escabinato foi consagrado na Justiça Militar tendo em vista as peculiaridades da vida na caserna, donde decorre a necessidade de mesclar a experiência dos comandantes com o saber jurídico dos togados.[8]

Consubstanciando 204 anos de História, foi ela integrada ao Poder Judiciário pela Carta Política de 1934, decorrência da vontade soberana da Assembleia Nacional Constituinte.

Como Justiça especializada, tutela uma categoria especial – as Forças Armadas – e julga, tão somente, os crimes militares definidos em lei, preceito emanado do art. 124 da Constituição Federal.

Prevê a Lei Maior duas espécies de Justiças Militares: a federal e a estadual, *ex vi* dos artigos 122 a 124 e 125, §§ 3º, 4º, 5º, respectivamente, inseridos no Título II, Capítulo III, do Poder Judiciário – Seção VII – Dos Tribunais e Juízes Militares. No tocante à esfera federal, são órgãos da Justiça Militar da União, consoante estatui o art. 122 da Constituição Pátria, o Superior Tribunal Militar, os Tribunais e Juízes Militares, instituídos por lei. A previsão constitucional é regulamentada pela Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares.

Com jurisdição em todo o território nacional, encontra-se o Superior Tribunal Militar na cúpula da estrutura hierárquica do Judiciário Castrense e é composto por 15 Ministros vitalícios – três dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército e três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais

---

1926, reduziria este número para 10, ampliado depois para 11 pela Constituição de 1934, Constituição sob cuja égide a Justiça Militar foi inserida na estrutura do Poder Judiciário. Com a promulgação do Ato Institucional nº 2, de 5 de novembro de 1965, o já denominado Superior Tribunal Militar voltou a ter quinze ministros vitalícios, composição mantida pelas Cartas de 1967/69 e pela Lei Maior vigente, promulgada em 1988. No transcurso da história brasileira, a Justiça Militar foi presidida por personagens marcantes tais como; os Marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto.

[8] No dizer de Astor Nina de Carvalho Júnior: *"O bom magistrado militar não é aquele que necessariamente conhece bem o ordenamento jurídico pátrio, mas aquele que, além de conhecer bem o direito militar, conhece o funcionamento e o cotidiano dos quartéis, pois o juiz, mesmo imparcial, não se pode quedar distante dos anseios e valores sociais, sob pena de julgar mal e não traduzir o sublime ideal de justiça". In: A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar*. **Revista de Direito Militar**, v. 10, nº 61, p. 18.

elevado da carreira; e cinco civis – três advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, e dois por escolha paritária dentre Juízes-Auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. Todos os magistrados são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal.

Preservou a vigente Lei Fundamental o escabinato ou escabinado, instituto mediante o qual magistrados militares e civis togados integram o mesmo Tribunal ou Juízo. Preservou-o em razão de ele "*permitir aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos ministros civis*."[9].

No tocante à competência, cabe às auditorias e ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, a teor do art. 124 da Carta Federal[10]. A referida lei, invocada pela *Lex Magna*, é o Código Penal Militar promulgado em 1969, cujos artigos 9º e 10º estatuem sobre os crimes militares em tempo de paz e em

---

[9] MARINI E SOUZA, Henrique. *In: A Justiça Militar da União*. Conferência realizada para Oficiais-Generais e Oficiais Superiores das Forças Armadas da República de Angola, em 19 de julho de 2006.

[10] Cumpre rememorar lição de João Barbalho a propósito da Justiça Militar cujo foro é competente para processar e julgar os crimes militares e não os crimes dos militares. Leia-se: "(...) *o foro especial é para o soldado, ut miles, na phrase do jurisconsulto romano (...).*
Para os crimes previstos pela lei militar uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticam, mas atentta à natureza desses crimes e à necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão prompta e firme, com fórmas summarias.
A existência das forças militares liga-se à existência da nação, como garantia de sua independência e segurança, e sem uma exacta e constante disciplina não cumprirão ellas seo importante fim.
Sem disciplina não há subordinação nem segurança; ella é a vida e a força dos exércitos. E sem uma jurisdição própria, privativa, militar também, essa disciplina seria impossível.
Além d'isso, a infracção do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares mesmo; elles, mais que os estranhos no serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da violação e as circunstâncias que podem modifica-la.
E assim o foro especial é uma condição de boa administração da Justiça.". BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia. Editores, 1924. p. 466.

tempo de guerra.[11] Trata-se, portanto, de uma Justiça destinada a julgar, exclusivamente, os delitos castrenses, cometidos tanto por militares e assemelhados[12] quanto por civis.

Concernente ao Superior Tribunal Militar, atua como instância originária e recursal. Na qualidade de Corte de Apelação, compete-lhe apreciar os recursos interpostos contra as decisões do Juízo *a quo*. Seus acórdãos são definitivos, só cabendo interposição para o Supremo Tribunal Federal de recurso extraordinário, quando versar sobre questão constitucional – art. 102, III, "a", "b", "c" –, e de recurso ordinário em *habeas corpus* ou mandado de segurança, quando denegatória a decisão – art. 102, II, "a", nos termos da Lei Maior.

Originariamente, cabe-lhe processar e julgar os Oficiais-Generais das Forças Armadas acusados em ações penais – art. 6º, I, da Lei nº

---

[11] Crimes Militares são infrações que deturpam os alicerces básicos e específicos da ordem e disciplina militar, que olvidam e corroem, com o seu aperfeiçoamento, obrigações e deveres do militar. Esse raciocínio é compartilhado por Célio Lobão quando assevera *"o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar"*. LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 56.
Cabe ressaltar que a doutrina e jurisprudência estabelecem uma diferenciação entre os crimes militares, distinguindo-os em crimes propriamente e impropriamente militares. Consoante acentua Esmeraldino Bandeira, a classificação do delito em propriamente militar se traduz naquele crime que tão somente o soldado pode cometer, visto que diz respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, isto é, o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. Esmeraldino Bandeira. *Direito, Justiça e Processo Militar*. 1º Vol. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1919, p. 26. No que tange aos crimes impropriamente militares cabe trazer a lume a lição de Celso Lobão quando ensina que *"(...) é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão do soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses*." LOBÃO, Célio. *Op*. Cit. p. 98.

[12] *"Assemelhado é o indivíduo que não sendo militar está sujeito à subordinação, disciplina e jurisdição militar, em virtude de exercer uma função específica disciplinada em lei (médicos, dentistas, engenheiros) nas Forças Armadas, bem como as pessoas que trabalham em navios, quartéis, fortes, que aos civis se equiparam, desde que subordinados à disciplina militar*." BASTOS, Celso Ribeiro, *op. cit*, p. 496.

8.457/92 –, bem como os mandados de segurança contra seus próprios atos, os do Presidente do Tribunal e os de outras autoridades da Justiça Militar. Compete-lhe ainda, nesta sede, conhecer e decidir sobre as representações para decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade com o oficialato – art. 142, § 3º, VI – e os feitos dos Conselhos de Justificação – art. 142, § 3º, VII, da CF.

Quanto à primeira instância, é constituída por doze Circunscrições Judiciárias Militares, sendo que para cada CJM corresponde uma Auditoria, à exceção da primeira (1ª CJM), sediada no Rio de Janeiro, que possui quatro; da segunda (2ª CJM), sediada em São Paulo, que dispõe de duas; da terceira (3ª CJM), sediada em Porto Alegre, que conta com três e da décima primeira (11ª CMJ), sediada em Brasília, que tem duas. As áreas territoriais das Circunscrições Judiciárias Militares correspondem às Regiões Militares que detêm maior concentração de contingentes do Exército Brasileiro. Existe, ademais, uma Auditoria de Correição na capital federal, com jurisdição em todo o território nacional, que tem por competência proceder às correições gerais a fim de sanar eventuais erros *in procedendo* do Juízo *a quo,* comunicar ao Presidente do STM fato que exija pronta solução e providenciar a uniformização de livros e registros das auditorias.

Dentro das Auditorias funcionam os Conselhos de Justiça, que podem ser de duas espécies: o Permanente e o Especial.

Os Conselhos Permanentes de Justiça julgam as praças de suas respectivas Forças – soldados, cabos, sargentos e suboficiais – e também os civis nos crimes militares definidos em lei. Desse modo, existem Conselhos de Justiça Permanente para a Marinha, Exército e Aeronáutica. Compõem-se de quatro juízes militares, um dos quais, o oficial superior, o preside, e de um juiz civil – o Juiz-Auditor. Os juízes militares servem ao órgão durante um período de três meses, podendo tal prazo ser prorrogado nos casos previstos em lei – art. 24 da LOJM. Eles são designados mediante sorteio, dentre os oficiais que se encontram sediados na área de jurisdição de cada uma das Circunscrições Judiciárias Militares.

Os Conselhos Especiais de Justiça, por seu turno, julgam civis e oficiais graduados – dos tenentes aos coronéis – denunciados pela prática de crime militar e funcionam da mesma maneira que os Conselhos Permanentes. Em tais Conselhos, os postos e as patentes dos juízes militares deverão ser mais elevados que a do oficial acusado, sendo constituídos para cada processo e dissolvidos após a conclusão dos trabalhos – art. 23, § 1º, da LOJM.

Cumpre informar que, em cada Auditoria, encontram-se investidos dois juízes-auditores, titular e substituto, ingressos na magistratura mediante concurso público de provas e títulos, e que exercem funções judicantes idênticas[13]. Compete ao Superior Tribunal Militar nomeá-los e promovê-los e, em se tratando de promoção ao cargo de titular, ela ocorre dentre os juízes-auditores substitutos e observará os critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente, a teor do disposto no art. 36 da Lei nº 8.457/92. O Tribunal somente poderá recusar o magistrado mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação. Em havendo simultaneidade na posse, a promoção por antiguidade recairá preferencialmente sobre aquele que obteve melhor classificação no concurso de ingresso na carreira. Outrossim, é obrigatória a promoção de juiz que figure por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, em lista de merecimento, desde que conte dois anos de efetivo exercício e integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade. A promoção por merecimento obedece aos critérios de presteza e segurança no exercício da judicância, bem como a frequência e o aproveitamento do magistrado em cursos de aperfeiçoamento; critério este aferido no efetivo exercício do cargo.

Dentre as incompatibilidades, estatui o diploma *retro* mencionado não poderem servir, conjuntamente, os magistrados, membros do Ministério Público e advogados que sejam entre si cônjuges, parentes consanguíneos ou afins em linha reta, bem como colateral, até o terceiro grau, e os que tenham vínculo de adoção.

Tais incompatibilidades se resolvem: antes da posse, contra o último nomeado ou contra o menos idoso, se as nomeações forem da

---

[13] Conforme salienta Celso Ribeiro Bastos: *"A primeira investidura na carreira da magistratura da Justiça Militar se dá no cargo de juiz-auditor substituto, mediante concurso público de provas e títulos organizado e realizado pelo Superior Tribunal Militar. Em todas as fases do concurso exige-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 33 da Lei nº 8.457/92). Os candidatos deverão ser brasileiros, ter mais de vinte e cinco e menos de quarenta anos de idade (salvo se já ocupante de cargo ou função pública), estar no gozo dos direitos políticos, ser bacharel em Direito graduado por estabelecimento oficial ou reconhecido, ter exercido, no mínimo, durante três anos, no último decênio, advocacia, magistério jurídico em nível superior ou função que confira prática forense, ser moralmente idôneo e gozar de boa saúde física (...). O concurso terá validade por dois anos, contados da homologação, prorrogável uma vez, por igual período (art. 34, Lei nº 8.457/92)". In*: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Brasileira (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, 4º Volume, Tomo III - Arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2. ed. atualizada, 2000, p. 484.

mesma data e, depois da posse, contra quem lhe deu causa e contra o mais moderno, se a incompatibilidade for imputada a ambos. Por fim, se a incompatibilidade se der com o advogado, ele deverá ser substituído.

Junto à primeira instância atuam, como de resto, junto ao Superior Tribunal Militar, representantes do Ministério Público Militar que funcionam nas causas como *custos legis* ou *dominus litis,* advogados constituídos e defensores públicos ou dativos.

Enfatize-se, por oportuno, ser a ação penal pública, iniciada com o recebimento da denúncia ofertada pelo *Parquet* Castrense. Inexiste o pagamento de custas processuais. O oferecimento da peça acusatória, normalmente, é fundado em um Auto de Prisão em Flagrante, em uma Instrução Provisória de Deserção ou em um Inquérito Policial Militar.

Sinteticamente, este é o funcionamento da Justiça Militar em tempo de paz, sendo outra sua atuação em tempo de guerra[14].

---

[14] Definem os artigos 9º e 10º do Código Penal Militar, os crimes militares em tempo de paz e os crimes militares em tempo de guerra. *Verbis:*

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

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;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

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

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

Isso porque previu o legislador um duplo sistema de organização da Justiça Militar em períodos de paz ou de conflitos armados. Nesse diapasão, o Código Penal Militar tipifica os crimes cometidos na guerra ou na paz. Pode-se afirmar que a lei material castrense é a única espécie normativa que tem eficácia parcial, vez a aplicabilidade de seus dispositivos condicionarem-se à situação na qual se encontra o país.

Em tempo de guerra, compõem a Justiça Militar, junto às forças em operações, os juízes-auditores, os Conselhos de Justiça Militar e os Conselhos Superiores de Justiça Militar (art. 89 da Lei nº 8.457/92). Esses órgãos processam e julgam os crimes praticados em teatros de operações ou em território estrangeiro militarmente ocupado por forças brasileiras, salvo o que dispuserem os tratados e as convenções internacionais nos quais o Estado seja signatário.

Ao juiz-auditor compete presidir a instrução criminal nos processos em que forem réus, praças, civis ou oficiais até o posto de capitão de mar e guerra ou coronel, inclusive, bem como julgar praças e civis.

O Conselho de Justiça é composto de um juiz-auditor ou juiz-auditor substituto e dois oficiais mais antigos que o acusado. Similarmente

---

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.
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.".

aos Conselhos Especiais (em tempo de paz), o Conselho de Justiça é constituído para cada processo e dissolvido após o julgamento. Cabe-lhe o julgamento de oficiais, excetuados os oficiais-generais.

O Conselho Superior de Justiça é órgão de segunda instância, composto de dois oficiais-generais, em serviço ativo ou da reserva convocados, e um juiz-auditor, todos nomeados pelo Presidente da República. A presidência é exercida pelo juiz militar mais antigo. Compete a este Conselho, em síntese, processar e julgar oficiais-generais e as apelações advindas dos Conselhos de Justiça.

Junto a ele, funcionam um procurador e um defensor público, também nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, dentre os membros do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União, respectivamente.

Em linhas gerais, são essas as características da Justiça Militar Federal em tempo de guerra[15].

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/ 2004

Contempla o art. 125, §§ 3º, 4º e 5º, da Constituição Federal, a previsão de instituírem-se nos estados-membros a Justiça Militar Estadual para julgar os delitos militares definidos em lei cometidos pelos membros das Forças Auxiliares – policiais militares e bombeiros – e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.[16] Ao contrário da Justiça Militar

---

[15] AZEVEDO, Marcos Augusto Leal. *In: A cadeia de comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil*. Palestra proferida no Seminário Internacional de Direitos Humanos e a Administração da Justiça Pelos Tribunais Militares organizado pelo Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo Superior Tribunal Militar do Brasil, em Brasília, Distrito Federal, no dia 28 de novembro de 2007.

[16] *"A Justiça Militar Estadual não é uma criação recente. Já em 1892 foi instituída no* ***Estado de São Paulo*** *a* ***Auditoria da Força Pública****, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. As decisões do órgão eram revistas pelo Presidente do Estado, cargo que corresponde ao atual Governador de São Paulo. A situação perdurou até o ano de 1936. Com o advento da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro daquele ano, foi criada a Justiça Militar nos Estados. O Governo do Estado, por meio da* ***Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937****, criou o* ***Tribunal de Justiça Militar****, com a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar. Atualmente é chamado* ***Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo***

e, desde a Emenda nº 2 à Constituição do Estado, de 30 de outubro de 1969, é composto de cinco (5) juízes, sendo três civis e dois militares.
*No **Rio Grande do Sul**, com fulcro na Lei Federal nº 3.351, de 3 de outubro de 1917, que autorizou o julgamento dos oficiais e das praças das Polícias por elementos das suas Corporações nos crimes propriamente militares, foi criada a **Justiça Militar estadual** por força do **Decreto nº 2.347-A, de 28 de maio de 1918**, que estabeleceu os **Conselhos de Disciplina**, organizados extraordinariamente, o **Conselho Militar** permanente, para o primeiro grau, e, como instância revisora, o **Conselho de Apelação**, composto por cinco membros: o Comandante-Geral da Brigada (que deveria presidi-lo), três oficiais militares, convocados por este, e um juiz togado, nomeado pelo Presidente do Estado, atual Governador do Estado do Rio Grande do Sul.*
*A Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1937, procurou sistematizar melhor a matéria, autorizando expressamente os estados-membros a instituírem a Justiça Militar estadual. Por conta disso, o **Decreto-Lei nº 47, de 19 de novembro de 1940**, fixou a Lei Orgânica da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, convertendo o Conselho de Apelação em Corte de Apelação e, finalmente, atribuindo aos seus membros garantias de magistrados, tais como vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. A Corte continuava composta por cinco membros, porém, agora todos eram nomeados pelo Governador do Estado. No primeiro grau, foram instituídos dois Conselhos: o Especial, para julgar oficiais, e o Permanente, para julgar as praças. A Lei n. 6.156/70, manteve a Corte de Apelação com cinco membros, dos quais, um civil. O **Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande Sul** (Lei Estadual n. 7.356/80), de 1º de fevereiro de 1980, fixou a composição do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul em sete juízes, quatro militares e três civis, todos nomeados pelo Governador, sendo esta a composição atual.*
*Em **Minas Gerais**, a Justiça Militar foi criada pela **Lei nº 226, de 09 de novembro de 1937**. Naquela época, compunha-se, apenas, de um Auditor e de Conselhos de Justiça, especiais ou permanentes. Na falta de um órgão próprio de segundo grau, a jurisdição era exercida pela Câmara Criminal da Corte de Apelação, hoje, Tribunal de Justiça.*
Em 1946, por intermédio da Lei de Organização Judiciária do Estado e Regimento de Custas (Decreto-lei nº 1.630, de 15/01/46) foi ela reestruturada, com a criação do então chamado Tribunal Superior de Justiça Militar, sediado na Capital, como órgão de segundo grau de jurisdição, composto de três juízes, sendo um civil e dois militares, nomeados pelo Governador do Estado. A Lei nº 1.098, de 22 de junho de 1954, aumentou o número de juízes componentes do Tribunal de Justiça Militar para cinco, sendo três militares e dois civis. A Resolução nº 61, de 08 de dezembro de 1975, do Tribunal de Justiça, manteve o mesmo número de juízes, composição que se mantém até os dias atuais." **Anais do I Seminário Jurídico ESPMU/MPM - Paraná e Rio Grande do Sul.**

Atuando na 2ª instância, existem três Tribunais Militares Estaduais localizados em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, instituídos consoante o dis-

Federal, não compete à Corte Estadual castrense processar e julgar civis, somente, militares; mas tal qual a Justiça da União, trata-se de órgão especializado do Poder Judiciário, possuidor de conhecimento e experiência para manejar litígios relacionados à caserna, cujos pilares são a hierarquia e a disciplina.

Ocorre que a Justiça Militar dos estados-membros sofreu modificações significativas com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Citem-se, a título de exemplo, a inclusão do juiz de direito como órgão da Justiça Militar, a transferência da presidência dos Conselhos ao juiz togado, a ampliação de sua competência para julgar atos de natureza punitivo-disciplinar e a transferência para o tribunal do júri do julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil. Ressalve-se, contudo, que permanece na esfera de competência do Juízo Militar dos Estados processar e julgar os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra militar.

À evidência, o constituinte derivado limitou sua atuação à esfera dos entes federados, não alterando os dispositivos constitucionais concernentes à União. Disto resultou uma assimetria no tocante às competências dos Juízos, vez que, por força do artigo 124 do Texto Fundamental, a Justiça Militar da União não aprecia as punições disciplinares militares aplicadas no âmbito das Forças Armadas.

Buscando reparar tal omissão, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional 358/2005, apresentada pelo Senado Federal, com vistas a dar continuidade à reforma do Poder Judiciário.

O texto modifica a composição do Superior Tribunal Militar e alarga sua competência autorizando-o a apreciar as punições disciplinares[17]. Sem dúvida, a ampliação da competência da Justiça Castrense Fe-

---

posto no § 3º do art. 125 da Lei Maior, a saber: contarem os respectivos estados com efetivo militar superior a vinte mil integrantes. Nas demais unidades federativas, os policiais militares e bombeiros são julgados, em primeiro grau, pelas Auditorias Militares, com recurso para os Tribunais de Justiça Estaduais.

[17] Segundo observa Jéssica da Silva Rodrigues: *"o que não pode ocorrer é um mesmo texto normativo, sobretudo aquele que se constitui na fonte de validade das demais normas jurídicas, abarcar essa disparidade de competências, onde a mesma matéria pode ser analisada pela justiça especial ou pela justiça comum, a depender da parte envolvida: se membro das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares. Não há dúvidas de que, se aprovada a PEC nº 358/2005, serão necessárias diversas adaptações, tais como a exigência nas ações da cobrança de custas, o*

deral para exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares[18] terá o condão de dirimir os sucessivos conflitos instaurados junto à Justiça Federal que, nos termos do art. 109 da Grande Norma, deve apreciá-los em razão do vínculo funcional dos militares com a União.[19] No

---

preparo dos processos, valor da causa, vez que essa nova jurisdição não será gratuita, impondo a necessidade de imediata adaptação da Lei de Organização Judiciária Militar. Ademais, o Ministério Público Militar deixará de exercer seu papel estritamente penal, para atuar em suas diversas atribuições conferidas constitucionalmente no art. 127." In: **O controle jurisdicional do ato disciplinar militar no âmbito das Forças Armadas**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, 2008, p. 71.

[18] Define a Lei nº 6.880/80 – o Estatuto dos Militares - o conceito legal de disciplina, em seu art. 14, § 2º. A punição disciplinar é cabível em decorrência da violação das obrigações ou dos deveres militares. A administração militar, no âmbito de cada Força, classificou e especificou em seus Regulamentos Disciplinares as hipóteses de aplicação da referida punição, *vg:* Decreto nº 88.545, de 26/07/1983 (Regulamento Disciplinar da Marinha), art. 6º; Decreto nº 4.346, de 26/08/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército), art. 14 e Decreto nº 76.322, de 22/09/1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), art. 8º. As punições previstas nos Regulamentos Disciplinares Militares para as transgressões são, em geral, com algumas distinções: advertência, repreensão, detenção, prisão, licenciamento e exclusão a bem da disciplina. Apesar de suas peculiaridades, as sanções disciplinares são espécies de sanções administrativas. Têm por escopo resguardar os valores que regem a Administração Pública como um todo.

[19] Sobre a discussão, decisão do STF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º.

I - À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art.124, § 2º, da CF).

II - A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes.

III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF).

IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade.

V - HC prejudicado." 1ª Turma. RHC nº 88543. DJ de 27/4/07.

momento, conforme destacou a Desembargadora Marga Tessler[20], a fratura de competências tem fragilizado a Judicatura porquanto compromete a eficácia, a segurança e a certeza dos julgados ao desuniformizar a jurisprudência. A padronização das decisões emanadas de uma justiça especial, inegavelmente, mais preparada para lidar com as causas que envolvam seus membros, prestigia o exercício da Jurisdição.

Insofismável a constatação de que, sendo a Justiça Militar uma justiça especializada, tal qual a do Trabalho e a Eleitoral, é ela quem detém a *expertise* para assegurar a incolumidade dos bens jurídicos tutelados pela lei material penal, bem como para avaliar a legalidade do exercício do poder disciplinar militar.

Mais, a celeridade judicial da Justiça Castrense é imperiosa para a preservação da hierarquia e da disciplina dentro dos quartéis.

Certo é que a Justiça que tarda falha. Em se tratando do Direito Penal Militar, a morosidade processual pode revelar-se fatal para a integridade das Forças Armadas, instituições nacionais permanentes, conforme se extrai da dicção constitucional. São elas as únicas que têm por finalidade a defesa da Pátria, valor mais elevado do que a própria vida, posto que, sob determinadas circunstâncias, impõe-se aos militares o dever de matar ou morrer. A tal valor especialíssimo, correspondem regras especialíssimas, que devem ser rigorosamente observadas, sob pena de comprometimento do próprio Estado Democrático de Direito.

Para além, a mobilidade, outra característica inerente à Justiça Militar, vislumbra-se imponderável em se tratando da Justiça Federal Comum. Inconcebível, em situações de conflitos armados, o deslocamento da Justiça Federal para teatros de operações de guerra, onde o poder disciplinar militar se faz mais premente; a uma, porque o Comandante não pode praticá-lo de forma abusiva ou ilegal, a duas, porque os crimes cometidos em situação tão dramática determinam uma pronta, ativa e ágil estrutura judiciária, que permita apurar os delitos e punir os culpados com a maior brevidade possível.

OS DESAFIOS DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Resta apontar os desafios e as perspectivas a serem enfrentados pela Justiça Militar, a mais antiga do Brasil, na contemporaneidade.

---

[20] TESSLER, Marga Inge Barth. *A competência da Justiça Militar da União com a provável aprovação da PEC Nº 358/2005*. *In:* **Revista Direito Militar**, n. 62, novembro/dezembro, 2006, p. 16-18.

O primeiro embate é a superação do estigma de "justiça corporativa". As estatísticas referentes à Justiça Militar Federal revelam o seu rigor na aplicação da lei penal, inadmitindo a impunidade dos acusados quando efetivamente comprovadas a autoria e materialidade do ato delitivo. Assim, o escopo judicial objetiva proteger a Instituição Castrense e os princípios que a norteiam: a hierarquia e a disciplina. E não poderia ser diferente. Os militares, ao contrário dos civis, detêm as armas da Nação; seu contingente é de aproximadamente 310.000 jurisdicionados – 220.000 no Exército, 55.000 na Aeronáutica e 55.000 na Marinha. Temerário, pois, para a Democracia, a inobservância de paradigmas rígidos de conduta, afinal, quando as Forças Armadas se desorganizam, tornam-se impotentes para cumprirem sua missão constitucional de defender a Pátria, pondo em risco a soberania do Estado e a estabilidade do regime político. Está-se a lidar com valores singulares, por isso mesmo, tutelados pelo Constituinte Maior e pelo legislador como bens jurídicos a serem resguardados pela ordem normativa e social. Daí resulta a importância da Justiça Militar da União como justiça especializada.

Sucede, porém, que, apesar de sua relevância e de o Superior Tribunal Militar ter completado dois séculos de existência em 2008, há um profundo desconhecimento por parte da sociedade e, o que é mais grave, dos próprios operadores do Direito, sobre sua competência e atuação. Confundida muitas vezes com as justiças militares estaduais, supõe-se, não raro, ser a Corte Militar Federal responsável pelo julgamento das Forças Auxiliares – policiais militares e bombeiros – juntamente com os integrantes das Forças Armadas. Ademais, é comum atribuir-lhe a pecha de tribunal de exceção quando da vigência dos regimes autoritários no país. Nada mais equivocado. Atesta a história brasileira sua imparcialidade e isenção em decisões memoráveis, tal qual a prolatada pelo então Supremo Tribunal Militar, quando reformou sentença condenatória proferida contra João Mangabeira pelo Tribunal de Segurança Nacional do Estado Novo, concedendo-lhe a ordem de *habeas corpus* – HC nº 8.417, de 21 de junho de 1937 – ou, ainda, quando deferiu medida liminar em sede deste mesmo *writ* constitucional; primeira Corte a fazê-lo, servindo tal decisão de precedente para o Supremo Tribunal Federal – HC nº 41.296, de 14 de novembro de 1964[21].

---

[21] Outros exemplos poderiam ser mencionados para ilustrar a trajetória dignificante da Justiça Militar da União. Rememore-se o caso da incomunicabilidade dos presos, proibidos de manter contato com seus advogados sob a égide da Lei de

Lamentavelmente, tal desconhecimento levou a Emenda Constitucional nº 45/2004 a olvidar o assento a que a Justiça Militar da União faz jus no Conselho Nacional de Justiça, omissão que a PEC 358/2005 busca reparar. Indiscutivelmente, o ingresso da Justiça Castrense Federal no CNJ revela-se medida de direito para reparar tratamento inconstitucional que atenta contra a unidade da Justiça e contra o Poder Judiciário como órgão do Estado.

A importância da jurisdição penal castrense faz-se, pois, imperiosa, para a preservação da autoridade militar na vigilância e subordinação às ordens no interior da corporação. Está-se diante de valores que demandam uma legislação própria e uma jurisdição especializada, cujo escopo é dar efetividade às determinações constitucionais e garantir a boa administração da Justiça.

Alfim, imprescindível a ampliação da competência, decisiva para a unificação, por pertinência temática, das jurisdições militares, em face da alteração promovida pela EC nº 45/04, mormente porque, conforme salientado, tanto o crime quanto a infração disciplinar militar constituem ofensas à hierarquia e disciplina, princípios basilares não apenas para as Forças Auxiliares, mas, igualmente, para as Forças Armadas.

O enfrentamento de tais desafios vem ao encontro de um Brasil que vivencia momentos de "*redefinições institucionais e de reconstruções jurídicas, em busca de novos paradigmas que sustentem a Justiça como valor social, a transparência como marca de atuação dos órgãos estatais, a agilidade, prontidão, eficácia (...) da ação judiciária e a própria aplicação*

Segurança Nacional e que teve, na histórica decisão da Representação nº 985, correta e precursora solução, ao observar os princípios do direito a defesa. Do mesmo modo, decidiu o STM na década de 1970 que a greve, mesmo quando declarada ilegal pelo Poder Executivo, se perseguisse objetivos de melhoria salarial não se traduzia, segundo o RC nº 5385-6, em crime contra a segurança nacional. Ainda, no RC nº 38.628 assentou a Corte Militar que a mera ofensa às autoridades constituídas, embora expressa em linguagem censurável, passou a não mais tipificar crime contra a segurança do Estado.

As decisões aqui referidas, dentre outras que poderiam ser elencadas, conferiram incensuráveis desates e exata dimensão jurídica sobre temas que constantemente se prestavam a interpretações dúbias. Sem dúvida, está-se diante de jurisprudência dignificante que, ao sobrepor-se às pressões políticas, deixou significativo legado às gerações futuras e ao democratismo do Poder Judiciário. Por fim, saliente-se que os defensores públicos da União, quando atuaram pela primeira no Judiciário Pátrio, atuaram no Tribunal Militar Federal.

do direito como elaboração coletiva."[22]. Prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana e renovar a atuação judicial, neutralizada por diversas mazelas que comprometem sua identidade conceitual e axiológica, constituem-se no decisivo contributo da Magistratura para a edificação da nacionalidade, tão acutilada pelas vicissitudes do processo político brasileiro.

A legitimidade da potestade pública, em todas as suas esferas, passa necessariamente pelos foros judiciais. Sobrelevar-lhe a atuação é valorizar a coesão, a congruência e a identidade do sistema constitucional, sem olvidar o que Lassalle chamaria de "*os fatores reais do poder*".

Nessa trajetória, a vivência bicentenária da Justiça Militar da União, cujo processo institucional amalgama a História do Brasil, projeta a afirmação do Estado como *ethos* e o permanente comprometimento do Poder Judiciário com a construção da legitimidade e do democratismo estatal.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. In*: **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. Coordenadores: André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Editora Método, 2005.

AZEVEDO, Marcos Augusto Leal de. **A cadeia de comando e como ela interage com a Justiça Militar do Brasil**. Palestra proferida no SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PELOS TRIBUNAIS MILITARES organizado pelo Alto Comissariado dos Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo Superior Tribunal Militar do Brasil, em Brasília, Distrito Federal, no dia 28 de novembro de 2007.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Direito, Justiça e Processo Militar**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1º vol. 1919.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira – Comentários.** Rio de Janeiro: Briguiet e Cia. Editores, 2. ed., 1924.

BASTOS, CELSO Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Brasileira (promulgada em 5 de outubro de 1988)**, 4º Volume, Tomo III - Arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 2. ed., atual., 2000.

---

[22] ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário e Efetividade da Prestação Jurisdicional. In*: **Reforma do Judiciário Analisada e Comentada.** Coordenadores: André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 28.

BASTOS, Paulo César. **Superior Tribunal Militar. 173 Anos de História.** Brasília, 1981.

CARVALHO JUNIOR, Astor Nina. *A segunda etapa da reforma do Judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar. In:* **Revista de Direito Militar**, v. 10, nº 61.

DA SILVA RODRIGUES, Jéssica. **O controle jurisdicional do ato disciplinar militar no âmbito das Forças Armadas**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília, 2008.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, vol. II **- Direito e Democracia**.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução de Walter Stönner, prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MARINI E SOUZA, Henrique. **A Justiça Militar da União.** Conferência realizada para oficiais-generais e oficiais superiores das Forças Armadas da República de Angola, em 19 de julho de 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Introdução à Teoria da Constituição.** Tomo II, 2. ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Limitada, 1988.

NAKHNIKIAN, George. **El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas**. Tradução de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara, S.A, 1993.

TESSLER, Marga Inge Barth. *A competência da Justiça Militar da União com a provável aprovação da PEC Nº 358/2005. In:* **Revista Direito Militar**, nº 62, novembro/dezembro, 2006.

A JUSTIÇA MILITAR – NO BRASIL E NO MUNDO

José Américo dos Santos[23]

No ano de 2013, o Superior Tribunal Militar (STM) completa 205 anos de existência. Esta marca merece uma profunda reflexão por parte de todos aqueles que participam ou participaram desta Corte especializada, haja vista que, durante este longo período de atuação, o STM foi ator importante em diversos fatos que marcaram a história do nosso País, em especial durante os anos da intervenção militar.

Atualmente, o STM exerce uma dupla função: atua tanto como Tribunal de Apelação, como também desempenha função de Tribunal Superior, sendo certo dizer que é a única exceção na estrutura do poder judiciário brasileiro.

Durante esse período, sua trajetória foi acompanhada de críticas e elogios, e cabe então analisarmos cuidadosamente esses comentários. A primeira é quanto à inexistência de justiças militares no mundo, colocando o Brasil como o único a possuir este ramo especial de justiça. Ledo engano, pois, numa rápida análise, veremos que tal fato não é verdadeiro. Assim, vamos fazer um passeio pelo mundo para verificar a real situação, começando pelos países considerados como potências, integrantes do Conselho de Segurança da ONU.

Nos Estados Unidos da América (EUA), verificamos a existência das Cortes Marciais e Cortes de Apelação dentro das Organizações das Forças Armadas (FFAA) daquele País.

O objetivo da legislação castrense norte-americana é fazer uma justiça militar uniforme e consistente para os militares da Marinha, Fuzileiros Navais, Exército, Força Aérea e Guarda Costeira.

Assim, existe a previsão de uma Corte Marcial específica para julgar o crime cometido por militar de cada Força Armada e da referida Guarda Costeira. A criação das Cortes Marciais foi necessária uma vez que os tribunais civis não podiam fazer frente às questões de disciplina e moral dos militares de forma adequada.

---

[23] Tenente-Brigadeiro do Ar. Ministro do Superior Tribunal Militar.
joseamericojas@yahoo.com.br

Como órgão de segunda instância, existe uma Corte de Apelação Criminal para as respectivas Forças Armadas. Seu objetivo inicial e principal foi aprimorar a disciplina, o direito e a ordem nas organizações militares. Vale ressalvar que também existe uma Corte de Apelação Criminal específica para Marinha, Fuzileiros Navais, Exército, Força Aérea e Guarda Costeira dos Estados Unidos.

Além disso, existe ainda a Corte de Apelação das Forças Armadas, constituída por 5 (cinco) juízes civis.

Finalmente, existe a possibilidade de as decisões proferidas por essa Corte de Apelações serem apreciadas, pela mais alta instância, qual seja, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Tal estrutura justifica-se pela extrema necessidade dos EUA em possuir uma justiça rápida e eficaz, haja vista a grandeza de suas Forças e a constante participação em conflitos no mundo.

O segundo país, considerado ainda como grande potência, é a Rússia, que possui, também, uma estrutura de justiça militar. Aliás, este país está iniciando a formação de juízes militares em escolas *ad hoc*, para alcançar o mesmo objetivo que os norte-americanos.

O Serviço Judiciário Militar (SJM) – Permanente – é formado por:

a) Tribunais de Guarnição[24];
b) Tribunais de Região Militar[25]; e
c) Colegiado Militar (único).

É importante destacar que, na Rússia, crime militar é definido como crime cometido por militar. Se a ação foi praticada por civil, o crime é civil.

Em relação ao modelo chinês, o sistema judiciário não é um poder independente. Os seus membros são indicados pela Assembleia Nacional, que, por sua vez, é indicada pelo Partido Comunista.

A assembleia tem o poder de remover os indicados a qualquer momento. No caso do Tribunal Militar, seu presidente é indicado pela Suprema Corte Popular e pela Comissão Militar Central do Partido Comunista.

---

[24] Os tribunais são por tipos de armas (Força Terrestre, Força Aérea e Marinha).
[25] *Vide* nota anterior.

O sistema possui quatro níveis: básico, intermediário, superior e supremo. Além disso, existem as Cortes Especiais, tais como: Militar, Ferroviária e Marítima.

As Cortes Especiais, aí incluídas as Cortes Militares, foram criadas para julgar casos específicos dentro de suas jurisdições.

A Corte Militar tem três níveis, a saber: o primeiro, a Corte Militar do Exército popular de libertação; o segundo, as Cortes Militares dos diversos comandos de área e unidades das forças singulares; o terceiro nível é de unidades isoladas.

Após comentarmos a situação desses 3 países de inegável destaque no mundo em que hoje vivemos, seria oportuno fazer um resumo do modelo dos países do continente americano.

No Brasil, Chile, Nicarágua e Venezuela, as Justiças militares são integradas à jurisdição ordinária (Poder Judiciário).

Na Bolívia, Colômbia, El Salvador, Guatemala, México e Peru, as Justiças militares são independentes da jurisdição ordinária.

Após esta viagem pelo mundo, seria importante comentar neste trabalho um tema que, frequentemente, volta à tona, referente à extinção da Justiça Militar da União.

Quando ouvimos estes comentários, ficamos surpresos com a argumentação oferecida, carente de base forte para justificar tal assertiva. Não podemos esquecer que diversos juristas de renome fazem ou já fizeram inúmeros comentários positivos sobre a atuação do STM em acontecimentos marcantes da vida pública brasileira.

Entretanto, o ponto mais importante, a nosso sentir, é a extrema responsabilidade deste Tribunal quanto à não interrupção da carreira do militar das Forças Armadas, porém, atuando de maneira independente e imparcial no julgamento dos crimes cometidos por militares.

As restrições para um militar que se encontre na situação de *sub judice* são muito mais severas, haja vista a grave ameaça à disciplina e hierarquia nas Forças Armadas pela demora em julgamentos na esfera civil.

Baseado nas recentes estatísticas, em particular aquela referente ao número de processos julgados no ano de 2012, podemos constatar um aumento de 8% na entrada de feitos oriundos da 1ª instância, o que recomenda a manutenção do número atual de ministros.

Finalmente, outro aspecto que devemos considerar, após ultrapassada, por óbvio, a ameaça da extinção, é, inegavelmente, o número de juízes. Pela estrutura diferente deste Tribunal, que se baseia no escabinato para alicerçar a tomada de decisão, o número de ministros (10 militares e 5 civis) encontra-se bem dimensionado, inclusive adequado para responder aos desafios impostos pela atual conjuntura da nossa sociedade.

CRIME MILITAR DE DESERÇÃO: AS CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE E DE PROSSEGUIBILIDADE

Artur Vidigal de Oliveira[26]

As condições de procedibilidade e de prosseguibilidade têm se tornado uma das matérias mais controvertidas de aplicação no âmbito da Justiça Militar da União, mormente quando se trata do crime de deserção, em virtude de interpretação extensiva que tem sido dada à Súmula nº 12 pelo Superior Tribunal Militar.

Por força desse entendimento, muitos desertores têm sido isentados do processo penal militar em razão de uma decisão da Administração Pública Militar, avalizada pelo Poder Judiciário, ou permanecido nas Instituições Militares, sendo obrigados a sucessivos reengajamentos, sem que haja qualquer respaldo na legislação vigente, o que implica reflexos negativos à hierarquia, à disciplina, ao dever e ao serviço militares, podendo comprometer a missão constitucional das Forças Armadas de defesa da Pátria, de garante dos poderes constitucionais e de defesa da lei e da ordem.

Ainda que de forma sucinta, o presente artigo propõe o exame de alguns aspectos jurídicos norteadores da aplicação das condições de procedibilidade e de prosseguibilidade na ação penal militar, a fim de trazer aos intérpretes da legislação uma reflexão acerca desse assunto.

Em uma breve retrospectiva histórica, tem-se que os crimes militares se encontravam definidos no Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, que estabelecia o Código Penal Militar. O delito de deserção se achava tipificado no art. 163 desse diploma legal.

No escopo do processo e do julgamento dos crimes de deserção, a Justiça Militar seguia as normas específicas existentes no Código da Justiça Militar, nos termos do Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938.

De acordo com essa legislação, o *status* de militar da ativa, no caso de cometimento do delito de deserção, era condição de procedibili-

---

[26] Ministro do Superior Tribunal Militar.

dade ao início da ação penal militar, em virtude de o Código da Justiça Militar exigir a reinclusão do desertor no serviço ativo das Forças Armadas.

Já o art. 203 do Código da Justiça Militar vedava o julgamento à revelia dos acusados da prática delituosa de deserção.[27] Isso quer dizer que não se dava prosseguimento a processo no qual o acusado – denunciado e citado validamente – por crime de deserção ou de insubmissão fosse considerado revel.

Na oportunidade, também, uma disposição prevista no art. 87 do Código da Justiça Militar impedia a incidência dos atos administrativos do Poder Executivo no processo judicial, mormente no processo e no julgamento dos crimes cometidos pelo militar quando no serviço ativo. Se o acusado de crime militar fosse licenciado no decorrer da ação penal militar, esta prosseguia o seu curso normal.[28]

Assim, a revelia era a única exceção que ocasionava a suspensão do processo especial de deserção ou de insubmissão em andamento, por força do art. 203 do Código da Justiça Militar, e, em consequência, impedia o prosseguimento da ação penal.

Portanto, forçoso concluir que a perda do *status* de militar da ativa não era impeditiva à continuidade da ação penal militar já instaurada, tampouco aquele *status* era considerado como condição de prosseguibilidade, cuja perda pudesse levar à isenção do acusado de continuar respondendo ao processo penal militar.

Nessa seara, cumpre esclarecer que a Lei do Serviço Militar trouxe um rol taxativo com as situações em que o militar poderá perder o *status* de militar da ativa, consubstanciado no licenciamento a bem da disciplina, na conclusão do tempo de serviço militar (seja inicial obrigatório, seja voluntário), na aquisição das condições de arrimo de família, na incapacidade física definitiva para o serviço ativo e na condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum de caráter doloso.

---

[27] Art. 203. Nenhum acusado por crime de deserção ou insubmissão será julgado à revelia.

[28] Art. 87. A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço.

Em 1º de janeiro de 1970, entraram em vigor o atual Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, e o Código de Processo Penal Militar, aprovado pelo Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, revogando-se os Decretos-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, e nº 6.277, de 24 de janeiro de 1944.

O vigente Código Penal Militar define o crime de deserção em seu art. 187, mantendo a tipificação desse delito nos mesmos moldes do revogado Código Penal Militar de 1944, podendo-se extrair desse dispositivo legal que a condição de militar da ativa é elementar da conduta delitiva, uma vez que somente esse a pode praticar.

Por outro lado, as regras quanto ao julgamento do acusado pela prática do crime de deserção foram modificadas, deixando de estabelecer a vedação para o seu julgamento à revelia.

A prisão especificada na lei, para os desertores que se apresentem voluntariamente ou forem capturados, foi mantida no art. 452 do CPPM. É oportuno ressaltar que, à época da redação original de 1969, o procedimento estabelecido pelo CPPM era fielmente cumprido pelos comandantes militares, ficando os acusados pelo crime de deserção recolhidos à prisão, propiciando que fossem efetivamente julgados no prazo de sessenta dias, contados da apresentação voluntária ou da captura, e cumpriam a pena integral, ainda que fosse interposto o recurso obrigatório à segunda instância. Diante dessa regra, não se tinha notícia de casos de uma segunda deserção no decorrer da ação penal militar nesse tipo de delito.

Há de se observar que a prisão do desertor, independentemente de mandado judicial, contida nas regras do art. 452 do CPPM, foi recepcionada pelo inciso LXI da Constituição Federal. Todavia, caso o desertor reincluído não fosse julgado no prazo de sessenta dias, deveria ser colocado em liberdade, com fundamento no art. 453 do CPPM.

Ora, se o delito praticado pelo militar era de se ausentar, fugindo ao cumprimento do serviço militar, a norma processual penal militar estabeleceu uma prisão preventiva por prazo máximo de sessenta dias, tempo suficiente para o deslinde do processo especial e do julgamento em primeira instância, o que implicou a falta de necessidade de se estabelecer a proibição do julgamento à revelia.

Além desse prazo, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar impedia a decretação de prisão preventiva para os desertores, por imposição do art. 453 do CPPM.

Frise-se, ademais, que o atual Código de Processo Penal Militar trouxe uma inovação acerca da isenção do processo e da reinclusão para o desertor que, após ser capturado ou se apresentar voluntariamente, seja julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas quando submetido à inspeção de saúde, com fulcro no § 1º do art. 457 do CPPM.

Inferindo-se da leitura atenta desse dispositivo legal, é imperioso concluir que o acusado por crime de deserção, sem estabilidade, somente será isento do processo e da reinclusão se for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas. Essa inovação, e somente essa, estabeleceu condição de isenção à procedibilidade que impede o início do processo especial de deserção.

Tem-se assim que, no caso dos delitos de deserção, dentre as condições de procedibilidade ou de admissibilidade do processo, além do interesse de agir, da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, há a aptidão para o serviço ativo, apreciada em inspeção de saúde, sendo esta condição *sine qua non* para a reinclusão do desertor às fileiras das Forças Armadas, em decorrência de sua apresentação voluntária ou captura.

Aliás, a submissão à inspeção de saúde tem por objetivo oportunizar à Administração Militar verificar se aquele que foi considerado desertor tenha sofrido abalos significativos na higidez física que o torne incapaz definitivamente para o serviço militar, situação essa que impediria a instauração da ação penal militar e o seu prosseguimento.

Por sua vez, a reinclusão estabelecida pelo CPPM tem a finalidade de exigir ao militar sem estabilidade o cumprimento do restante do tempo de serviço militar inicial a que estaria obrigado por força da Constituição Federal e da Lei do Serviço Militar.

Cumpridas essas condições de procedibilidade, a ação penal militar deve ser iniciada e seguir o curso normal até o julgamento final da causa, ainda que no decorrer do processo o acusado seja excluído das Forças Armadas.

No mesmo sentido é a orientação da Súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar, *in verbis*:

> *"A praça sem estabilidade não pode ser* ***denunciada*** *por deserção sem ter readquirido o* status *de militar,* ***condição de procedibilidade*** *para a* persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo."* (Grifo nosso).

De fato, da leitura desse enunciado, fica claro que a reinclusão nas Forças Armadas devolve ao desertor sem estabilidade a legitimidade para figurar como réu no processo pelo crime de deserção. Dito de outra forma, a Súmula nº 12 tornou evidente que o *status* de militar é condição de procedibilidade para o início da ação penal militar pelo crime de deserção, não tratando especificamente da condição de prosseguibilidade.

É cediço que as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, são aquelas necessárias ao início da ação penal militar, bem como para o conhecimento dos recursos dirigidos a este Tribunal. Elas devem estar previstas em lei.[29] [30]

De outro modo, as condições de prosseguibilidade são aquelas indispensáveis ao prosseguimento da ação penal, isto é, o processo está em andamento e a condição deve ser mantida e implementada para que o processo prossiga no seu curso normal. Estas, do mesmo modo, devem estar previstas em lei.[31]

Ao arrepio dessa lógica diferenciação, e na visão deste articulista, percebe-se que o alcance da interpretação daquela condição de procedibilidade prevista na Súmula nº 12, em evidente equívoco, vem sendo estendido ao ponto de caracterizar, no atual entendimento do Superior Tribunal Militar, verdadeira condição de prosseguibilidade, o que, muitas vezes, acaba por implicar a impunidade daqueles que praticam o crime de deserção.

O problema é que não há na legislação dispositivo que ampare tal entendimento. Consoante se observa da dinâmica do processo do crime de deserção, prevista nos arts. 456 e seguintes do CPPM, a reinclusão do desertor somente é exigível para o início da persecução penal. Não há qualquer dispositivo que indique que o *status* de militar seja condição para o prosseguimento de processo de deserção já em andamento, ou que a mudança desse *status* seja causa extintiva da punibilidade do agente.

---

[29] DOTTI, René Ariel. *Teoria Geral da Punibilidade*. Disponível em http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo4.htm. Acesso em: 3 de novembro de 2012, às 12:12 horas.

[30] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 107-108.

[31] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011. p. 263.

Na verdade, o ordenamento jurídico indica que a ação penal militar, para a apuração do crime de deserção, é pública incondicionada, que o crime de deserção tutela o serviço militar e que não é permitido ao intérprete criar outras condições para a instauração ou prosseguimento do processo penal militar, além daquelas estipuladas na legislação, sob pena de submeter a tutela almejada pela Constituição Federal à vontade de uma ou outra autoridade, administrativa ou judicial.

Há de se ressaltar que a condição de prosseguibilidade impeditiva de se julgar à revelia o desertor que – após a sua apresentação voluntária ou captura, o ajuizamento da ação penal e a sua citação válida – empreenda nova fuga, tornando-se revel por não mais comparecer aos atos processuais, foi superada com a edição do Código de Processo Penal Militar de 1969.

Por esse prisma, uma vez que não existe sequer norma legal proibitiva à aplicação da revelia processual aos acusados da prática de crime de deserção que, citados regularmente, fogem para não comparecer aos atos processuais (art. 412 do CPPM), não se pode criar uma condição de prosseguibilidade ou de suspensão do processo inexistente no ordenamento jurídico.

É a inteligência do art. 35 do CPPM, que se transcreve:

> *"Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não.*
>
> *Parágrafo único.* ***O processo suspende-se ou extingue-se nos casos previstos neste Código.****"* (Grifo nosso).

Permitir o contrário significaria relegar a segundo plano o mandamento constitucional de preservação da segurança do Estado e de sua soberania.

De fato, o regular exercício das atividades militares, imprescindível para a tutela desses interesses anunciados pela Constituição Federal, somente é possível diante de uma proteção penal militar eficiente, que coíba a prática de delitos como o de deserção. No entanto, essa proteção penal torna-se falha a partir do momento em que se cria jurisprudencialmente uma condição de prosseguibilidade inexistente no ordenamento jurídico, que impõe obstáculos à persecução penal em relação ao crime de deserção.

Assim, afirmar, ao arrepio da lei, que o *status* de militar constitui condição ao prosseguimento do processo penal de deserção implica um enfraquecimento do serviço militar e, consequentemente, da tutela à soberania nacional.

Cumpre ainda ressaltar que a vinculação existente entre os diversos ramos do direito não implica a imposição automática de decisões que interrompam ou impeçam a apreciação de sua repercussão nas suas respectivas áreas. Com efeito, a apuração de determinado fato jurídico poderá ocorrer na seara penal, civil e administrativa, que poderão se comunicar ou não em situações específicas, impedindo, sobrestando ou inibindo a sua apuração em outro ramo do direito. Exemplo disso se verifica quando, na área penal, fica decidido que o fato não existiu ou quando fica definido que aquela pessoa investigada não foi o autor do delito.

Quando se analisa a relação entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, observa-se que a decisão na esfera administrativa não tem o condão de descriminalizar ou mesmo de extinguir a punibilidade de um delito tipificado como crime, uma vez que não há previsão legal para tanto. Isso possibilita que os militares sem estabilidade sejam licenciados, ainda que estejam sendo processados e julgados por crime de deserção, por exemplo, após terem cumprido o serviço militar inicial obrigatório, sem que isso resulte em extinção da ação penal militar ou em isenção do processo pelo crime praticado.

Nesse sentido, registre-se que não há na Lei do Serviço Militar qualquer dispositivo que impeça o licenciamento dos militares.

Assim, não é lícito vincular o processo penal militar ordinário e o especial à condição de permanência do acusado no serviço ativo das Forças Armadas, principalmente daqueles que praticaram o crime de deserção. De fato, não há previsão em lei proibindo o licenciamento do militar que tenha cumprido o serviço militar inicial obrigatório, ou que deva ser licenciado por conveniência do serviço, ou excluído a bem da disciplina, por se tornar pernicioso à disciplina militar.

Importante esclarecer que o Serviço Militar Inicial Obrigatório é regido pela Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, e recepcionado pela Constituição Federal no art. 143.

A obrigação do cidadão para com o Serviço Militar se inicia quando esse completa dezoito anos e se encerra aos quarenta e cinco anos de idade, nos termos do art. 5º da Lei nº 4.375, de 1964.

Por ato legal, o Serviço Militar Inicial Obrigatório dos incorporados tem a duração normal de doze meses, podendo ser reduzido de dois meses ou dilatado até seis meses, por ato administrativo dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou por prazo maior, com autorização do Presidente da República, em casos excepcionais e plenamente justificados, para todo o efetivo incorporado, nos moldes do art. 6º da citada Lei.

Por certo, o incorporado que cumprir o seu tempo de Serviço Militar Inicial Obrigatório estabelecido em lei deverá ser licenciado por mero ato administrativo do Poder Executivo, sem qualquer impacto na ação penal militar que estiver em curso.

Nesse mesmo caminho, seguem as regras para a interrupção do Serviço Militar, que pode ocorrer a qualquer tempo, como a anulação da incorporação, a desincorporação ou a expulsão, com fundamento no art. 31 da aludida Lei, sem que haja impedimento legal à continuidade da ação penal militar.

É de bom alvitre destacar que o art. 145 do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, impede apenas a interrupção da contagem do tempo de serviço e a movimentação do incorporado para outra organização militar, remetendo, invariavelmente, à Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, definindo no art. 136[32] o que vem a ser tempo de serviço, e apresentando, no § 4º do art. 137[33], as hipóteses em que não se computa esse tempo.

Forçoso concluir que tanto a Lei do Serviço Militar e seu Regulamento quanto o Estatuto dos Militares não impedem a interrupção do serviço militar do acusado pelo cometimento de crime de deserção a que esteja respondendo a processo na Justiça Militar.

---

[32] Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em consequência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

[33] Art. 137. Anos de serviço é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:
(...)
§ 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:
(...)
c) **passado como desertor**; (Grifo nosso).

Note-se que do art. 31 da Lei do Serviço Militar extraem-se dois aspectos que precisam ser levados em consideração:

a. a obrigação do cidadão para com o Serviço Militar se inicia quando este completar dezoito anos e se encerra aos quarenta e cinco anos de idade (art. 5º da Lei nº 4.375/1964); e

b. a moléstia ou o acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz por problema de saúde, isenta o cidadão, também, definitivamente, do Serviço Militar (alínea "c" do § 2º do art. 31 da Lei nº 4.375/1964).

Fazendo-se um paralelo com as Leis Penal e Processual Penal Militares, verifica-se que a prescrição do crime de deserção, com fundamento no art. 132 do CPM, dá-se quando o desertor completa quarenta e cinco anos de idade, se praça, e sessenta anos, se oficial, sem que nunca tenha se apresentado ou sido capturado.

Somente será isento do processo penal, bem como da reinclusão no serviço ativo, aquele que, após se apresentar ou ser capturado, é julgado incapaz definitivamente para o serviço militar, com fundamento no § 2º do art. 457 do CPPM.

Torna-se nítido que o legislador isentou do processo penal militar aquele cidadão que não possua mais condições de cumprir sua obrigação com o Serviço Militar, seja o desertor que completou quarenta e cinco anos de idade, se praça, ou sessenta anos de idade, se oficial, sem que a Justiça Militar o alcançasse em tempo hábil, seja aquele que foi julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo em inspeção de saúde, por ter adquirido moléstia ou sofrido acidente, impossibilitando-o terminantemente do cumprimento de suas obrigações militares.

Para os demais casos, não há qualquer óbice ou isenção que impeça o prosseguimento da ação penal militar já iniciada, depois de cumpridos todos os requisitos de procedibilidade, uma vez que não existe previsão legal fora daquelas hipóteses.

Assim, não me parece lógico o argumento sustentado de que haveria julgamento de civil no caso de exclusão de militar das fileiras das Forças Armadas após o cometimento de nova deserção. Na verdade, trata-se de militar que cometeu um delito e que necessita ser processado e julgado pelo ato que praticou, a fim de que haja a preservação do serviço e do dever militares e se evite a impunidade daqueles que afetam esses princípios.

Observa-se, dessa forma, que a exclusão do serviço ativo das Forças Armadas não pode representar uma causa a justificar a isenção do processo, ou mesmo causa de extinção de punibilidade, afastada dos ditames legais, a promover a impunidade e a incentivar a outros militares a abandonarem as lides castrenses.

Cumpre ressaltar que o militar do serviço ativo, ao ser licenciado, integrará a reserva não remunerada, permanecendo na condição de reservista, e terá obrigação para com o serviço militar até os quarenta e cinco anos de idade, se praça, ou até os sessenta anos de idade, se oficial, podendo ser convocado a qualquer momento, quando a situação nacional de defesa o exigir.

Por essa linha de raciocínio, se o que a Lei Penal Militar pretende é a preservação do serviço e do dever militares, não se pode criar jurisprudencialmente, ao arrepio da lei, uma condição de prosseguibilidade que tenha por objetivo obstar o processo penal militar, apenas para os crimes de deserção, ainda que o militar desertor seja licenciado no curso da ação penal, independentemente dos motivos que levaram a esse licenciamento, exceto nos casos de incapacidade física definitiva apurada em inspeção de saúde.

Para tanto, basta verificar que, no caso dos outros crimes propriamente militares praticados pelo militar no serviço ativo e julgados pela Justiça Militar da União – tais como abandono de posto, violência contra superior, motim, revolta, dentre outros –, mesmo que o acusado perca o *status* de militar, o processo e o julgamento prosseguem, sem qualquer óbice, até a efetiva conclusão.

Assim, havendo uma condenação pela Justiça Militar da União, tendo o acusado readquirido o *status* de civil em virtude de exclusão das fileiras das Forças Armadas, a execução da pena ficaria adstrita aos Juízes-Auditores, como ocorre com os demais crimes propriamente militares.

Cabe esclarecer que aos acusados que adquirirem a condição de civil no curso do processo, pela prática do crime de deserção, cuja pena seja inferior a dois anos, excepcionalmente, por política criminal, poderá ser aplicada a suspensão condicional da pena, uma vez que, consoante se infere de seu art. 62, o Código Penal Militar não permite o recolhimento de civil a estabelecimento prisional militar, tampouco a norma processual penal militar prevê a remessa de carta de guia aos diretores de penitenciária, para as penas inferiores a dois anos, conforme se pode verificar no art. 595 do CPPM.

Desse modo, como a aplicação da pena é regra de direito material, a regra proibitiva à concessão da suspensão condicional da pena, para os crimes de deserção, no caso em que os acusados tenham sido excluídos do serviço ativo das Forças Armadas, readquirindo a condição de civil, deve ser mitigada, beneficiando-se a esses.

Cumpre ainda ressaltar que o argumento normalmente usado pelos que advogam falta de condição de procedibilidade nos casos *sub examen* prende-se ao fato de haver farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar a respaldar tal tese.

Entretanto, tal argumentação traz em seu bojo três premissas, no mínimo, pouco consistentes, sobre as quais me permito algumas digressões.

A primeira premissa é exatamente em relação a uma suposta situação pacífica da "farta jurisprudência" do STF e do STM sobre o tema.

Na verdade, as decisões desta Corte, desde o advento do atual Código Penal Militar, sempre foram no sentido de dar condições de procedibilidade e prosseguibilidade à ação penal do desertor que, no curso do processo a que responde, comete nova deserção. O primeiro incidente de isenção do processo penal militar em decorrência da nova legislação, pelo qual um militar praticara dois crimes de deserção distanciados no tempo, foi decidido por esta Corte no *Habeas Corpus* nº 1993.01.032965-0/PR, da relatoria do Ministro PAULO CÉSAR CATALDO, em 14 de dezembro de 1993. Salienta-se, entretanto, que, no processo em comento, o desertor, após a captura da segunda deserção, teve julgada sua incapacidade física definitiva.

Outros julgados desse mesmo teor foram, então, sendo colacionados, até que, sem razão aparente, estendeu-se a falta de condição de procedibilidade e de prosseguibilidade, até então acertada, a outros motivos que não a incapacidade física definitiva.

A segunda premissa prende-se especificamente às decisões do STF sobre a temática. Ora, é absolutamente factível, de depreensão lógica, que essas decisões sejam decorrentes do posicionamento então tomado pelo Superior Tribunal Militar. Tivesse esta Corte mantido o posicionamento anterior, certamente as decisões da Corte Suprema seriam, no mínimo, divididas.

A terceira premissa, e mais relevante, prende-se à pseudo-imutabilidade das decisões de Direito. Ofende mesmo os princípios mais

elementares da Ciência Jurídica advogar-se que não é conveniente mudar uma posição consolidada do Superior Tribunal Militar, sob pena de promover insegurança. Trata-se de infeliz desconhecimento do processo evolutivo da Ciência, em que novos fatos ou fenômenos, sujeitos a observações e testes sistematizados, são capazes de quebrar paradigmas e construir novas teorias. Essa é a síntese da evolução científica. É o próprio método científico.

Concluindo, podemos afirmar que as condições de procedibilidade e de prosseguibilidade devem ser aquelas que figurem expressamente no texto legal, não sendo lícito o estabelecimento de outras regras para a sua aplicabilidade, sem que estejam suportadas por método científico de comprovação.

Quando se trata do crime de deserção, a interpretação equivocada das condições de prosseguibilidade da ação penal militar, firmando-se a isenção do processo penal militar, com o consequente arquivamento, sem respaldo na legislação processual penal militar, incentiva a impunidade no âmbito das Forças Armadas, é prejudicial à disciplina e à hierarquia militares, compromete a eficiência das Instituições Militares, afetando diretamente o dever e o serviço militares, e permite que uma decisão da Administração Pública interfira diretamente nos atos do Poder Judiciário, contrariando o princípio constitucional da independência e da harmonia entre os poderes constituídos.

A continuidade do processo penal militar, nos crimes de deserção, reforçará a tutela do dever e do serviço militares, bem como da missão e da eficiência das Forças Armadas, almejadas pela Constituição Federal, e fortalecerá as decisões e a credibilidade da Justiça Militar da União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, estabelece o Código de Justiça Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. 26/1/1938. p. 2.053.

_____. Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, institui o Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. 1/2/1944. p. 2.053.

_____. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. Regulamenta a Lei do Serviço Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. 3/9/1964. p. 7.881.

_____. Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966. Regulamenta a Lei do Serviço Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. Suplemento. 31/1/1966. p. 1.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. Suplemento. 21/10/1969. p. 6.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. Suplemento. 21/10/1969. p. 49.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Diário Oficial da União. Seção 1. 11/12/1980. p. 24.777.

_____. Lei nº 8.236, de 20 de setembro de 1991. Altera disposições do Código de Processo Penal Militar e da Lei da Organização Judiciária Militar. Diário Oficial da União. Seção 1. 23/9/1991. p. 20.405.

DOTTI, René Ariel. *Teoria Geral da Punibilidade*. Disponível em http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo4.htm. Acesso em: 3 de novembro de 2012, às 12:12 horas.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Processo Penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRIME DE DESERÇÃO. CIVIL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.

Célio Lobão[34]

Em contrariedade à disposição expressa na lei, à jurisprudência tranquila do STF e do STM, identificamos tendência de processar e condenar civil ou militar na inatividade pela prática de crime de deserção cometido quando um ou outro prestava serviço militar. Inclui, também, a execução de sentença condenatória decorrente do cometimento do delito nas mesmas circunstâncias.

A tendência destoa da construção doutrinária e jurisprudencial da Corte Suprema, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais da Justiça Militar estadual, dos Juízes da Justiça Militar federal e estadual, do Ministério Público Militar federal, da Defensoria Pública federal, e dos estudiosos do Direito castrense, sem esquecer Súmulas da Corte Superior da Justiça Militar, precisamente as Súmulas 8 ("*O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar*") e 12 ("*A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o* status *de militar, condição de procedibilidade para a* persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo*.").

Expõe Frederico Marques, ao comentar o Código de Processo Penal:

> *"Mais acertado se nos apresenta, neste passo, o que ensina Eduardo Massari, de que as condições de procedibilidade abrangem todas as questões correlatas com o exercício da ação penal. Desse modo, além das três condições da ação penal (retro, § 35), ainda se inserem, entre as condições de procedibilidade, certos requisitos especiais para que se instaure o processo, ou a* persecutio criminis*. É o que se dá com a requisição do ministro da Justiça, com o ingresso no país de quem praticou crime*

---

[34] Juiz-Auditor Corregedor – Aposentado.

no estrangeiro e com as condições a que se refere o art. 43, nº III, do Cód. de Proc. Penal". (grifos do texto) (Elementos de Direito Processual, vol. II, pág. 392, 1. ed. Forense).

Seguindo o ensinamento do ilustre processualista penal, diremos que, "além das três condições da ação penal", no processo de deserção se insere condição objetiva de procedibilidade, qual seja a qualidade de militar no serviço ativo. A qualidade de militar se faz presente nos arts. 451 a 457 do CPPM, e sancionada pela reiterada jurisprudência do STF, e, como não poderia ser diferente, seguida pelo STM. Com efeito, os Capítulos I a III do Título II, do CPPM, tratam, respectivamente, da deserção em geral; do processo de deserção de oficial; do processo de deserção de praça com ou sem graduação e de praça especial. Neles vem indicado, claramente, o militar da ativa como agente único e exclusivo do crime de deserção.

Outros autores, não menos ilustres, trazem seus ensinamentos relativos às condições de procedibilidade, servindo de valiosos subsídios para o estudo mais amplo da matéria. Seguem as citações:

Segundo Vicente Greco Filho: *"Condições de procedibilidade são fatos, naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal. Não são outras condições da ação, mas condições especiais subsumidas na possibilidade jurídica do pedido"* (Manual de Processo Penal, pág. 112, Saraiva).

A qualidade de militar do agente, no crime de deserção, é fato jurídico "cuja existência" a lei exige "para propositura da ação penal", resultando na extinção do processo, inclusive o de execução, se a qualidade militar deixar de existir.

Mirabete expõe que as "*condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, têm o caráter processual e se atêm somente à admissibilidade da persecução penal. Exigida uma condição especial, a admissão da ação penal, além das condições da ação (gerais), depende dessa condição específica"* (Processo Penal, pág. 108, Atlas).

Esclarece Tourinho Filho, as condições específicas são exigidas pela lei em alguns casos. "*Por isso mesmo, quando se inicia uma ação penal, o Juiz, além de observar se estão satisfeitas as condições genéricas, deverá também examinar se naquela hipótese a lei sujeita o exercício da ação penal a alguma outra condição*". Com apoio em Beling e Vannini acrescenta: "*se o Juiz, ao proferir a sentença final, observar que faltou uma condição específica, anula o processo (...) A sentença tem, aí, natureza*

eminentemente processual". (Processo Penal, 1. vol., 5. ed. Saraiva, págs. 447, 453 e 454).

É o que acontece no processo e julgamento do delito de deserção. Não só no início da ação penal, mas também em qualquer fase processual, desde a propositura da ação penal até a fase executória da sentença o Juiz *"deverá também examinar se naquela hipótese a lei sujeita o exercício da ação penal a alguma outra condição"*, no caso em comento, deverá examinar se está presente a condição de procedibilidade, isto é, a qualidade de militar da ativa do sujeito passivo da relação processual, como exige a lei, arts. 451 a 457, conforme o caso.

A qualidade de militar da ativa é condição objetiva de procedibilidade, cuja ausência impede a propositura da ação penal. Se for proposta resulta na nulidade do processo, inclusive na fase de julgamento, assim como na extinção do procedimento executório.

Não se trata de causa supralegal de extinção de punibilidade, nem de afastar a incidência das normas do CPM relativas ao crime de deserção e sim, repetimos, ausência de condição objetiva de procedibilidade que impede o MPM de ingressar em Juízo para promover a ação penal, e se for proposta macula a ação penal desde sua propositura até a execução da sentença, bem como a sanção imposta, mesmo depois de cumprida na sua integralidade.

Por outro lado, por se tratar de crime que somente o militar da ativa pode cometer, deixa de existir condição objetiva de procedibilidade resultando na extinção do processo em qualquer fase, se o agente, independente do motivo, perde a qualidade de militar da ativa (p. expl., pelo término da prestação do serviço militar obrigatório).

Presentes as condições de procedibilidade quando da propositura da ação penal, evidente que tais condições deverão existir em todo decorrer do processo, sem necessidade de transformarem-se em condições de prosseguibilidade mesmo porque, ausentes as condições de procedibilidade, carece de cogitação saber se o processo deve ou não prosseguir porque será decretada sua nulidade, sua extinção.

Em face dos estreitos limites deste artigo, citaremos trechos de ementas do STF e voto de Ministro do STF:

> *"(...) réu que não detinha a qualidade de militar da ativa quando do recebimento da denúncia pela justiça militar estadual – essencialidade da condição de militar da ativa, na hipótese de*

crime de deserção, para efeito de válida instauração e/ou prosseguimento da ação penal promovida perante a justiça militar (...)" (HC 103.254, Rel. Min. Celso de Mello).

"(...) I - paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a Execução da pena imposta pelo crime de deserção. (...)" (HC 79.432, Relator o Ministro Nelson Jobim).

"1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida". (HC 90.838, Rel. Min. Cármen Lúcia).

"(...) Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, não há justa causa para a execução. Recurso provido." (RHC 83030, Rel. Min. Ellen Grace).

Em seguida, cópia da ementa do HC 108.197, e, na íntegra, voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski:

"(...) I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício".

Segue o voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski:

"O Senhor Ministro ***Ricardo Lewandowski*** *(Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de concessão da ordem de ofício, prejudicado o pedido de reconhecimento da prescrição.*

O acórdão impugnado porta a seguinte ementa:

'AGRAVO REGIMENTAL in EMBARGOS. PEDIDO DE JULGAMENTO DE RECURSO DE RÉU INCUR-

SO NO DELITO INSCULPIDO NO ART. 187 DO CPM EXCLUÍDO A BEM (sic) DISCIPLINA.

Defesa pugna pelo julgamento do mérito dos embargos, ao argumento de a decisão agravada sobrepor uma decisão de caráter meramente administrativa, qual seja, o licenciamento do militar, às garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, inscritas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Argumenta, nos Embargos, no sentido de que a matéria a ser tratada era de ordem pública, ou seja, causa de extinção da punibilidade, fato que poderia ser reconhecido de ofício, em qualquer fase do processo, independentemente da condição processual do acusado, seja ele civil ou militar da ativa. In casu*, o aspecto de se encontrar o Agravante atualmente como Civil exsurge como questão prejudicial hábil a impossibilitar o seguimento dos Embargos, ante a ausência de condição de procedibilidade. Manutenção da decisão agravada. Decisão unânime'.*

Neste writ*, o impetrante busca a reforma de decisão do STM que negou seguimento aos embargos infringentes ajuizados pela defesa por considerá-los prejudicados, por falta de condição de procedibilidade. Ao final, postula seja declarada a extinção da punibilidade pelo transcurso do prazo prescricional.*

Sem razão, contudo.

Com efeito, entendo que acertou o relator ao considerar prejudicado o recurso interposto pela defesa por falta de condição de procedibilidade. Não obstante, tenho que a solução adotada deveria ser outra.

Isso porque o paciente, que havia sido condenado como incurso nas penas do art. 187 do CPM (deserção), foi licenciado a bem da disciplina em decorrência da prática de atos que maculam os preceitos da ética militar, da honra pessoal, do pundonor militar e do decoro da classe (no caso, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006) conforme decisão publicada no Boletim Interno nº 61, de 31/3/2010.

O art. 187 do Código Penal Militar dispõe:

'Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

> *Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada'.*

Pois bem. Embora tenha me manifestado, por ocasião do julgamento do HC 90.838/SP de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a perda superveniente da qualidade de militar do serviço ativo não significa o surgimento de excludente de punibilidade, verifico que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito e, existindo condenação, a execução da reprimenda imposta, como no caso sob exame. Nessa esteira, colaciono o seguinte julgado desta Corte:

> 'HABEAS CORPUS – *POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOUTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO'* (HC 103.254/PR, Rel. Min. Celso de Mello).

No mesmo sentido, menciono, ainda, os seguintes precedentes: HC 90.672/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, HC 79.531/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, RHC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie.

Esse também é o entendimento de Célio Lobão, para quem

> *'na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor*

perder essa qualidade, passando para a inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado' (LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 387.).

Em seguida, afirma que:

> *'se o desertor, oficial, praça estável, praça sem estabilidade, e praça especial perderem a qualidade de militar da ativa, requisito indeclinável, "para o exercício da pretensão punitiva", falta justa causa para propositura da ação penal, para prosseguimento do processo condenatório ou executório, conforme o caso. A denúncia será rejeitada pelo Juiz. O processo condenatório será extinto por decisão do Conselho e processo de execução por decisão do juiz. Irrelevante o motivo determinante da perda da condição de militar da ativa'*. (Idem, p. 390).

Idêntica orientação foi adotada pelo relator do agravo regimental interposto nos embargos infringentes no STM, que consignou em seu voto:

> *'Tem-se que o ora Agravante resultou condenado por infringir o art. 187 do CPM.*
>
> *Destarte, estes autos se verificam, mesmo na atual fase recursal, como sendo de processo especial de deserção.*
>
> *É curial que a considerada ação penal, específica da Justiça Militar, exige para o seu andamento que o acusado ostente o* status *de militar da ativa em todo o curso do feito.*
>
> *Nesse diapasão, todo e qualquer processo originado por crime de deserção que venha demonstrar carência da* conditio sine qua non *salientada acima resulta de molde a obstaculizar posterior exame de mérito da* quaestio.
>
> *Por outro lado, mister explicitar alguns efeitos da perda da condição de militar da ativa, em relação*

ao crime de deserção, quais sejam: faz com que se impossibilite eventual execução da pena imposta em ação penal; nos termos do art. 64, II, do Código Penal, não pode ser considerado reincidente caso cometa outro crime, tendo como antecedente o crime do art. 187 do CPM e, ainda, não subsiste nenhum efeito extrapenal da condenação imposta'.

Ante o exposto, concedo a ordem, de ofício, para tornar insubsistente a condenação e determinar a extinção definitiva (...)". (HC 108.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Seguem trechos de ementas de acórdãos do STM:

"Crime de deserção é próprio de militar na ativa" e "só pode ser processado por crime de deserção o militar, jamais o civil" (Rec. Crim. 006194-0/1994, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Eduardo Cezar de Andrade).

"(...) é condição de procedibilidade para o processo de deserção, independente da graduação do agente, se praça estável ou não, sua condição de militar da ativa, se a praça estável é considerada incapaz definitivamente, impõe-se a nulidade do processo" (Rec. Crim. 048024-4/1997, Rel. Min. Sérgio Xavier Ferolla).

"Militar licenciado por incapacidade temporária, no curso da instrução criminal. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Procedido o licenciamento da praça sem estabilidade, retira-se a condição objetiva de procedibilidade, uma vez perdida a qualidade do militar, pressuposto essencial para que alguém seja processado por crime de deserção. Apelo ministerial improvido. Decisão unânime". (Apel. 2000.01.048602-1, Rel. Min. Germano Arnoldi Pedrozo).

"Consoante reiterado entendimento da Corte Castrense, no crime de deserção falta condição de procedibilidade quando o agente não guarda a situação de militar em atividade. Tendo perdido a qualidade de militar no decorrer do processo é nula a condenação operada pela Corte em grau de recurso. O remédio heroico não encontra óbice na coisa julgada 'quando o processo estiver evidentemente nulo' (art. 467, i, do CPPM). 'Habeas corpus' concedido de ofício para anular a condenação imposta ao civil, por falta de condições de procedibilidade, e trancar o processo de execução de sentença, julgando prejudicado o recurso

ministerial. Unânime". (Rec. Crim. 2000.01.006767-0, Rel. Min. José Júlio Pedrozo).

Citamos ainda o HC 2002.01.033789-0, no qual o Relator Min. Valdésio Guilherme de Figueiredo foi vencido ao defender a tese seguinte:

> *"Trata-se,* in casu*, de praça que, não sendo estável, perdera o* status *de militar, em virtude de exclusão por incapacidade definitiva para o serviço militar (...) O entendimento nesta Corte, seguindo a orientação do Excelso Pretório, é no sentido de que, 'uma vez verificada a incapacidade definitiva do desertor, fica ele isento do processo e da inclusão, devendo o fato ser levado em conta ainda que esteja em fase recursal – art. 464 do Código de Processo Penal Militar"*.

A sempre diligente Defensoria Pública federal interpôs recurso para o STM que reformou a decisão recorrida, nos termos do voto vencido:

> *"Com o reconhecimento da incapacidade definitiva preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º, do CPPM, não há justa causa para a execução. Recurso provido"*. (RHC 83.030, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., julg.: 10/6/03).

As ementas e o voto citados não deixam dúvida quanto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Enquanto for mantido esse entendimento, que esperamos acontecer, deve ser seguido pelos demais Tribunais, caso contrário o cidadão excluído do serviço militar ativo sofrerá constrangimento ilegal por figurar como indiciado em IPM, ou como acusado em processo especial de deserção ou como condenado em processo executório, apesar do entendimento da Corte Suprema, repetimos, no sentido da inexistência de condição de procedibilidade.

JURISPRUDÊNCIA

Apelação

APELAÇÃO Nº 2-60.2008.7.01.0101-RJ

Relator – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à condenação de Fabiano Fernandes Brandão, Civil, a pena de 6 meses de detenção, como incurso, por desclassificação, no art. 210 do CPM, com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 14/3/2012.

Advogada – Dra. Jacquelaine dos Santos Carvalho.

EMENTA

Apelação. Lesão Corporal com excesso culposo. Inocorrência. Desclassificação. Lesão Corporal Grave. Dolo configurado. Ausência de legítima defesa. Ausência dos elementos essenciais do crime de lesão corporal (art. 210 do CPM) c/c com excesso culposo (art. 45 do CPM): o agente que, em quaisquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade responde pelo fato, se esse é punível a título de culpa. Fatos comprovam que a atitude do Apelante, ao praticar a conduta típica, foi dirigida a produzir lesão corporal, indubitavelmente, de forma dolo-

sa, pois a ação praticada pelo Apelante tipifica inteiramente o delito do art. 209, § 2º, do CPM. Reputa-se ser incabível o argumento do Acusado de legítima defesa, uma vez que se propôs a enfrentar uma séria discussão, com arma na cintura, sacando-a para intimidar o desafeto. Apelo Ministerial provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o Civil Fabiano Fernandes Brandão à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 209, § 2°, do CPM, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, consoante o art. 33, § 2°, letra "c", do CP comum, bem como o direito de apelar em liberdade.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Alvaro Luiz Pinto, Carlos Alberto Marques Soares, Artur Vidigal de Oliveira e Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 2ª Sessão, 5/2/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação, interposto pelo Órgão Ministerial, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 14 de março de 2012, que condenou o civil Fabiano Fernandes Brandão à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso, por desclassificação, no art. 210 do CPM.

O Acusado foi preso em flagrante delito no dia 3 de janeiro de 2008, por ter efetuado disparos contra o Cap Ex Edmar Tadeu de Souza, no estacionamento do Hospital de Guarnição da Vila Militar, lesionando o Ofendido acima referido.

A Defesa requereu a liberdade provisória em 7 de janeiro de 2008 (fls. 28/29). A Juíza-Auditora determinou a restauração da liberdade do Acusado (fls. 201/202), sendo cumprida conforme documento lavrado pela Oficiala de Justiça *ad hoc* (fl. 200).

Em 10 de novembro de 2008, o Órgão Ministerial ofereceu Denúncia em desfavor do civil Fabiano Fernandes Brandão, como incurso no crime de lesão corporal grave (art. 210, § 2º, do CPM). Narra a Exordial Acusatória (fls. 1-a, 1-b e 1-c) que, *in verbis:*

> *"(...) No dia 3 de janeiro de 2008, por volta das 12 horas, o Ofendido, Capitão de Material Bélico EDMAR TADEU DE SOUZA FERREIRA, compareceu ao Hospital de Guarnição da Vila Militar para conversar com a 3º Sargento MARCELLE BALSTER DOS SANTOS, pois tinha intenção de convidá-la para almoçar. Formalizou o convite ao encontrá-la no estacionamento daquele estabelecimento hospitalar, porém ela recusou, dizendo que lhe telefonaria posteriormente. Quando o Denunciado, que se encontrava nas imediações, avistou o Ofendido, abordou-o, perguntando a seguir: 'Por que estava indo atrás de minha mulher?', fazendo exibir a arma que estava portando na cintura.*
>
> *(...) O Ofendido imediatamente respondeu, dizendo 'que não tinha medo de arma', declarando ainda que 'se realmente ela era sua mulher, você devia mandá-la parar de ligar para mim'. Neste momento, deu-se início a uma discussão, seguida de ofensas e agressões físicas recíprocas entre Denunciado e Ofendido. Naquele instante, aproximou-se a 3º Sargento MARCELLE, que se colocou entre eles para separá-los. Neste momento, o Denunciado tentou sacar sua arma uma pistola .380ACP, modelo PT938, marca Taurus, que caiu no chão. De imediato, o denunciado apanhou-a no chão e disparou para o alto. Objetivando proteger-se dos disparos, o Capitão TADEU transpassou seu braço à frente do tronco da 3º Sargento MARCELLE e a agarrou com uma 'gravata', posicionando-se atrás dela. A certa altura, o Capitão TADEU empurrou MARCELLE e entrou em luta corporal com FABIANO, tendo este efetuado vários disparos, que atingiram sua perna esquerda, períneo à direita e seus órgãos sexuais, quando o Ofendido caiu e, a seguir, cambaleou até o saguão do Raio X, onde veio a ser socorrido. Momentos depois, aproximou-se o Major ACÁCIO ALFREDO SOARES DA COSTA (fls. 86/88), o qual solicitou que o Denunciado colocasse a arma no chão, no que foi atendido, tendo FABIANO sido detido pelos componentes da Guarda do Hospital, lavrando-se posteriormente o Auto de Prisão em Flagrante de fls. 4/6.*
>
> *(...)*
>
> *(...) Diante do exposto (...) se espera seja julgado procedente para condená-lo como incurso nas penas do artigo 209, parágrafo 2º, do CPM."*

Recebida a Denúncia em 19 de novembro de 2008 (fl. 282), foi o Apelante citado (fls. 300/300v); após, qualificado e interrogado (fls. 305/308).

Em 14 de março de 2012, o Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, por unanimidade de votos, julgou procedente a Exordial Acusatória e decidiu condenar o civil Fabiano Fernandes Brandão; e, por maioria (3x2), desclassificou o crime para o art. 210 do CPM, impondo a pena de 6 (seis) meses de detenção (fls. 626/636). A Sentença foi lida e assinada em 27 subsequente (fl. 638), estando ausentes as partes.

O Órgão Ministerial foi intimado em 2 de abril de 2012 (fl. 636) e a Defesa em 4 de maio do mesmo ano (fl. 648), tendo esta manifestado expresso interesse em não recorrer.

O Ministério Público Militar interpôs, em 9 de abril de 2012 (fl. 639), tempestivamente, o presente recurso. Para a Defesa, a Sentença transitou em julgado em 14 de maio de 2012 (fl. 650).

Em Razões de Apelação (fls. 642/644), o Órgão Ministerial requer a reforma da Sentença, com a consequente condenação do civil Fabiano Fernandes Brandão, nas sanções previstas no art. 209, § 2º, do CPM.

Em Contrarrazões (fls. 652/653), a Defesa assegura que a Sentença julgou corretamente a lide em tela, conforme as provas dos autos e a jurisprudência, motivos pelos quais requer a manutenção da Sentença *a quo*.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral da Justiça Militar (fls. 662/667), opina pelo provimento do recurso interposto, para condenar o Acusado nas sanções do art. 209, § 2º, do CPM.

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido. **Quanto ao mérito, impõe-se o provimento do Apelo Ministerial**.

O Órgão Ministerial apela da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 1ª Auditoria da 1ª CJM, que condenou Fabiano Fernandes Brandão, civil, por desclassificação, no crime previsto no art. 210 do CPM – lesão corporal culposa.

A Exordial acusatória descreveu fatos que enquadravam a conduta do Acusado ao tipo do art. 209, § 2º, do CPM. No entanto, o Conselho Permanente de Justiça desclassificou o crime para o art. 210 do CPM, reconhecendo a lesão corporal com excesso culposo.

Em leitura atenta dos autos e após bem analisar as razões de recurso ministerial, entende-se que o conjunto probatório permite comprovar a ocorrência dos fatos narrados na Denúncia, em especial no tocante à presença do elemento subjetivo (dolo) durante o excesso.

Logo, assiste a razão ao Órgão Ministerial ao requerer a reforma da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 1ª Auditoria da 1ª CJM, pela presença de provas quanto ao excesso doloso do Inspetor Fabiano Fernandes Brandão. Vejamos.

De início, vale frisar que a autoria e a materialidade restaram plenamente configuradas, consoante apontadas no Auto de Exame de Corpo de Delito (fls. 236), em que ficou configurada a debilidade permanente de função reprodutora e a deformidade permanente.

Quanto à verificação do dolo, mister reflexão pormenorizada do ocorrido, visando perfeito descortino do que realmente ocorreu no estacionamento do nosocômio.

No que se refere à reconstrução simulada dos fatos, as versões apresentadas pelos envolvidos são diametralmente opostas.

Tanto a ex-Sgt Marcelle, noiva do Acusado Fabiano, quanto ele próprio, alegam que teria agido em legítima defesa ante a agressão impetrada pelo Ofendido.

Em versão antagônica, a vítima contra-argumenta que foi provocada e que só agarrou Marcelle para se proteger de eventuais disparos que pudessem ser feitos pelo Acusado, quando passou a lutar corporalmente com o intuito de lhe tomar a arma.

Evidentemente que ambas as versões são contraditórias e com forte carga de suspeição, eis que sequer podem ser consideradas como testemunhos. Tem-se, assim, a versão apresentada por terceiros como mais confiáveis, *in verbis*:

Maj Acácio Alfredo Soares da Costa - (fls. 323/324):

> *"(...) não sabe precisar bem, mas acha que saiu do carro por ter ouvido algum disparo e não somente por causa de uma discussão; entre o local onde estavam as três pessoas e o carro do depoente, havia um outro carro estacionado; nisso observou*

que havia um homem efetuando disparos no outro e a Sgt MARCELLE no meio; tudo ocorreu numa sequência, tem a lembrança que o acusado atirava com a arma voltada para baixo, na direção do outro homem, das pernas; não deu para ouvir o teor da discussão, apenas os gritos de cada um; não dava para distinguir qual era o assunto tratado; não viu se o Cap Tadeu agarrava a Sgt MARCELLE; em seguida, aos sons dos disparos, viu o Capitão se afastando e o acusado indo em direção a ele, contornando o veículo preto mencionado, e ainda disparando; antes disso, a Sgt MARCELLE havia mudado de posição e não estava mais entre os dois homens; o Capitão se jogou numa valeta, ou caiu, e o civil parou de atirar; o depoente se aproximou e pediu que largasse a arma no chão;".

Cb Willians Batista de Oliveira - (fls. 399/400):

"(...) o depoente viu um paisano com uma arma na mão; que o paisano se posicionava na frente do militar que, por sua vez, aplicava a 'gravata' na referida mulher; tendo em consideração que o militar transpassou o braço sobre a mulher, esta se encontrava entre o militar e o paisano, ou melhor, no meio de ambos; que o paisano apontava sua arma para o chão; que o militar, no contexto, tentou tirar a arma do paisano, enquanto este segurava a arma, apontando-a para o chão; que o militar e o paisano se atracaram, devendo ser enfatizado que o paisano continuava com a arma na mão; que o paisano empurrava o militar com o braço esquerdo; é bom que se diga, como o militar não tirou suas mãos do paisano, este começou a dar tiros para o chão; em seguida, o depoente viu que um tiro acertou a perna do militar; nada obstante, o militar continuou tentando tomar a arma do paisano; que o paisano continuou atirando, até que o depoente viu que um outro tiro atingiu o militar mais ou menos na direção da coxa; como o militar viu que não conseguia tirar a arma do paisano, o militar soltou o referido paisano, vindo a cair em seguida; que o paisano, quando viu que o militar havia desistido de segurá-lo, guardou sua arma; que, quando o paisano deu os tiros, o militar já tinha soltado a mulher; que, no local em que se posicionava, o depoente não tinha condições de ouvir qualquer ameaça emanada do militar em face da mulher. (...) que o paisano começou a atirar quando o militar partiu para cima dele; que o paisano, na ocasião, tentava se defender; que, antes do acusado atirar, o Capitão soltou a mulher, ao tempo em que partiu na direção do acusado; que, quando o ofendido soltou a

> *mulher, o acusado já se posicionava com a arma apontada para o chão; (...) que o acusado deu os primeiros tiros para o chão, provavelmente para afastar o Capitão; como o Capitão continuou lhe agarrando, o acusado levantou a arma um pouco, atirando na direção de sua coxa.".*

As versões apresentadas pelas testemunhas presenciais apresentaram pontos divergentes, alguns aspectos convergem e desmontam a versão apresentada pelos envolvidos.

Primeiramente, verifica-se que, se a legítima defesa existiu, não foi em relação a ex-Sgt Marcelle, já que os disparos foram efetuados quando esta já havia se desvencilhado do oficial.

Vale observar que a versão do Ofendido de que agarrou a ex-namorada para se proteger é plausível diante das circunstâncias. De outro lado, verifica-se que os disparos efetuados pelo Acusado em direção ao desafeto se iniciaram no momento em que este o segurava tentando tomar-lhe a arma.

Não foi diferente a conclusão do Laudo Pericial nº 006/08, quando, à fl. 163, afirma que os tiros foram efetuados provavelmente somente quando o Ofendido e Ofensor estavam muito próximos e que seria incompatível com as versões apresentadas pela ex-Sgt Marcelle e pelo Inspetor Fabiano.

Em que pese tenha existido uma investida do Capitão Tadeu contra o Acusado, não se pode esquecer que este se dirigiu à Organização Militar armado, provocando o Ofendido e mostrando que portava arma de fogo.

Logo, ao Acusado, propondo-se a enfrentar uma séria discussão, com arma na cintura, sacando-a para intimidar o desafeto, não é possível acobertar-se sob a égide da legítima defesa, na medida em que deu causa às agressões.

Também, não se constata, ao exame acurado dos autos, a tese de excesso culposo. Foram disparos efetuados em direção ao militar, sendo que 3 (três) o atingiram, com claro intuito de feri-lo.

Nesse ponto, mister reproduzir trecho do parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o qual, por sua pertinência, adoto como razões de decidir (fls. 662/667), *in verbis*:

> *"(...) Não há como admitir a desclassificação operada, de lesão corporal dolosa, para legítima defesa com excesso culposo, por dois motivos.*

O primeiro, não há fundamentação suficiente para amparar a desclassificação. A rigor, apenas dois curtos parágrafos servem de fundamentação:

> *'No caso dos autos, é evidente a harmonia entre o depoimento de fls. 399/400 com a conclusão do supramencionado laudo, em que os louvados analisaram a lide no palco dos acontecimentos, o que os permitiu aquilatar todos os meandros dos fatos.*
>
> *À luz dessa conjuntura, resta evidente que o réu obrou em legítima defesa própria, malgrado tenha se excedido quanto aos tiros efetuados. Por isso, deve ser condenado por lesão corporal culposa, conforme reza o art. 45 c/c art. 42, II, ambos do CPM.'*

Nada mais!

Não há, evidente, harmonia entre os depoimentos com a conclusão dos expertos e, absolutamente, não há motivação para justificar a legítima defesa.

A única conclusão inevitável é o manifesto excesso e, quanto a isso, inequivocamente não pode ser reconhecido como excesso culposo. Excesso induvidosamente houve, entretanto, foi doloso.

Nada obstante, e aqui o segundo óbice para a manutenção da sentença, antes mencionado, não estão presentes os requisitos da excludente de ilicitude, por legítima defesa.

Não ocorreu agressão injusta, nem ao Apelado nem à Sargento. O fato de puxá-la pelo pescoço não é contemporâneo aos tiros, já não estava entre os contendores, não há qualquer vestígio de sufocamento, como tenta fazer crer o recorrido, para justificar a ação defensiva, nem houve desfalecimento, como insinuou a Sargento.

Depois de a soltar, sem que tal ato possa ser considerada agressão, é que partiu na direção do Apelado que já portava a arma em atitude ameaçadora. Esta sim uma atitude de defesa, a do Capitão, porque o réu já havia efetuado disparos, para o alto e na sua direção em que pese para o chão.

O número de disparos e a forma como foram efetuados não permitem a inferência de que se agia em defesa, menos ainda legítima. É certo que contornou um veículo preto, enquanto o ofendido se afastava para alvejá-lo com outro tiro. (...)

O fato de apontar para a genitália, causando dano gravíssimo ao ofendido, é típico de quem quer realmente causar lesão

grave, quiçá, fatal. Quisesse apenas atirar para o chão, a vítima teria sido apenas alcançada por ricochetes e não por impactos diretos.

O depoimento do Major Acácio nesse sentido não pode ser desprezado como fez o Conselho Julgador, porque em nada é incompatível com a dinâmica dos fatos. Ao contrário, melhor esclarece a forma como foram efetuados os disparos.

(...)

Um dos tiros atingiu o Capitão na panturrilha esquerda, exatamente no momento em que a vítima tentava se esconder do exaltado ofensor que, armado, continuava a atirar. Vale dizer, pelas costas.

Nenhuma dúvida havia de estar o militar desarmado, ainda assim continuou atirando e, por muito pouco, não ceifou a vida do Capitão, é o que afirma uma testemunha que acompanhou todas as circunstâncias do fato, o Major Acácio.

(...)

A audácia e a determinação eram tamanhas que foi ao lugar de trabalho do ofendido, uma organização militar, armado e decidido ao confronto, o que indica ter premeditado a ação, suficientemente preparado para causar as lesões que acabou por lograr."

Para que se possa diferenciar entre o excesso doloso (tese ministerial) e o excesso culposo (tese da defesa), mister colacionar os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

"a) excesso doloso: quando o agente ***consciente e propositalmente*** *causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. (...) O excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a possibilidade de se reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico que provocou no agressor (...)* (Grifo do autor)

b) excesso culposo: é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do erro de cálculo, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa.".

O Órgão Ministerial obteve êxito em provar o excesso doloso do Acusado. A prova dos autos favorece tal conclusão, em sintonia com a doutrina acima colacionada, pois é evidente que o dano produzido, conscientemente, foi muito superior ao necessário para repelir o ataque.

Assim, caracterizado o excesso na forma dolosa, responde o Acusado pelo resultado típico provocado, na mesma forma.

Nesse prisma, não é possível manter a aplicação do art. 45 do CPM, que estabelece: "*o agente que, em qualquer dos casos de exclusão do crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa*.".

Dessa feita, conclui-se que merecem prosperar as argumentações despendidas pela Acusação por ter restado caracterizado o excesso doloso.

Logo, mostra-se correta a condenação pelo art. 209, § 2º, do CPM, passando-se à individualização da pena.

Na análise das circunstâncias judiciais presentes no art. 69 do CPM, conclui-se que o exame é desfavorável. Porém, diferente do que decidiu o Conselho *a quo*, não pode ser aproveitada a extensão dos danos causados ao Ofendido, eis que já integram o tipo do art. 209, § 2º, do CPM.

Ausente o arrependimento do Acusado por sua conduta, sua indiferença, bem como a motivação dos disparos, encontram-se presentes circunstâncias relevantes e consistentes para concluir pela exacerbação da pena-base.

Na ocasião do interrogatório (fl. 307), o Acusado alegou que não queria atirar no Ofendido, mas que o "*problema foi o Capitão estar naquele local 'aporrinhando' o interrogando*". Ou seja, a motivação do crime está na rivalidade passional entre Ofendido e Ofensor.

Corroborando a motivação acima enunciada, o Réu afirmou que recebera uma ligação da noiva reclamando do fato de o Capitão estar no local a importuná-la, o que acaba por demonstrar um viés de premeditação na conduta executada, na medida em que compareceu ao local portando arma de fogo na cintura.

Da mesma forma, quando interrogado, se não lhe ocorrera de procurar seguranças ou militares no Corpo da Guarda, para ajudá-lo, não demonstrou qualquer arrependimento, tendo afirmado, inclusive, que se tratava de uma "*situação que teria que ser resolvida prontamente*".

Saliente-se que a versão de legítima defesa de outrem apresentada pelo Acusado foi prontamente rebatida pelas testemunhas presenciais, bem como pelo Laudo. Fixo, portanto, a pena-base, acima do mínimo legal, em 3 (três) anos de reclusão.

Deixo de conceder o benefício da suspensão condicional da pena, ante a vedação legal do art. 84 do CPM, e fixo o regime aberto para o cumprimento inicial da pena, consoante o art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal Brasileiro. Concedo, ainda, o direito de recorrer em liberdade, consoante o art. 527 do CPPM.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o civil Fabiano Fernandes Brandão à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 209, § 2º, do CPM, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP, bem como o direito de recorrer em liberdade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em dar provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Militar para, reformando a Sentença de primeiro grau, condenar o civil Fabiano Fernandes Brandão à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 209, § 2º, do CPM, a ser cumprido inicialmente em regime aberto, consoante o art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP, bem como o direito de apelar em liberdade.

Brasília, 5 de fevereiro de 2013 – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Relator.

APELAÇÃO N° 28-90.2011.7.03.0103-RS

Relator – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Revisor – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Marco Aurélio dos Santos Barzan, Sd Refm Ex, dos crimes previstos nos arts. 157, *caput*, 209 e 298, tudo do CPM.

Apelado – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 30/5/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Apelação. Violência contra superior. Lesão leve. Desacato a superior. Excesso não punível. Sd Refm Ex, ao ver o Tenente aparentemente discutindo com sua esposa na recepção do Hospital Militar, aproximou-se do superior hierárquico e desacatou-o verbalmente. Logo após, desferiu-lhe uma cabeçada no ombro direito. Não há dúvida quanto ao desacato, a violência contra superior e a lesão perpetrada. Apesar de estarem comprovadas a autoria e a materialidade, verifica-se que o Sd Refm Ex foi interditado em decorrência de laudo médico que declarava ser ele portador de demência decorrente de uma doença cerebral com quadro irreversível e totalmente incapaz para os atos da vida civil em caráter permanente. Em respeito ao princípio in dubio pro reo*, a melhor opção é pela incapacidade absoluta, evitando-se a imposição de pena. Os argumentos da Sentença são escorreitos. Não é necessária qualquer alteração nos fundamentos. Nega-se provimento ao Apelo. Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao recurso de Apelação, mantendo na íntegra a Sentença *a quo*.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vini-

cius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 63ª Sessão, 3/9/2013).

RELATÓRIO

No dia 18 de julho de 2011, o MPM ofereceu denúncia contra o Soldado Reformado do Exército Brasileiro MARCO AURÉLIO DOS SANTOS BARZAN, como incurso nos arts. 157, 209, 298, todos do CPM. Narra a exordial acusatória às fls. 01/04:

> *"No dia 16 de dezembro de 2010, por volta das 16h, nas dependências do Pronto Atendimento Médico (PAM) do Hospital Militar de Área de Porto Alegre (HMilAPA), Organização Militar de Saúde localizada na capital gaúcha, o ora denunciado soldado Reformado do Exército Marco Aurélio dos Santos Barzan desacatou e praticou violência física contra superior hierárquico, o 2° Tenente Médico João Pedro Pizzato Sidou, também causando ofensa à integridade corporal do referido oficial subalterno.*
>
> *Consta dos autos do Procedimento Policial n° 0000028-90.2011.7.03.0103 (IPM 16/11) que, no dia acima referido, o ora denunciado Marco Aurélio dos Santos Barzan compareceu, por volta das 13h, à emergência do HMilAPA, vez que, em virtude de um acidente ocorrido cerca de dez dias antes, estava com dores em um dos dedos de sua mão. Ao chegar ao nosocômio, o ora denunciado foi atendido pela Aspirante a Oficial Hellen Messias Lexau, que requisitou a realização de um exame de raio X, após o qual foi verificado, pela própria Aspirante Lexau, a inexistência de lesão óssea, explicando ao ora denunciado que as dores poderiam ter como causa alguma lesão vascular, razão pela qual solicitou atendimento especializado, esclarecendo ao denunciado que deveria ser aguardado atendimento pelo médico vascular, sendo-lhe prescrita medicação para amenizar a dor.*
>
> *Passado algum tempo, a Aspirante Lexau foi informada por uma enfermeira que o denunciado estava irrequieto, sendo constatado que ainda não lhe havia sido ministrada a medicação prescrita, o que, então, foi feito. Instantes mais tarde, a esposa do denunciado, a Senhora Janete da Silva Barzan, abriu um boletim de atendimento, com finalidade específica de protestar contra a demora do atendimento do seu marido. O 2° Tenente Pizzato, na condição de militar mais antigo presente no PAM, atendeu a esposa do ora denunciado e alertou-a de que, se a*

mesma não necessitasse de atendimento médico e somente quisesse reclamar do atendimento, deveria procurar a Ouvidoria de nosocômio militar, orientação que foi seguida pela Sra. Janete.

Aproximadamente uma hora mais tarde, por volta das 16h, o Tenente Pizzato foi informado pelos militares do hospital que a Sra. Janete estava muito exaltada e causando tumulto na recepção da emergência, exigindo a liberação da documentação e exames do seu marido, já que objetivava levá-lo a outro hospital, em virtude de demora do atendimento, ocasião em que o Tenente Pizzato esclareceu-lhe que a documentação somente poderia ser entregue quando o paciente tivesse alta médica.

Nesse momento, o ora denunciado Marco Aurélio dos Santos Barzan aproximou-se de seu superior hierárquico, e, na presença de diversos militares, pacientes e acompanhantes de pacientes, chamou o Tenente Pizzato de ***'Tenentinho de merda'****, procurando deprimir sua autoridade. Ato sequente, ao tempo em que indagava ao Tenente Pizzato o motivo desse estar gritando com sua esposa, o denunciado partiu em direção ao oficial e desferiu uma cabeçada no ombro direito do mesmo, causando-lhe, com tal ato de violência, '... dor em região infraclavicular direita com escoriação superficial e hiperemia no local, cerca de 10x7,5 cm de área e dor em quirodáctilo D.... sem evidência de fraturas...', consoante registrado em Auto de Exame de Corpo de Delito (fls. 117 do procedimento policial).*

É de ser registrado que o Tenente Pizzato, em momento algum, exaltou-se, levantou seu tom de voz e não reagiu à agressão, dando, porém, corretamente, voz de prisão ao seu agressor, determinando que os militares que o contiveram o conduzissem à área externa do PAM. Ao chegarem na área externa, o ora denunciado reclamou estar sentindo dores no seu braço e foi solto, ocasião em que apanhou uma barra de ferro e ameaçou danificar os automóveis que estavam no local, caso os militares tentassem imobilizá-lo novamente. Logo após, o ora denunciado pulou o muro externo da Unidade Militar e fugiu do local.

Assim sendo, verifica-se que, no dia 16 de dezembro de 2010, no interior do Hospital Militar de Área de Porto Alegre, o ora denunciado Soldado Reformado do Exército Marco Aurélio dos Santos Barzan cometeu os delitos militares de desacato a superior, violência contra superior e lesão corporal, tipificados nos arts. 298, 157 e 209 do Código Penal Militar, restando co-

mo ofendidos disciplina, a hierarquia e a autoridade militares, bem como a integralidade física do 2° Tenente João Pedro Pizzato Sidou (...)".

A denúncia foi recebida em 5 de agosto de 2011, fl. 128.

Em seu interrogatório, o Sd Refm Ex MARCO AURÉLIO DOS SANTOS BARZAN respondeu, às fls. 145/147:

> *"Que ao tempo da infração que lhe é atribuída se encontrava no local da denúncia; que não conhece o ofendido, não está lembrado dele, assim como também não conhece as testemunhas; que não tem condições de reconhecer pessoas; que nada tem a alegar contra o ofendido e as testemunhas; que não é verdade que chamou o Tenente de: 'tenentinho de merda'; que, reformulando, pode ter usado tais palavras, o que não é do seu feitio, até porque tem filhas e uma neta em casa; que não lembra de ter dado uma cabeçada no Tenente; que é reformado desde 15/3/91 por ter SIDA (HIV positivo); que o motivo de ter ido ao hospital era o de achar que o dedo estava quebrado; que fazia dez dias; que o dedo estava preto, gelado e com dor; que, depois da briga, de tudo que a esposa fez, foi medicado para dor; que antes disso só tinha feito o raio X; que o raio X foi rápido, ocorrendo um pouco depois das 13 horas, logo que chegou ao hospital; que toma o seguinte medicamento controlado: diazepan (para acalmar, 3 comprimidos por dia, de 10 mg) e fenitoína (para convulsão, 3 vezes por dia, 100 mg); que também sofre de encefalopatia, provocada por toxoplasmose, hepatite C; que lembra de ter fugido do hospital e de ter pulado o muro; que o motivo foi por ter ouvido alguém dizer: 'prende e quebra ele'; que ao sair de uma sala viu um Tenente gesticulando bastante, apontando o dedo para a sua mulher e gritando com ela; que não deu para ouvir o que ele dizia; que então já saiu 'louco'; que colocou a mão no Tenente para se defender, achando que pudesse ser agredido pelo Tenente, pelo jeito com que ele gritou com sua mulher; que sentiu muito quando o Tenente lhe disse: 'o que tu quer soldadinho'; que então respondeu ao tenente: 'eu sou soldado e o senhor está Tenente'; que no Exército que serviu não se fala assim com mulher e nem com civil; que preza muito a hierarquia; que defendeu a sua mulher, que o mantém vivo há vinte anos; que no momento tem medo de ir ao Hospital, embora precise; que no momento ficou 'cego'; que*

pode ter errado e pede desculpas; que nada justifica uma agressão; que pretende pedir desculpas ao Tenente, se é que fez o que dizem; que de fato pegou uma barra de ferro para se defender; que não ameaçou danificar os automóveis; que depois que pulou o muro deixou a barra de ferro na rua; que frequenta o Hospital Militar desde 1989; que nunca teve quaisquer problemas no Hospital; que sempre foi bem atendido; que se não está enganado tem umas 30 internações; que, no caso, o Tenente não era seu médico e ele disse que não iria entregar os exames, embora sua esposa pudesse levá-lo; que em nenhum momento em que esteve no hospital a dor diminuiu; que ficou quatro horas esperando o 'vascular' no hospital; que o problema no dedo ainda existe; que havia uma festa no hospital, parece que de encerramento de final de ano; que acredita que isso pode ter provocado a demora no atendimento, pelo 'vascular'.".

Em depoimento, às fls. 148/150, o ofendido JOÃO PEDRO PIZZATO SIDOU, Ten Ex, declarou que:

"(...) antes do ocorrido não conhecia o acusado e nem a esposa dele; que não prestou nenhum atendimento médico ao acusado; que a esposa abriu um boletim de atendimento e que foi feita uma triagem médica em relação à esposa do acusado e quando lhe foi perguntado qual era a sua queixa, ela reclamou do atendimento, ou seja, não era uma queixa médica; que então, na condição de Chefe de Plantão Médico, por ser o mais antigo na ocasião, procurou a esposa do acusado, informando-lhe que se a questão era pelo atendimento ela deveria procurar a Ouvidoria; que em nenhum momento gritou com a esposa do acusado e nem lhe apontou o dedo; que até pela origem italiana, quando fala gesticula; que a conversa foi em tom normal; que foi ofendido verbalmente; que em tom agressivo o acusado tentou desqualificá-lo, diminuindo a sua função; que em dado momento foi chamado, não lembra bem os termos exatamente, como: 'mero tenentinho'; que não tem certeza se foi chamado de: 'tenentinho de merda'; que inicialmente o acusado não foi agressivo, mas começou a alterar-se, inclusive chutando a porta; que então o declarante passou a se preocupar com o patrimônio físico do ambiente, assim como em relação às pessoas; que o local é um corredor de acesso; que havia muitos pacientes e acompanhantes; que foi agredido fisicamente com uma cabeçada; que também machucou o dedo, numa tentativa de se des-

vencilhar; que o acusado tentou o agarrar, mas não conseguiu; que sofreu uma pequena escoriação local no ombro esquerdo e dor no dedo; que a lesão foi bem superficial, que se recuperou em uma semana; que continuou a fazer suas atividades normais, sendo que depois do fato, por umas duas ou três horas realizou exames, como por exemplo raio X, principalmente do dedo, que estava mais inchado, mas também foi feito da clavícula; que nunca tinha prestado qualquer atendimento ao acusado; que pessoalmente; que não sabia que ele é portador de HIV e nem interditado; que ficou sabendo durante o IPM; que, depois do fato, em nenhum momento conversou com o acusado; que pessoalmente, isto é, em relação à agressão física, aceitaria as desculpas do acusado; que não houve maiores problemas; que, entretanto, tem ressalvas com a questão funcional, eis que o posto de atendimento médico lida com o limiar da vida, isto é, não é um atendimento ambulatorial e estavam ocorrendo muitos problemas nesse local, trazendo insegurança; que tinha havido, recentemente, por exemplo, um esfaqueamento; que entende que tem de haver uma medida educativa; que as coisas não podem ser resolvidas no grito, sob quaisquer pretextos; que, depois da agressão física, como disse, deu voz de prisão ao acusado; que já havia militares em volta por causa do tumulto ocorrido; que então fez com que o acusado saísse do corredor e a partir daí não viu mais ele, vindo a saber que ele havia fugido e que havia tentado, com um pedaço de pau, não lembra qual seria o objeto, teria tentando agredir militares ou mesmo carros; que isso foi relato do Sgt de Dia, que teria dito aos soldados para se afastarem; que foi a primeira vez que fato dessa natureza aconteceu com o declarante, que espera ser a última.".

A testemunha arrolada pelo MPM, HELLEN MESSIAS LEXAU, Médica Militar, declarou (fls. 169/170):

"Que o acusado não é seu paciente; que prestou atendimento médico na data dos fatos por trabalhar no Pronto Atendimento do Hospital Militar; que na ocasião o acusado apresentava uma lesão em um dos dedos da mão; que tinha dor; que então o acusado foi encaminhado para realização de um raio-x e houve a prescrição de analgesia, conforme procedimento; que não ouviu qualquer suposta ofensa verbal ao Tenente Pizzato; que não estava no campo visual do local dos fatos; que ouviu burburinhos, tumulto; que foi até o local, mas o fato havia aca-

bado, na ocasião o acusado estava no corredor; que não viu qualquer agressão física ao Tenente Pizato.".

A testemunha arrolada pelo MPM, ANERVAN DE OLIVEIRA PIECHA, 3° Sgt Ex, declarou (fls. 171/172):

> *"Que, na data dos fatos, escutou o acusado chamar o Tenente Pizzato de: 'tenentinho de merda'; que viu o acusado ir na direção do Tenente Pizato e dar uma cabeçada no local esquerdo, mais ou menos no peito do mesmo; que não sabe informar o motivo das agressões; que em nenhum momento houve reação por parte do Tenente Pizzato; que o depoente não tomou qualquer medida diante dos fatos; que entre a agressão verbal e a física decorreram mais ou menos cinco minutos; que foi logo depois; que no local das agressões, tanto a verbal quanto a física, havia familiares de pacientes; que os fatos se deram no corredor; que pelo que sabe o Tenente Pizzato foi avaliado em relação a lesões; que não sabe dizer qual médico o atendeu."*

A testemunha arrolada pelo MPM, CRISTIANE CECÍLIO MATTHES, 3° Sgt Ex, declarou (fls. 173/174):

> *"Que ouviu o acusado chamar o Tenente Pizzato de 'tenentinho' na entrada do Posto de Atendimento Médico (PAM) no final da situação, isto é, um pouco antes do Tenente Pizzato dar voz de prisão para o acusado; que viu o acusado bater com a cabeça no peito do Tenente Pizzato, o que se deu no corredor; que ouviu falar que o motivo das agressões teria sido a demora no atendimento, que no caso era a aguardada uma avaliação vascular.".*

A testemunha arrolada pela Defesa, JANETE DA SILVA BARZAN, Civil, declarou (fls. 184/185):

> *"O principal ocorrido no dia dos fatos foi a demora no atendimento; meu marido é portador de HIV e não recebeu nenhuma preferência no atendimento, ao contrário, trataram ele mal; naquele dia aconteceu tudo errado, havia uma festa de crianças e meu marido foi atendido na recepção, por uma doutora que depois sumiu; meu marido estava com uma dor que, na escala de um a dez, eu digo que era dez; estava com insônia e não conseguia dormir há dez dias por causa da dor; em razão da demora no atendimento, eu solicitei o raio X que havia sido feito*

para que nós pudéssemos ir embora e sermos atendidos em outro hospital; o Tenente Pizzato não atendeu ao nosso pedido alegando que meu marido estava aguardando o médico vascular para poder liberá-lo e que se eu quisesse levar meu marido eu poderia, mas o raio-x não; disse que era pra eu ir até a ouvidoria, mas acontece que a ouvidoria estava fechada; nesse momento que eu solicitei o raio-x foi que 'explodiu' tudo, o Tenente respondeu gesticulando e meu marido que estava a uns 50 metros entendeu que o Tenente estava gritando comigo; aí ele veio 'pra cima' do Tenente dizendo 'tu não pode gritar com a minha mulher'; ele estava nervoso e bem alterado; também não tinha tomado uma medicação importante que é o anticonvulsivo; nisso ele foi contido, mas no pátio conseguiu se soltar, quando pegou um ferro para afastar os soldados; meu marido foi contido como soldado, não como paciente; não sei dizer se o meu marido tem problema psicológico; ele me tem como uma mãe, talvez mais isso, eu sou tudo para ele; algum tempo atrás, ele mandou uma filha nossa para fora de casa porque ela gritou comigo; o meu marido está interditado e eu sou a sua curadora; ele foi interditado porque era pródigo; no Quartel ele foi reformado por ser soro positivo e por ter adoecido.".

Em alegações escritas, pugna o MPM pela procedência parcial da presente Ação Penal, com condenação do acusado Marco Aurélio dos Santos Barzan, pela prática de violência contra superior (art. 157 do CPM) e desacato a superior (art. 298 do CPM), tendo em vista ter agido com dolo, devendo entretanto ser absolvido da imputação de prática de lesão corporal (art. 209 do CPM, fls. 190/198).

A Defesa requereu a absolvição do réu, nos termos do art. 439, "b" ou "e", do CPPM, fls. 200/202v, afirmando que não houve dolo do acusado. Que agiu em legítima defesa putativa, acreditando que o Ten Pizzato estava agredindo, ao menos verbalmente, sua esposa. A Defesa ressalta o fato de ser o acusado totalmente dependente de sua esposa, tendo em vista os males que enfrenta.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, rejeitou a preliminar trazida pela defesa, mantendo a classificação da Denúncia e a competência desta Justiça Especializada. No mérito, julgou improcedente a acusação, decidindo absolver o militar reformado das imputações previstas nos arts. 298 e 157, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, *caput*, alíneas "d" e "e", no que couber, do CPPM,

por entender que ocorreu excesso escusável na conduta do réu e reconheceu que há dúvida quanto à sua imputabilidade já que: "(...) *se verifica da Sentença proferida no Juízo Cível (fl. 124v), que o réu foi interditado em decorrência de laudo médico que declara ser portador de demência decorrente de uma doença cerebral... quadros irreversíveis... totalmente incapaz para os atos da vida civil em caráter permanente*". Diz, ainda, que embora não tenha sido produzida prova nesse sentido nesta justiça especializada, pode-se utilizar como prova emprestada a perícia do processo civil. Decidiu absolver o militar reformado da imputação de incurso no art. 209, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, *caput*, alínea "b", do CPPM, por entender irrelevante o resultado da conduta praticada (fls. 214/235).

O MPM requereu o provimento da apelação, com a consequente modificação da sentença de 1° Grau e a condenação do acusado Marcos Aurélio dos Santos Barzan pela prática dos delitos militares de violência e desacato contra superior, consoante tipificação dos arts. 157 e 298, ambos do CPM (fls. 242/246).

Em Contrarrazões de apelação, a Defesa requereu que fosse negado provimento ao recurso de apelação interposto pelo MPM, mantendo-se hígida a sentença absolutória recorrida por seus justos fundamentos (fls. 248/249v.).

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, a PGJM, às fls. 260/265, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso de Apelação, para que fosse reformada a r. Sentença recorrida, com o fim de condenar o Sd Refm Ex Marco Aurélio dos Santos Barzan pela prática dos delitos previstos nos arts. 157 e 298, ambos do CPM.

É o Relatório.

VOTO

Ab initio, cabe ressaltar que o Recurso é próprio e preenche os requisitos essenciais de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele se conhece.

Compulsando os autos, verifica-se que o fato ocorreu em 16 de dezembro de 2010, por volta das 16h, quando o Sd Refm Ex MARCO AURÉLIO DOS SANTOS BARZAN, ao ver o Ten Pizzato, aparentemente discutindo com sua esposa na recepção do Hospital Militar de Área de Porto Alegre, aproximou-se do superior hierárquico e desacatou-o verbalmente. Logo após, desferiu-lhe uma cabeçada no ombro direito, provocan-

do-lhe lesão corporal consistente em "*(...) dor em região infra-clavicular direita com escoriação superficial e hiperemia no local, cerca de 10x7,5 cm de área e dor em quirodáctilo D... sem evidência de fraturas (...)",* conforme descrição no Exame de Corpo de Delito de fl. 117.

No mérito, analisando as provas carreadas aos autos, conclui-se que a autoria e a materialidade do fato estão perfeitamente comprovadas.

Entretanto, apesar de estarem comprovadas a autoria e materialidade, verifica-se da Sentença proferida no Juízo Cível, documento acostado à fl. 124 e 124/verso, que o Sd Refm Ex MARCO AURÉLIO DOS SANTOS BARZAN foi interditado em decorrência de laudo médico que declara ser portador de:

> *"demência decorrente de uma doença cerebral (...) quadros irreversíveis (...) totalmente incapaz para os atos da vida civil em caráter permanente".*

Assim, embora não exista nos autos qualquer prova nesse sentido, pode-se utilizar como prova emprestada a perícia do processo civil.

Em depoimento de fls. 184/185, a mulher e curadora do acusado afirma que este foi interditado em razão de prodigalidade; foi reformado por ser soropositivo para HIV; que toma remédio anticonvulsivo e coquetel para AIDS.

Como bem afirma a Sentença, *"não há como saber o grau de incapacidade do acusado, restando dúvida em relação a sua capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos praticados ou de determinar-se de acordo com o entendimento"*.

Em respeito ao princípio *in dubio pro reo,* como acertadamente entendeu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, a melhor opção é pela incapacidade absoluta, evitando-se a imposição de pena.

Ressalta-se que o acusado, como bem destaca a Sentença proferida, "*faz tratamento contínuo, não havendo que se cogitar a necessidade de aplicação de medida de segurança e, além disto, está sob permanentes cuidados da incansável esposa*".

Ressalta-se, ainda, que a reação do acusado diante da agressão, que acreditava estar ocorrendo com sua esposa, foi excessiva, porém trata-se de excesso não punível nos termos do art. 45, parágrafo único, do CPM. O acusado estava com imensa dor no dedo, sem a medicação diária e há horas esperando a presença de um médico.

Não merece reparo a Sentença que considerou à fl. 232:

> *"Diante do exposto, em relação aos delitos de desacato a superior e violência contra superior, se reconhece que houve excesso escusável no agir do réu, considerando seu estado de ânimo. Acrescentando-se que restou dúvida fundada em relação a sua imputabilidade, levando em conta a condição de interditado perante a esfera civil em caráter permanente.*
>
> *Quanto à lesão provocada no ofendido, o Auto de Exame de Corpo de Delito (fls. 117) a descreve como uma escoriação superficial e hiperemia no local, medindo 10x7,5 centímetros, levando a conclusão que se trata de lesão sem potencial ofensivo capaz de merecer a tutela do Direito Penal. O legislador ao tipificar o delito de lesão corporal não quis proteger lesões de mínimas proporções.".*

Não há nenhuma razão de fato ou de direito que recomende o acolhimento do pedido do Apelante.

Os argumentos da Sentença são escorreitos. Não é necessária qualquer alteração nos fundamentos.

Posto isto, nego provimento ao Recurso de Apelação, mantendo íntegra a Sentença *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de Apelação, mantendo na íntegra a Sentença *a quo*.

Brasília, 3 de setembro de 2013 – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 37-87.2008.7.12.0012-AM

Relator – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelantes – O Ministério Público Militar, no tocante à declaração de incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os fatos imputados à segunda Apelante; Glauciele Maria de Souza Pereira, Civil; Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo, Cabos FNs, condenados à pena de 8 meses de reclusão, como incursos no art. 251, c/c os arts. 253 e 240, §§ 1º e 2º, tudo do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelarem em liberdade.

Apelada**:** A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 17/8/2011.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ART. 251, C/C OS ARTS. 253 e 240, §§ 1º e 2º, TUDO DO CPM. Recurso defensivo, postulando, preliminarmente, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, referente ao crime de estelionato. Assiste-lhe razão. Os fatos ocorreram antes da vigência da Lei nº 12.234, publicada em 6 de maio de 2010, que alterou os §§ 1º e 2º, do art. 110, do Código Penal comum, usado subsidiariamente por esta Corte Castrense, razão pela qual deve ser considerada a redação anterior à sua vigência por ser mais benéfica aos Apelantes. Precedentes. Recurso ministerial que busca reformar a Sentença a quo *para afastar a declaração de incompetência da Justiça Militar para julgar civil pelo crime previsto no art. 251 do CPM. Para que a conduta de civil que pratica estelionato contra militar seja considerada crime militar é mister que se enquadre em uma das alíneas do inc. III do art. 9º do CPM, o que não é o caso dos autos. Mesmo considerando a coautoria da civil com o militar, ainda assim o crime será da competência da Justiça comum, uma vez que a condição de militar não é elementar do tipo e, portanto, não se comunica entre agentes militares e civis. Inteligência do art. 53, § 1º, parte final, do CPM. Preliminar defensiva acolhida. No mérito, recurso ministerial a que se nega provimento e*

provido o recurso defensivo para determinar que o Juízo a quo *encaminhe cópias dos autos ao Juiz competente, nos termos do art. 508, parte final, do CPPM, declarando a nulidade dos atos processuais desde o recebimento da Denúncia, inclusive. Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, acolheu a preliminar defensiva e declarou a extinção da punibilidade dos Cabos FNs Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII, ambos do CPM, em relação ao crime previsto no art. 251, do Estatuto Penal Castrense. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar e deu provimento ao Apelo defensivo, para determinar que o Juízo *a quo*, no que tange à Civil Glauciele Maria de Souza Pereira, encaminhe cópias dos autos ao Juiz competente, nos termos do art. 508, parte final, do CPPM, declarando a nulidade dos atos processuais desde o recebimento da Denúncia, inclusive. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares não participou do julgamento. Presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 30ª Sessão, 25/4/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, no tocante à declaração do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os fatos imputados à segunda Apelante; GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, Civil, na parte em que a Sentença determinou a remessa dos autos para o Ministério Público Estadual, e não atendeu ao disposto no

art. 508 do CPPM[35]; RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, Cabos FNs, condenados à pena de 8 meses de reclusão, como incursos no art. 251, c/c os arts. 253 e 240, §§ 1º e 2º, tudo do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelarem em liberdade.

Narra a Denúncia, *in verbis* (fls. 02/05):

> *"Consta do incluso inquérito policial militar que, em 9 de novembro de 2007, nesta capital do Estado do Amazonas, o Cabo RICARDO* ***FABRÍCIO*** *LUZ, qualificado à fl. 100, o Cabo ED WILSON* ***VASCONCELOS*** *MELO, qualificado à fl. 113, e a civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, qualificado à fl. 148, em acordo de vontades e unidade de desígnios, obtiveram ilícita vantagem patrimonial, em prejuízo do 3º Sargento WILLIAN* ***AFONSO*** *DOS SANTOS, qualificado à fl. 96, no valor de R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais).*
>
> *Segundo restou apurado, AFONSO pretendia fazer um empréstimo consignado e, para tanto, procurou pelos Cabos VASCONCELOS e ADSON LUÍS SOUZA SILVA, os quais intermediavam tais negociações com GLAUCIELE, esposa de FABRÍCIO. Nessa oportunidade, AFONSO pretendia contrair um empréstimo de R$ 8.000,00 (oito mil reais).*
>
> *Ao procurar os referidos graduados, no interior do Batalhão de Operações Ribeirinhas, AFONSO obteve dos mesmos a resposta de que realmente poderiam oferecer tais serviços para, depois, levarem à corretora GLAUCIELE, e requereram do mesmo a entrega de cópias da carteira de identidade, CPF, comprovante de residência e bilhete de pagamento, bem como, apresentaram um formulário de solicitação de empréstimo no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) que foi assinado por AFONSO.*
>
> *Em 15 de agosto de 2007, o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) foi creditado na conta bancária de AFONSO por conta do empréstimo junto ao Banco Votorantim (BV Financeira).*
>
> *Em dezembro* (sic) *de 2007, FABRICIO procurou por AFONSO para que o mesmo cedesse sua conta bancária para um depósito. AFONSO estranhou aquele pedido e indagou a FABRÍCIO porque ele não utilizava a própria conta bancária para*

---

[35] Anulação dos atos decisórios
Art. 508. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

aquele depósito. FABRÍCIO disse que era impossível fazê-lo, pois não tinha margem para tal. AFONSO, porém, não permitiu, encerrando-se o diálogo.

Em 9 de novembro de 2007, FABRÍCIO procurou por AFONSO dizendo que 'não querendo, querendo' ele acabou dando o número da conta bancária para o referido depósito e que já estava creditado na conta bancária de AFONSO o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo que solicitou que AFONSO procedesse ao saque e lhe entregasse esse valor.

AFONSO achou aquela estória muito estranha, mas, acreditando que não se tratava de nenhum ato ilegal por parte de FABRÍCIO, dirigiu-se ao banco e, efetivamente, constatou o referido crédito. Entretanto, como sua conta já estava devedora em R$ 598,32 (quinhentos e noventa e oito reais e trinta e dois centavos), sacou R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais) e entregou nas mãos de FABRÍCIO.

Ao receber o seu bilhete de pagamento do mês seguinte, AFONSO observou que, além daquele empréstimo consignado no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), o qual estava corretamente sendo descontado em parcelas, verificou o desconto de R$ 169,95 (cento e sessenta e nove reais e noventa e cinco reais) referente à primeira parcela de um total de quarenta e oito, correspondente a um outro empréstimo consignado que não havia solicitado. Imediatamente, AFONSO procurou por FABRÍCIO e indagou-lhe o que significava aquele desconto. Assustado, FABRÍCIO disse que iria ver com a sua esposa o que estava acontecendo, sendo certo que se prontificou a restituir o valor indevido.

AFONSO apurou que o crédito ocorrido em sua conta bancária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se tratava, na verdade, de um empréstimo consignado, indevidamente efetuado em seu nome, com parcelas de R$ 169,95 (cento e sessenta e nove reais e noventa e cinco centavos) em quarenta e oito vezes, totalizando o valor de R$ 8.157,60 (oito mil cento e cinquenta e sete reais e sessenta centavos).

FABRÍCIO reconheceu que houve a falsificação da assinatura de AFONSO no formulário de pedido de empréstimo consignado que havia sido preenchido com os dados do mesmo, imputando tal fato a um suposto e ilusório ex-funcionário de GLAUCIELE, o qual não possuía dados cadastrais, comprometendo-se a ressarcir integralmente o valor final do empréstimo indevido.

Assim é que, em 22 de fevereiro de 2008, FABRÍCIO depositou o valor de R$ 6.290,00 (seis mil, duzentos e noventa reais) na conta bancária de AFONSO. Em março de 2008, depositou mais R$ 700,00 (setecentos reais), sendo que o restante, descontados seiscentos reais que AFONSO reteve na conta bancária, foi quitado, em dinheiro, em abril de 2008 (cf. fl. 215).

Realizado exame grafotécnico no documento número 580325087, o qual se refere ao formulário do empréstimo indevidamente realizado em nome de AFONSO, a assinatura ali constante apresentou convergência grafocinética com o padrão de ED WILSON VASCONCELOS MELO, restando comprovada a falsificação empreendida.

Ressalte-se, ainda, que a aprovação do referido empréstimo se deu mediante o código de acesso de uso pessoal de GLAUCIELE que, na qualidade de corretora, detinha o processamento desses expedientes, recebendo a comissão correspondente.

Assim agindo, livres e conscientemente, FABRÍCIO, VASCONCELOS e GLAUCIELE, mediante meios fraudulentos, obtiveram ilícita vantagem patrimonial, com prejuízo de AFONSO que, induzido em erro, entregou a FABRÍCIO a quantia referente a um empréstimo consignado indevidamente realizado em seu nome.

Isto posto, ***DENUNCIO*** *perante esse r. Juízo os Cabos RICARDO FABRICIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, bem como a civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, como incursos nas penas do art. 251, do Código* ***Penal Militar.***

Recebida e Autuada esta, sejam os denunciados citados para, sob consequência de revelia, se verem processar e julgar até final condenação.".

A Denúncia foi recebida em 10 de novembro de 2009, dando-os como incursos no art. 251 do Código Penal Militar (fl. 02).

Interrogados, os Réus negaram a imputação contida na exordial.

E declararam, *in verbis*:

- ED WILSON VASCONCELOS MELO (fls. 334/336):

"(...) que efetivamente intermediou o primeiro empréstimo de R$ 8.000,00 (oito mil reais), conforme descrito na denúncia; que não tem qualquer participação quanto ao citado

empréstimo de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); que entende que o exame pericial que define que o padrão grafotécnico não é da vítima e sim do interrogando está equivocado, pois em momento algum praticou tal falsificação; que foi por duas vezes à corretora onde trabalhava GLAUCIELE, uma para contrair empréstimo em nome próprio e outra para levar documentos assinados pela vítima, no tocante à solicitação de empréstimo no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais); que o CB FABRÍCIO é enfermeiro e trabalhava na mesma seção do denunciado; que o interrogando comentou com o CB FABRÍCIO a intenção de contrair empréstimo e este indicou que procurasse a corretora onde trabalhava a esposa GLAUCIELE; que assim foi feito o empréstimo em nome do interrogando; que, ao fazer esse empréstimo, GLAUCIELE disse ao interrogando que ele poderia ganhar comissão se intermediasse outros empréstimos; que intermediou unicamente o empréstimo de R$ 8.000,00 (oito mil reais) obtidos pela vítima; que afirma que não praticou qualquer outra intermediação; que conhecia o denunciado FABRÍCIO porque era colega de trabalho; que não sabe dizer quem falsificou o nome da vítima na solicitação do empréstimo de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); que o denunciado FABRÍCIO nada comentou com o interrogando sobre esse empréstimo de R$ 5.000 (cinco mil reais); que o interrogando só ficou sabendo dessa operação tida como fraudulenta quando foi convocado para prestar depoimento como testemunha no inquérito policial militar respectivo; que nada tem a ver com a falsificação narrada nos autos; que na época era comum os militares do Batalhão contraírem empréstimo; que o denunciado FABRÍCIO intermediou outros empréstimos além daquele contraído pela vítima: que se recorda que o CB ADSON, graças à indicação do denunciado FABRÍCIO, contraiu empréstimo junto à citada corretora no mesmo dia em que o denunciado fez semelhante operação; que não se recorda de outro militar que tenha contraído empréstimo intermediado pelo denunciado FABRÍCIO; que ganhou R$ 400,00 (quatrocentos reais) de comissão referente ao empréstimo de R$ 8.000,00 (oito mil reais) contraído pela vítima; que na época ganhava R$ 1.000,00 (mil reais) mensais como vencimento na Marinha; que outros militares praticam a intermediação de empréstimo na sua unidade e, pela falta de experiência do interrogando, tinha dificuldade de acesso a militares que desejassem contrair empréstimo, pois existiam vários militares disputando tais intermediações; que esclarece que

a comissão obtida pelo empréstimo de R$ 8.000,00 (oito mil reais) foi na verdade de R$ 800,00 (oitocentos reais); que tal empréstimo foi intermediado pelo CB ADSON, sendo que o interrogando levou os documentos à corretora juntamente com o ADSON e este dividiu a comissão com o interrogando; que não tinha conhecimento de que, na condição de militar, não poderia fazer intermediação lucrativa dentro do quartel; que nada mais tem a declarar; que nunca foi preso nem processado; (...).".

- GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA (fls. 363/365):

"(...) que não é verdadeira a imputação da denúncia; nunca foi presa nem processada; a interroganda é esposa do acusado RICARDO FABRÍCIO e conhece o CB ED WILSON VASCONCELOS, de vez que serve na mesma OM que seu marido; não conhece o 3º SG WILIAN AFONSO DOS SANTOS; considera que foi envolvida no fato da denúncia porque a senha de digitação dos contratos no Banco Votorantim (BV Financeira) estava, ao tempo do fato, em seu nome; a interroganda é corretora, sendo sua atividade a intermediação de empréstimos entre o Banco e os clientes em geral; quer esclarecer que essa senha não é exclusiva da interroganda, sendo certo que funcionários do próprio Banco podem utilizá-la, assim como o correspondente, que vem a ser a empresa que contrata os corretores; a interroganda não tinha vínculo com a empresa, prestava serviço como autônoma; o empréstimo de R$ 8.000,00, feito pelo 3° SG AFONSO contou com a intermediação da interroganda; o outro empréstimo de R$ 5.000,00 não teve a participação da interroganda, a qual só veia a ter notícias deste fato quando o próprio SG AFONSO o comunicou ao CB FABRÍCIO marido da interroganda, que por sua vez contou a ela; na data do fato a interroganda morava em Manaus, vindo embora para o Rio em dezembro de 2007; reitera que no mês de dezembro de 2007 a interroganda não se encontrava em Manaus. (...) que na época do fato da denúncia seu marido e o SG AFONSO eram muito amigos; o civil de nome PAULO CÉSAR era office boy, que trabalhava com a interroganda; esse civil precisou de uma conta para depositar um valor, que a interroganda não sabe a que se referia; o acusado FABRÍCIO pediu ao SG AFONSO que cedesse a sua conta para fazer um depósito, o que foi autorizado pelo SG AFONSO; soube, depois, que foi feito um empréstimo em nome de AFONSO, não sabendo em que circunstâncias; não sabe se o

valor foi depositado na conta de AFONSO; sabe que AFONSO entregou um valor em dinheiro ao seu marido, CB FABRÍCIO, mas não sabe se esse valor era referente a um empréstimo; não se lembra ao certo qual era o valor, mas sabe que seu marido entregou esse valor ao civil PAULO CÉSAR; sabe que seu marido, o CB FABRÍCIO, devolveu o dinheiro ao SG AFONSO; não sabe se o CB VASCONCELOS tinha conhecimento da senha em nome da interroganda; seu marido tinha conhecimento, isto é, sabia do procedimento na parte final de um empréstimo bancário, como a digitação do contrato, onde é utilizada a senha; não tem nenhum dado pessoal do civil PAULO CÉSAR, o qual apenas realizava serviços de rua para a interroganda. (...)".

- RICARDO FABRÍCIO LUZ (fls. 393/395):

"(...) que Glauciele é esposa do acusado e na época do fato trabalhava no escritório Adalberto Vale, que realizava empréstimos consignados; que o SG Afonso procurou os graduados Vasconcelos e Adson com o objetivo de contrair um empréstimo no valor de 8 mil reais; que o citado SG, conseguiu, após apresentar a documentação necessária, o empréstimo; que foi a esposa do acusado quem intermediou o empréstimo, isto é, recolheu os documentos do SG Afonso e encaminhou à financeira BV, Banco Votorantim; que em seguida o acusado efetivamente procurou o SG Afonso para que o mesmo cedesse a sua conta bancária para o depósito, aproximadamente um ou 2 meses após o SG Afonso conseguiu obter o empréstimo; que o SG Afonso questionou com o acusado o motivo pelo qual não utilizava a sua própria conta-corrente, ao que o acusado respondeu que o seu Banco não era o BB mas o Real e que para o crédito que o acusado necessitava houve a menção de que a conta deveria ser do Banco do Brasil; que Paulo César teria dito que a conta deveria ser do Banco do Brasil; que Paulo César era civil e trabalhava no escritório da esposa do réu como espécie de office boy; que a conta da Poupex vinculada ao Banco do Brasil não seria cabível para o recebimento do empréstimo; que o empréstimo seria de 5 mil reais inicialmente, mas em 48 vezes totalizaria 8 mil cento e cinquenta e sete reais e sessenta centavos; que o acusado em princípio não sabia que se tratava de um empréstimo; que na verdade o civil Paulo César teria solicitado à acusada Glauciele uma conta no Banco do Brasil, para o recebimento de 5 mil reais provenientes de uma empresa em que trabalhou; que a esposa do acusado repassou a sua solicitação ao réu inclusive mencionando que o civil Paulo César teria dito que o SG

Afonso pelo último empréstimo teria uma conta no Banco do Brasil; que o acusado, assim, se dirigiu ao SG Afonso pretendendo a 'cessão' da conta-corrente; que o acusado afirma que, após a indagação feita pelo SG Afonso acima, este no dia seguinte procurou o acusado e disse que não haveria problema nenhum o depósito em sua conta-corrente; que não houve testemunhas da conversa em que o SG Afonso autorizou que o crédito de 5 mil reais fosse efetuado; que o acusado não reconheceu que houve falsificação da assinatura do SG Afonso até porque não teve contato com o formulário de empréstimo; que o acusado restituiu todo o valor ao SG Afonso; que o acusado discorda também embora não tenha como esclarecer precisamente que o exame grafotécnico tenha apontado para o acusado Ed Wilson como autor da assinatura no formulário; que o acusado, de forma alguma, está como membro de uma quadrilha até porque, se fosse o caso, o acusado Ed Wilson conheceria ou teria contato prévio com o civil Paulo César; que o acusado e a acusada Glauciele não sabem onde reside o civil Paulo César; que o acusado afirma que esse foi o seu erro, isto é, de confiar plenamente no civil Paulo César; que a mãe do acusado depositou na conta do SG Afonso o valor de 6 mil 290 reais no dia 22/2/2008; que no dia 10/3/2008, a mãe do acusado depositou mais 710 reais na conta do SG Afonso, que totalizou 7 mil reais, havendo assim o ressarcimento pleno do prejuízo causado ao SG Afonso já que havia sido descontado 600 reais pelo graduado inicialmente ou como narrou a denúncia; que ainda o acusado entregou em espécie ao SG Afonso o valor de 557 reais e 60 centavos, integralizando todo o valor; que entregou este último valor ao SG Afonso tendo como testemunha o 1° Ten Denílson, encarregado do IPM; que a ré Glauciele recebeu efetivamente a comissão inerente ao empréstimo questionado na denúncia, entretanto o acusado não sabe o valor exato da comissão; que nunca foi preso nem processado quer na Justiça comum quer na militar e, no tocante às provas dos autos, deixa para contraditá-las oportunamente.".

Na fase do art. 417 do CPPM, as Partes não arrolaram testemunhas (fls. 410 e 413).

Na fase do art. 427 do CPPM, as Partes nada requereram (fls. 417/418).

Em alegações escritas, o *Parquet* Militar requereu a procedência da Denúncia (fls. 422/425).

A Defesa dos Acusados pugnou pela absolvição, com base no art. 439, alíneas "c" ou "e", do CPPM (fls. 427/430).

Por ocasião do Julgamento, o *Parquet* Militar, representado pelo Dr. JOSÉ LUIZ PEREIRA GOMES, deixou a cargo do Conselho de Justiça a decisão de mérito, pedindo que caso decidisse pela absolvição, fosse com base no art. 439, alínea "b", do CPPM, e caso condenados os Réus, fosse aplicada a pena de oito meses de detenção em face da devolução do numerário, com o benefício do *sursis* e o direito de apelar em liberdade (fl. 486).

Em Sessão de 17 de agosto de 2011, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por unanimidade, condenou os Acusados RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO à pena de 8 meses de reclusão, como incursos no art. 251, c/c os arts. 253 e 240, §§ 1º e 2º, tudo do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelarem em liberdade, e, por maioria (4x1) declarou a incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os fatos imputados à civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, determinando a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado do Amazonas (Ata às fls. 486/488).

A Sentença consta às fls. 490/512.

Dela extraem-se os seguintes fundamentos, *in verbis*:

> *"(...) Como se observa destes autos, trata-se o presente caso de uma ação penal pública proposta em face do Cabo da Marinha do Brasil RICARDO FABRÍCIO LUZ, do ex-Cabo da Marinha do Brasil ED WILSON VASCONCELOS MELO e da civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, todos considerados incursos nas penas do delito capitulado no art. 251 do Código Penal Militar ('Estelionato').*
>
> *Estão a merecer prosperar as alegações ministeriais pertinentes aos denunciados Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo.*
>
> *Inicialmente, no que concerne aos laudos periciais de fls. 170/171 (n° 083459) e fls. 272/275 (n° 092177), o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, de forma unânime, entende que há de prevalecer a segunda perícia, seja por estar bem mais completa e fundamentada do que a primeira (vide fls. 276/293 destes autos), seja por se coadunar com as demais provas constantes do arcabouço probatório inserto nos presentes autos.*

Por outro lado, não merece acolhida o argumento defensivo exposto em Plenário, no sentido de que o Laudo Pericial de fls. 272/275 não pode prevalecer, por ter sido elaborado e assinado por um único perito, em desrespeito ao quanto recomendado no art. 318 do Código de Processo Penal Militar.

Ora, o exame pericial em questão não restou impugnado, em nenhum momento, pela Colenda Defensoria Pública da União, em especial durante o transcurso da fase pertinente ao art. 427 do CPPM, conforme pode ser constatado à fl. 418 destes autos.

Ademais, insta consignar que o Ilustre Perito Oficial signatário do Laudo de Exame Grafotécnico n° 092177, elaborado em 23/4/2009, o Sr. Moisés Conceição dos S. de Freitas (Matrícula 134.567-2-B), também já havia assinado o Laudo de Exame Grafotécnico n° 083459, datado de 7/7/2008, fato que denota claramente, na visão do CPJ/Mar, que aquele digníssimo 'expert' alterou o seu posicionamento a respeito da grafia do acusado Ed Wilson Vasconcelos Melo, considerando-o como autor da falsificação implementada na assinatura aposta na Cédula de Crédito Bancário n° 580325087, de fls.149/150.

(...)

Por outro lado, os réus Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo não lograram comprovar as suas alegações em Juízo. Com efeito, caberia aos aludidos acusados a comprovação de eventuais fatos impeditivos, suspensivos e modificativos do direito do autor, (...).

O conhecido penalista Luiz Flávio Gomes registra que a acusação tem o ônus de provar cada um dos fatos que integram o tipo penal, bem como a participação dos acusados nos mesmos. Provados os fatos e a atribuição culpável deles aos réus, presumem-se contra estes a ilicitude e a culpabilidade. ***Caberá então à defesa provar eventuais causas excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade alegadas.*** *Vê-se, pois, que há no processo penal, assim como no processo civil, regras de distribuição do ônus da prova. Destarte,* ***é incorreto afirmar que toda a prova a ser produzida cabe ao Ministério Público.*** *(Vide Gomes, Luiz Flávio, in 'Estudos de Direito Penal e Processual Penal', São Paulo: RT, 1999, p. 111/112). Com efeito, a presunção de inocência de todo e qualquer réu é meramente relativa, e não, por óbvio, absoluta.*

(...)

Ademais, as argumentações trazidas em Juízo pelo acusado Ricardo Fabrício Luz, concernentes ao misterioso civil de no-

me 'Paulo César', em benefício de quem o empréstimo de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valendo-se da conta bancária da vítima teria sido feito, não encontraram absolutamente nenhum respaldo nos autos:

(...)

Quem é essa misteriosa pessoa de nome 'Paulo César', sem endereço, telefone, ou qualquer outro dado capaz de identificá-la? Em verdade, o mesmo não passa de uma criação daquele aludido réu, trazido à baila com o intuito de justificar a sua atitude para com a vítima. Como esta detectou o engodo, os réus trataram de devolver a quantia depositada em decorrência de fraude.

Sem dúvida, os réus Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo, cada um ao seu modo, agiram na suposição de que o ofendido, 3º SG Willian Afonso dos Santos, não perceberia os descontos mensais de R$ 169,95 (cento e sessenta e nove reais e noventa e cinco centavos), efetuados em sua conta-corrente, ou então que os imputaria ao anterior, e regular, empréstimo da quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), efetuado pela referida vítima junto à BV Financeira com a intermediação dos acusados.

Ademais, a devolução, ainda que de forma parcelada, da quantia à vítima, efetuada pelos réus, no entender deste escabinato, consubstancia-se na admissão de que os mesmos receberam tais valores valendo-se da boa fé do 3º SG Willian Afonso dos Santos, que foi induzido ao erro, artifício este que caracteriza o delito de 'estelionato'.

Quanto à acusada Glauciele Maria de Souza Pereira, a maioria dos integrantes deste Conselho pede vênia às posições dissonantes para entender não ser de competência da Justiça Militar da União o processo e julgamento da aludida ré.

A conduta da denunciada Glauciele Maria de Souza Pereira não encontra subsunção em nenhuma das hipóteses elencadas no inciso III, do art. 9º, do Código Penal Militar.

Quanto à alínea 'a', do inciso II, da norma acima mencionada (art. 9º, do CPM), que ensejou o trâmite deste processo na Justiça Militar da União (considerando os denunciados Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vasconcelos Melo), a maioria do CPJ/Mar entende que tal circunstância (crime praticado por militar da ativa contra militar na mesma situação), muito embora elementar do delito, não possui, no presente caso específico, o condão de se comunicar à acusada civil.

Ora, o julgamento de civis pela Justiça Militar da União há de seguir critérios rigorosamente restritivos, sob pena de restar violado o princípio do 'Juiz Natural', constitucionalmente tutelado. Destarte, a abrangência de civis pela regra insculpida no art. 9º, inciso II, alínea 'a', do Código Penal Militar, fora, portanto, das taxativas hipóteses elencadas no inciso III da norma em questão consubstanciar-se-ia, na visão da maioria dos integrantes deste escabinato, em afronta ao princípio constitucional acima referido, rogando-se escusas aos posicionamentos diversos. (...)

Posto isto, *resolve o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha julgar* ***parcialmente procedente*** *a Denúncia, para:*

1) por unanimidade de votos, ***condenar*** *os acusados RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, considerando-os incursos no delito capitulado no art. 251, c/c arts. 253 e 240, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal Militar, aplicando a cada um dos sentenciados acima referidos a sanção penal no patamar de 8 (oito) meses de reclusão, que, à míngua de demais circunstâncias especiais de aumento/diminuição, resta definitiva;*

2) por maioria de votos (4x1), declarar a ***incompetência*** *deste Juízo Especial para apreciar os fatos relativos à acusada GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, determinando, em consequência, a remessa de cópia integral dos presentes autos ao Colendo Ministério Público do Estado do Amazonas, para a doção das providências que aquela honrada instituição entender cabíveis ao caso, à luz do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.*

Fica concedido pelo CPJ/Mar, aos sentenciados RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, o direito de apelarem em liberdade, com fulcro no art. 527 do CPPM, bem como o benefício da suspensão condicional da aplicação das penas ora impostas aos mesmos ('sursis'), pelo prazo de 2 (dois) anos, obedecidas as seguintes condições após o trânsito em julgado da presente Sentença, ***ressalvando-se, por óbvio, as hipóteses de revogação obrigatória insertas nos incisos I e III (este último inciso em relação ao sentenciado Ricardo Fabrício Luz), do art. 614, do Código de Processo Penal Militar:***

1) Não se ausentarem da jurisdição da 12ª CJM e nem mudarem de habitação, sem prévia autorização;

2) Não portarem armas ou qualquer instrumento capaz de ofender, exceto, em relação ao sentenciado Ricardo Fabrício Luz, quando estiver o mesmo em serviço da sua OM;

3) Apresentarem-se de 3 (três) em 3 (três) meses na sede do Juízo da Execução, ocasião em que deverão atualizar informações acerca dos seus respectivos endereços e atividades laborais;

4) Não ostentarem a condição de indiciados no âmbito de quaisquer órgãos arrolados nos incisos pertencentes ao caput *do art. 144, da Constituição Federal de 1988 e*

5) Não ostentarem a condição de réus no âmbito de quaisquer órgãos integrantes do Poder Judiciário pátrio, arrolados no art. 92 da Constituição Federal de 1988.

Caso haja o descumprimento, por algum dos sentenciados, de qualquer das condições acima ofertadas:

- Se o descumprimento for do sentenciado Ricardo Fabrício Luz, a pena acima aplicada deverá ser cumprida no regime 'fechado', vez que o mesmo ostenta a condição de militar (art. 59, inciso II, CPM);

- Se o descumprimento for do sentenciado Ed Wilson Vasconcelos Melo, a pena acima aplicada deverá ser cumprida em 'regime aberto', nos termos do artigo 33, § 2°, alínea 'c', do Código Penal Brasileiro, vez que este ostenta a condição de civil, o mesmo ocorrendo com o sentenciado Ricardo Fabrício Luz, caso ocorra o seu desligamento dos quadros da Marinha do Brasil." (fls. 490/511).

Votou vencido o Juiz Militar Presidente CC SÉRGIO VIEIRA PIRES DA SILVA pela condenação da Acusada GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, nas mesmas penas impostas aos demais sentenciados, por entender que a Justiça Militar é competente para processá-la e julgá-la.

A Sentença foi lida e publicada em 26 de agosto de 2011, ausentes as Partes (fl. 513).

O ilustre Promotor de Justiça Militar Dr. JOSÉ LUIZ PEREIRA GOMES foi intimado em 30 de agosto de 2011 (fl. 514) e apelou em 2 de setembro seguinte (fl. 515). A DPU foi intimada em 8 de setembro de 2011 (fl. 516) e recorreu no dia 11 do mesmo mês (fl. 517).

Nas razões de fls. 519/521, o *Parquet* sustenta que a Sentença deve ser reformada na parte em que declinou da competência para julgar a civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA; que conforme ressaltado no voto vencido do Juiz Militar, a corré GLAUCIELE usou de ferramenta

administrativa disponibilizada pela Marinha para praticar o delito de estelionato; que o civil em coautoria com militar responde perante a Justiça Militar; que a Acusada, esposa do corréu FABRÍCIO, aderiu à prática da falsificação da assinatura da vítima em formulário de pedido de empréstimo consignado e o aprovou mediante código de acesso de seu uso pessoal, recebendo comissão correspondente ao fraudulento financiamento.

E requer o provimento do recurso para "*afastar a declaração de incompetência, para condenar GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA*".

Os autos foram com vista para a Defesa oferecer razões e contrarrazões ao recurso ministerial em 28 de setembro de 2011 (fls. 521/522), sendo devolvidos somente em 3/11/11 (fl. 523).

Às fls. 523/524, a Defesa requer, preliminarmente, seja declarada extinta a punibilidade de RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO em face da prescrição ocorrida entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Aduz, ainda, que "*por um imperativo de Justiça, necessário se faz o improvimento da manifestação de inconformismo do MPM*".

Quanto à Ré GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, sustenta que a Sentença foi equivocada porque remeteu cópias dos autos ao Ministério Público Estadual, quando deveria tê-lo feito à distribuição do Foro Estadual. E que a Sentença foi omissa porque não declarou quais os atos abrangidos pela incompetência, nos termos do art. 508 do CPPM ("*A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente*"). E requer seja declarada a nulidade de todos os atos decisórios, desde o recebimento da denúncia, inclusive.

Postula, ainda, a absolvição dos Réus militares com base nas alíneas "b" ou "e" do art. 439 do CPPM.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 540/554, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, opina pelo não provimento do recurso ministerial e pelo provimento parcial do recurso defensivo para absolver-se o Apelante ED WILSON VASCONCELOS MELO por insuficiência de provas, afastando-se a hipótese de prescrição em face da nova Lei nº 12.234/2010.

É do Parecer:

> *"(...) Eminentes Ministros, os recursos são tempestivos e preenchem os demais requisitos para seus conhecimentos.*

Quanto à preliminar de extinção da punibilidade, nenhuma razão assiste à Defesa.

O Código Penal Militar, no art. 125, §§ 1º e 5º, e o artigo 35, do Código de Processo Penal Militar estabelecem que:

CPM:

'Superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre

§ 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso ***se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença,*** *já decorreu tempo suficiente.*

§ 5º O curso da prescrição da ação penal interrompe-se:

I- ***pela instauração do processo;***

II- pela sentença condenatória recorrível'.

CPPM:

'Art. 35. ***O processo inicia-se com o recebimento da denúncia*** *pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não'.*

Portanto, a lei penal castrense apenas admite a prescrição pela pena concretizada na sentença a contar do recebimento da denúncia, última causa interruptiva da prescrição. Entre a data do fato e a instauração do processo.

Antes do advento da Lei nº 12.234/2010, estabelecia o Código Penal Brasileiro:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei n° 7.209, de 11.7.1984).

§ 1º - ***A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.***

(Redação dada pela Lei n° 7.209, de 11/7/1984).

§ 2º - ***A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.*** *(Redação dada pela Lei n° 7.209, de 11/7/1984).*

Por algum tempo a Corte Castrense aplicou subsidiariamente os dispositivos em negrito, considerando a prescrição re-

tro operante ao período compreendido entre o fato e a instauração do processo, buscando um tratamento isonômico.

Entretanto, com o advento da Lei n° 12.234/2010, foi revogada a possibilidade de a prescrição ter por termo inicial data anterior a do recebimento da denúncia ou da queixa e os dispositivos do CP acima transcritos passaram a ter a seguinte redação:

'Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei n° 7.209, de 11.7.1984).

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, ***não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa*** *(Redação dada pela Lei n° 12.234, de 2010).*

§ 2º (Revogado pela Lei n° 12.234, de 2010).'

Portanto, equivocada a Defesa ao arguir presente a prescrição da punibilidade dos agentes, tendo por fundamento termo inicial da contagem em data anterior à denúncia, pois de acordo com o CPM, o CPB também passou a considerar que a prescrição, tendo por base a pena concretizada na sentença, há que observar as causas interruptivas e apenas se aplica se, entre o recebimento denúncia – instauração do processo – e a sentença condenatória recorrível já foi ultrapassado o lapso prescricional, sendo desatualizada a jurisprudência citada.

No mérito, em análise primeira ao recurso da acusação, razão alguma assiste ao MPM em insistir na competência da Justiça Militar.

Estabelece o art. 53 do CPM:

'Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Condições ou circunstâncias pessoais.

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, ***salvo quando elementares do crime'.***

In casu, *o crime impropriamente militar se caracteriza como crime militar em razão de circunstâncias de caráter pessoal entre agentes e vítima, todos militares em atividade, consoante o art. 9º, inciso II, letra 'a', do CPM.*

No crime de estelionato, a condição de militar não é elementar do crime e, portanto, não se comunica entre agentes militares e civis.

Quanto ao mérito do apelo da DPU, no tocante ao acusado FABRÍCIO, mostra-se irretocável a sentença.

A alusão a um fictício cidadão de nome Paulo César não pode prosperar, mormente quando a Defesa não conseguiu articular uma única prova de sua existência.

Ainda que existisse, não é crível que o CB FABRÍCIO fosse iludido pelo Office boy e se comprometesse incontinente de pagar à vítima, SG AFONSO, a lesão patrimonial infligida a este último, incluindo juros etc...

A história inventada não guarda qualquer elemento de verossimilhança com a prova dos autos, com a conduta do agente e sequer foi prova produzida nesse sentido.

No tocante ao Apelante VASCONCELOS, diz a Defesa que o laudo é inválido por ter sido subscrito por um único perito oficial. O argumento está desatualizado, em face da Lei nº 11.690, de 2008, que passou a considerar suficiente a realização do exame de corpo de delito e outras perícias por um só perito.

Entretanto, razão assiste à DPU ao afirmar que em julho de 2008 o Instituto de Criminalística do Estado do Amazonas periciou os documentos, tendo por base padrão gráfico do acusado VASCONCELOS (fl. 170 e 175/176) e, em laudo subscrito por dois peritos criminais (Drs. Moisés Conceição Freitas e Luiz Daniel Ferreira), concluiu que 'são acordes os peritos em dizer que a assinatura questionada é divergente em seu conteúdo genético em relação ao padrão fornecido por Willian Afonso dos Santos (ofendido), resultando ilegítimas ou inautênticas, não sendo possível indicar o autor de tal assinatura dentre os demais fornecedores de padrão gráfico' (fl. 171).

Posteriormente, o mesmo instituto, em outro laudo subscrito tão somente pelo perito Moisés Conceição Freitas, que realizara o primeiro com o concurso do Dr. Luiz Daniel Ferreira, concluiu pela autoria de VASCONCELOS (fl. 275), valendo salientar que os padrões gráficos fornecidos por VASCONCELOS e

constantes do primeiro laudo (fls. 175/176) em quase nada diferem dos padrões gráficos por ele fornecidos para o segundo laudo (fls. 290/291), embora acrescido do texto de fl. 286.

Nesse contexto, não se pode negar que o segundo laudo carecia de esclarecimentos pelo perito que, antes, afirmara impossível a determinação da autoria.

Havendo laudos conflitantes e sendo os mesmos única prova existente contra o Apelante VASCONCELOS certo é incidir-se dúvida quanto à sua autoria, reiteradamente negada.

Nesse diapasão, opinamos pela incidência da letra 'e' do artigo 439 do CPPM, no sentido da insuficiência de provas para a condenação desse Apelante.

Presentes tais condições, é o Parecer pelo conhecimento de ambos os apelos, indeferindo-se a preliminar de extinção de punibilidade pela prescrição retro-operante, à data anterior à instauração do processo e, no mérito, pelo provimento único e parcial do apelo defensivo em relação ao Apelante Ed Wilson Vasconcelos Melo, para absolvê-lo por insuficiência de provas, com fundamento no art. 439, letra 'e' do CPPM.

A ilustre Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito está em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Insurge-se, tempestivamente, a Defesa, quanto aos Réus Cabos FNs RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, postulando, preliminarmente, a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, referente ao crime de estelionato por eles praticado.

Assiste-lhe razão.

O fato objeto do presente feito se consumou em 9 de novembro de 2007, quando o Ofendido sacou o dinheiro depositado em sua conta-corrente e entregou de boa fé para o Réu ED WILSON, conforme narrado na exordial e comprovado pelo extrato bancário acostado à fl. 28.

A Denúncia foi recebida em 10 de novembro de 2009 (fl. 02).

Os Apelantes RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO foram condenados à pena de oito meses de reclusão como incursos no art. 251, c/c os arts. 253 e 240, §§ 1º e 2º, tudo do

CPM, e somente os nominados Acusados dela recorreram, incidindo o art. 125, § 1º, do CPM, passando a prescrição a ser regulada pela pena imposta.

Segundo o art. 125, inciso VII, do CPM[36], a prescrição da ação penal ocorre em 2 (dois) anos, se a pena é inferior a um ano.

Conforme apontou a Defesa, entre a data dos fatos narrados na inicial (9 de novembro de 2007) e a do recebimento da Denúncia (10 de novembro de 2009), decorreu lapso temporal de 2 (dois) anos e 1 (um) dia, razão pela qual deve ser declarada extinta a punibilidade do crime pela prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, com fundamento no art. 123, inciso IV[37], c/c o art. 125, inciso VII, todos do CPM.

Vale ressaltar que os fatos ocorreram antes da vigência da Lei nº 12.234, publicada em 6 de maio de 2010, que alterou os §§ 1º e 2º, do art. 110, do Código Penal comum[38], usado subsidiariamente por esta Corte Castrense, razão pela qual deve ser considerada a redação anterior à sua vigência[39] por ser mais benéfica aos Apelantes.

Nesse sentido tem julgado esta Corte Castrense, *in litteris*:

---

[36] Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (...)
VII - em dois anos se o máximo da pena é inferior a um ano.

[37] **Causas extintivas**
Art. 123. Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;
II - pela anistia ou indulto;
III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
IV - pela prescrição;.

[38] Art. 110. (...) – **Nova Redação**
§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).
§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). (Revogado).

[39] Art. 110. (...) – **Redação anterior à Lei nº 12.234/2010**
§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984).
§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984).

> *EMENTA: ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CONDENAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA (...) Hipótese de condenação à pena de 02 (dois) anos de reclusão pela prática delituosa tipificada no art. 251 do CPM.*
>
> *Uma vez decorrido lapso superior a 4 (quatro) anos entre a data da última movimentação bancária fraudulenta e a do recebimento da denúncia, e tendo em vista tratar-se de recurso exclusivo da Defesa, torna-se imperioso o reconhecimento da prescrição, na forma retroativa, nos termos do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VI e seu § 1º, ambos do Código Penal Militar, combinado ainda com o art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal Comum,* ***considerando-se a redação anterior à vigência da Lei nº 12.234/2010, por ser mais benéfica ao apelante.***
>
> *Preliminar defensiva de prescrição acolhida.*
>
> *Decisão unânime."* (Apelação nº 65-33.2009.7.01.0301/RJ. Min. Relator WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgada em 17/10/2011 e publicada em 18/11/2011). (sem negrito no original).

Outros Precedentes: Recurso em Sentido Estrito nº 63-92.2011.7.01.0301/RJ, da Relatoria do Ministro Fernando Galvão, julgado em 18 de abril de 2012; Embargos de Declaração nº 263-36.2010.7.01.0301/DF, da relatoria do Ministro JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS, julgado em 3 de novembro de 2011; Apelação nº 65-33.2009.7.01.0301/RJ, da relatoria do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, julgada em 17 de outubro de 2011; Apelação nº 15-79.2010.7.01.0201/RJ, da relatoria do Ministro FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, julgada em 4 de outubro de 2011; Apelação nº 56-62.2009.7.01.0401/RJ, da relatoria do Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, julgada em 29 de maio de 2012.

No mesmo diapasão, o *Habeas Corpus* nº 108337, em que foi Relator o Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 14/02/2012, e publicado no DJe de 15 de março de 2012, *in verbis*:

> *"EMENTA.* Habeas corpus. *Penal. Decisão indeferitória de liminar pelo Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Superação. Possibilidade em caráter excepcional. Peculato-desvio praticado*

por servidora contra o INSS. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Prescrição incidente a partir do recebimento indevido da primeira parcela do benefício irregularmente reativado. Decurso de prazo superior a 8 (oito) anos entre o fato e o recebimento da denúncia. Prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena concretamente dosada reconhecida. Incidência da norma revogada do § 2º do art. 110 do CP, com a redação anterior à Lei nº 12.234/10. Ordem concedida. (...) 3. Conforme estabelecia o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação anterior à Lei nº 12.234/10, 'a prescrição de que trata o parágrafo anterior pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa – redação dada pela Lei nº 7.209/84)', de molde que, in casu, *deve ser considerado o lapso temporal decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia, a fulminar a pretensão punitiva estatal. 4. A garantia da irretroatividade da lei penal mais gravosa impede a aplicação da nova redação dada ao art. 110, parágrafo 1º, do Código Penal pela Lei nº 12.234/10, que assentou que 'a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa'. Na hipótese, o trânsito em julgado para a acusação (cf. dispunha o § 1º do art. 110 do CP, em sua redação primitiva e também na atual) deu-se sob a égide da lei revogada, mais benéfica à condenada. 5. Verifica-se que, entre a data do recebimento indevido da primeira prestação do benefício (art. 111, inciso I, do Código Penal) e a data do recebimento da denúncia (art. 117, inciso I, do Código Penal), transcorreu,* in albis, *período superior a oito anos, o que demonstra a ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva contra a paciente. 6. Ordem concedida.".*

Assim, verificada a prescrição, deve ser acolhida a preliminar suscitada no recurso defensivo para declarar extinta a punibilidade do crime previsto no art. 251 do CPM imputado aos Apelantes Cabos FNs RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Ante o exposto, acolho a preliminar defensiva para declarar extinta a punibilidade do crime previsto no art. 251 do CPM imputado aos

Apelantes Cabos FNs RICARDO FABRÍCIO LUZ e ED WILSON VASCONCELOS MELO, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII, todos do CPM.

No mérito, insurge-se a Defesa contra a Sentença *a quo*, postulando quanto à Ré civil, GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA, a reforma na parte em que determinou a remessa dos autos para o Ministério Público Estadual e não ao Juiz competente, e sem declarar quais os atos nulos, nos termos do art. 508 do CPPM (*"A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente"*).

Quanto à declaração de nulidade, por óbvio o juiz incompetente para julgar o feito também o é para receber a denúncia, sendo despicienda uma declaração nesse sentido. Entretanto, a teor do referido artigo 508 do CPPM, os autos – no caso, suas cópias – deveriam ter sido remetidos ao Juiz competente e não ao órgão ministerial do Estado, pois àquele Juiz caberá tomar as providências cabíveis.

Essa também tem sido a determinação do Supremo Tribunal Federal nos casos de incompetência, como se verifica nas decisões proferidas no *Habeas Corpus* nº 110.274/SP, julgado em 13 de março de 2012, publicado no DJe de 26 de março de 2012; *Habeas Corpus* nº 107.146, julgado em 7 de junho de 2011, publicado no DJe de 22 de junho de 2011; e *Habeas Corpus* nº 107.242, julgado em 17 de maio de 2011, publicado no DJe de 1º de junho de 2011, todos da relatoria do Ministro GILMAR MENDES.

Dessa forma, deve ser provido o recurso defensivo, também nesse particular, em obediência ao já referido art. 147 do CPPM.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso defensivo para determinar, com relação à civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA, que o Juízo *a quo* encaminhe as cópias dos autos ao Juiz competente, nos termos do art. 508, parte final, do CPPM, declarando a nulidade dos atos processuais desde o recebimento da Denúncia, inclusive.

Quanto ao recurso ministerial, ele é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Entretanto, não merece acolhimento.

Dispõe o art. 147 do CPPM[40] que "*Em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer a existência de causa que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos e os remeterá ao juízo competente*".

No caso dos autos, o Conselho Permanente de Justiça, por ocasião do julgamento, declinou da competência para julgar o crime de estelionato em tese praticado pela civil em concurso com militar – seu marido – contra outro militar.

Agiu bem o Conselho de Justiça.

Não há no art. 9º do CPM previsão para julgar a hipótese.

O inciso III do referido artigo e suas alíneas estabelecem, *in verbis:*

> *"Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:*
>
> *III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*
>
> *a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;*
>
> *b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;*
>
> *c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;*
>
> *d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior."*.

Para que a conduta do civil que pratica estelionato contra militar seja considerada crime militar é mister que se enquadre em uma das alíneas do inc. III do art. 9º do CPM, o que não é o caso dos autos.

---

[40] Art. 147. Em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer a existência de causa que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos e os remeterá ao juízo competente.

Mesmo considerando a coautoria da civil com o militar, ainda assim, no caso, o crime é da competência da Justiça comum.

É que as regras da coautoria, previstas no art. 53 do CPM não contemplam tal hipótese, uma vez que não há circunstâncias que se comunicam entre os autores no crime de furto.

Por oportuno, transcreve-se trecho do Parecer da Procuradoria que bem enfrenta a matéria, *in verbis*:

> *"(...) No mérito, em análise primeira ao recurso da acusação, razão alguma assiste ao MPM em insistir na competência da Justiça Militar.*
>
> *Estabelece o art. 53 do CPM:*
>
> *'Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.*
>
> *Condições ou circunstâncias pessoais.*
>
> *§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal,* ***salvo quando elementares do crime'.***
>
> In casu, *o crime impropriamente militar se caracteriza como crime militar em razão de circunstâncias de caráter pessoal entre agentes e vítima, todos militares em atividade, consoante o art. 9º, inciso II, letra 'a', do CPM.*
>
> *No crime de estelionato, a condição de militar não é elementar do crime e, portanto, não se comunica entre agentes militares e civis. (...)"* (fls. 551).

Nesse sentido é a lição do saudoso mestre e Ministro desta Corte JORGE ALBERTO ROMEIRO, *in verbis*:

> *"Completando a regra já examinada de que a punibilidade dos concorrentes se vincula à sua própria culpabilidade e é independente da dos outros, dispõe mais a parte final do § 1º do art. 53: 'Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime'.*
>
> *Circunstâncias ou condições de caráter pessoal são as inerentes à pessoa de cada um dos concorrentes, as chamadas subjetivas, como a de ser reincidente (art. 70, I), descendente da vítima (art. 70, II, f), menor de 21 ou maior de 70 anos (art. 72, I) etc.*
>
> *Essas circunstâncias ou condições dizem-se elementares do crime quando integram o tipo, como, v.g., a condição pesso-*

al de militar ou assemelhado do agente nos crimes de motim e de revolta (art. 149 e seu parágrafo único). Assim, se um civil participa desses crimes que só podem ser praticados por militar ou assemelhado, incide nas penas deles, apesar de ser civil, pois a qualidade de militar ou assemelhado do autor se comunica ao partícipe.

A contrario sensu *do disposto na parte final do § 1º do art. 53, as circunstâncias de caráter real ou objetivo, que dizem respeito à ação material ou física do agente, são comunicáveis, como a de emprego de veneno, asfixia (art. 205, III) etc."* (*Curso de Direito Penal Militar* (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 159).

Cabe, ainda, aplicar o art. 102, alínea "a", do CPPM, o qual dispõe que a conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo no concurso entre a jurisdição militar e a comum.

Assim, não merece reparos a Sentença *a quo* ao declinar da competência para julgar a civil GLAUCIELE MARIA DE SOUZA PEREIRA.

Isto posto, nego provimento ao recurso ministerial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em acolher a preliminar defensiva e declarar a extinção da punibilidade dos Cbs FNs Ricardo Fabrício Luz e Ed Wilson Vanconcelos Melo, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII, ambos do CPM, em relação ao crime previsto no art. 251, do Estatuto Penal Castrense. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar e deu provimento ao Apelo defensivo, para determinar que o Juízo *a quo*, no que tange à Civil Glauciele Maria de Souza Pereira, encaminhe cópias dos autos ao Juiz competente, nos termos do art. 508, parte final, do CPPM, declarando a nulidade dos atos processuais desde o recebimento da Denúncia, inclusive.

Brasília, 25 de abril de 2013 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 44-46.2007.7.01.0101-RJ

Relator – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Revisor – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Apelante – Flavio Ronie de Oliveira Cruz, ex-CB Mar, condenado à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão; Juliano de Oliveira França, ex-CB Mar, e Alex Alves de Oliveira, Civil, condenados à pena de 8 anos e 7 meses de reclusão; todos como incursos no art. 244, § 1°, do CPM, com o regime prisional inicialmente fechado.

Apelado – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 2/8/2010.

Advogados – Defensoria Pública da União e Drs. Silvio Roberto Silva Lopes de Souza e Vinicius Nascimento de Gregório.

EMENTA

APELAÇÃO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ARTIGO 244, § 1º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRELIMINARES DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO, EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM, *E DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO, POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADAS. Preliminar de anulação do julgamento em razão da existência de* Bis In Idem. *Os Apelantes foram condenados na Justiça Comum pelo delito de quadrilha ou bando, e o fato agora analisado trata-se de extorsão mediante sequestro. Preliminar que se rejeita. Preliminar de anulação do julgamento por cerceamento de defesa. Os Réus foram denunciados como incursos no art. 244, com a qualificadora do § 3º, do CPM. Houve um erro material, já que, em nenhum momento, foi relatada na denúncia violência. No Aditamento, o* Parquet *retificou o § 3º para o § 1º, e as Defesas foram cientificadas da manifestação do Órgão Ministerial, sendo-lhes deferido o prazo de 5 (cinco) dias para alegarem o que de direito. No entanto, nada requereram. Preservado o contraditório. Preliminar que se rejeita. Militares da Marinha integrantes de quadrilha que realizava sequestros relâmpagos na Região dos Lagos-RJ, que tinham por vítimas militares e civis, constrangeram e fizeram refém Cabo da Marinha com o objetivo de obter vantagem patrimonial. Para atingir seus objetivos, os réus colocaram o militar à força no banco do carona do seu veículo, numa rua próxima à Universidade Es-*

tácio de Sá, na cidade de Cabo Frio/RJ, obrigando-o a lhes entregar os seus cartões magnéticos de crédito e de débito, após, transferiram-no para outro veículo e seguiram até São Pedro da Aldeia/RJ, onde o mantiveram retido numa casa situada naquela Cidade. Comprovadas autoria e materialidade, ausentes causas excludentes da ilicitude. Nega-se provimento aos Apelos.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou as preliminares arguidas pela Defesa, de nulidade do julgamento e de cerceamento de defesa e, **no mérito, por unanimidade**, negou provimento aos Apelos defensivos, para manter a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e José Coêlho Ferreira não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 15ª Sessão, 12/3/2013).

RELATÓRIO

Em 22 de setembro de 2008, o MPM ofereceu denúncia contra os Cabos FLÁVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ e JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, como incursos na pena do art. 244, § 3°, combinado com o art. 53 do CPM. Narra a exordial, fls. 02/05:

> *"1º - No dia 8 de maio de 2007, por volta das 20:15 horas (Registro de Ocorrência n° 125-01089/2007, fls. 142/144), o Cabo EDERSON DARLAN COLOSSI foi abordado pelos Acusados, um dos quais estava armado com um revólver, numa rua próxima à Universidade Estácio de Sá, na cidade de Cabo Frio - RJ, quando saía do interior de seu automóvel KADETT, modelo 1995, cor cinza, placa IGA 6120/RS, após estacioná-lo. Imediatamente, foi obrigado a ocupar o banco do carona daquele veículo, enquanto os Acusados ocupavam o banco do motorista e o banco traseiro. Após darem algumas voltas de automóvel em*

Cabo Frio, o Cabo COLOSSI, sob ameaça de revólver, foi obrigado a entregar seus cartões de crédito e bancários e, logo depois, teve seus olhos vendados (embora não totalmente) e as mãos algemadas.

2º - Após darem algumas voltas, os Acusados pararam o automóvel num determinado local e um deles embarcou noutro veículo, igualmente da marca KADETT placa KT6Z 8796, pertencente ao 1º Denunciado (fls. 12, in fine*). Os dois veículos seguiram até a cidade de São Pedro de Aldeia-RJ, onde a Vítima foi colocada num dos quartos de uma casa situada na rua José Carlos de Oliveira, n° 8. Os Acusados exigiram que COLOSSI fornecesse as senhas dos cartões que haviam subtraído e, em seguida, o revistaram, quando roubaram um telefone celular Sony Erickson, avaliado em* ***R$ 220,00*** *(laudo de fls. 261).*

3º - De posse dos cartões e senhas, um dos Denunciados saiu de casa num dos veículos para efetuar os saques bancários, enquanto o outro permaneceu na casa, ordenando à Vítima que ficasse de cabeça baixa, não tentasse nada e seguisse suas ordens. Na ocasião, foi possível ao Ofendido ver alguns detalhes da casa, já que sua venda possuía uma folga que permitia visualizar o ambiente. Posteriormente, o Acusado que havia saído telefonou, dizendo que uma das senhas estava errada, solicitando à Vítima que informasse a senha correta, o que lhe foi então fornecida. Todavia, o referido Acusado logo retornou, dizendo que não foi possível sacar o dinheiro devido ao horário bancário, avisando a COLOSSI que teria que permanecer na casa até o dia seguinte de forma a viabilizar o saque.

4º - No início da manhã do dia 9 de maio de 2007, COLOSSI foi obrigado pelos Denunciados a tomar aproximadamente 300 ml de cachaça (fls. 156). A seguir, cada Réu conduziu os dois veículos acima referidos e obrigaram COLOSSI a permanecer deitado no banco traseiro do seu próprio carro, com as mãos presas com uma fita. Cerca de 10 minutos depois, os Réus deixaram COLOSSI numa rua do bairro do Vinhateiro, em São Pedro de Aldeia, sendo que um dos Acusados que dirigia o veículo do Ofendido desceu correndo, levando a respectiva chave e entrando no KADETT dirigido por seu comparsa, partindo rapidamente. Ato contínuo, embora se sentindo zonzo, a Vítima pediu informações a uma pessoa que passava pelo local e, a seguir, ligou para sua esposa, que se dirigiu ao local com alguns colegas que o conduziram até a Policlínica Naval de São Pedro de Al-

deia, onde lhe prestaram atendimento médico. Posteriormente, fez o registro dos fatos na 125° Delegacia Policial. Informou ainda a Vítima que foram sacados ***R$ 900,00*** *de sua conta no Banco Real (fls. 244) e* ***R$ 600,00*** *do Banco do Brasil (fls. 244), havendo ainda demonstração às fls. 243/244 de que os Acusados fizeram gastos na Farmácia Farmais utilizando o cartão do Banco do Brasil, no valor de* ***R$ 19,96*** *e compras com a utilização do cartão do Banco Real no valor de* ***R$ 167,64*** *em postos de combustíveis. Por outro lado, os Denunciados levaram* ***R$ 170,00*** *que se encontrava na carteira de dinheiro de COLOSSI.*

5º - No dia 14 de junho de 2007, foi lavrado pela 126ª Delegacia Policial de Cabo Frio o Auto de Prisão em Flagrante n° 424/126/07 (fls. 11/20), quando foram presos os ora Denunciados e o civil ALEX ALVES DE OLIVEIRA, após denúncia anônima de que havia elementos praticando sequestros relâmpagos na região. A partir daquela prisão e subsequentes averiguações, foi possível localizar a casa onde COLOSSI permaneceu em cativeiro, ou seja, a rua José Carlos de Oliveira, n° 8, em São Pedro de Aldeia, que foi reconhecida pela Vítima, conforme declarações de fls. 14/15.

6º - O Cabo COLOSSI reconheceu igualmente alguns objetos guardados em seu automóvel e que se encontravam no porta-mala do Kadett pertencente ao Denunciado Cabo CRUZ, tais como frascos de 500 ml de fluido para freio da marca Varga, um Kit elétrico da barra estabilizadora, duas peças de suspensão do motor, além de várias outras peças de seu veículo que foram encontradas na aludida casa, identificadas pelo Ofendido, conforme Auto de Reconhecimento de Objeto de fls. 17, todas elas avaliadas no Laudo de Avaliação Indireta de fls. 261 pelo valor de ***R$ 127,90*** *(obs: do valor global constante do citado laudo, há de ser abatido o valor estimado do telefone celular). Por sua vez, o automóvel KADETT pertencente ao Ofendido foi avaliado em* ***R$ 10.787,00,*** *conforme Laudo de Avaliação de fls. 256.*

7º - Além de reconhecer a casa onde permaneceu em cativeiro, o Cabo COLOSSI ***reconheceu também o Cabo FLÁVIO CRUZ como um dos Acusados que praticou a ação delituosa*** *ora descrita, quando esteve na 126ª DP, consoante suas declarações de fls. 27/29, destacando também que o mesmo Acusado efetuou operações bancárias com suas senhas, conforme identificou em fotos fornecidas pelo sistema de segurança do Banco do Brasil (*vide *depoimentos de fls. 29, 157 e 280). Por outro la-*

do, embora o Ofendido não tenha reconhecido o 2º Denunciado Cabo FRANÇA, há indícios de que ele tenha sido cúmplice do Cabo CRUZ, pois este, embora declarando que não se lembrava do sequestro do Cabo COLOSSI, ***afirmou ter cometido vários crimes de sequestro, cárcere privado e saques com cartões bancários e de crédito desde março de 2007 (fls. 169/171), sendo FRANÇA seu cúmplice em todos estes crimes. Afirmou igualmente o Cabo CRUZ que sua casa, na rua José Carlos de Oliveira, n° 8, em São Pedro de Aldeia, servia de cativeiro*** *e que as Vítimas eram colocadas num quarto contíguo ao quarto onde dormia junto com o Cabo FRANÇA. Confirma a existência de alguns materiais automotivos em sua casa, no quarto do 2º Denunciado, embora alegue não conhecer a origem (fls. 170).*

8º - Por seu turno, o Cabo FRANÇA, quando inquirido, também ***declarou residência no mesmo local que CRUZ,*** *ou seja, na rua acima referida. Embora negue a prática de crimes de sequestros ou roubos, afirmando que seu companheiro tinha comportamento 'não normal', andando armado e trazendo para casa objetos de origem suspeita,* ***afirmou que se encontrava em casa no dia 8 de maio de 2007*** (fls. 172/174).".

(...)

O MPM, em 6 de abril de 2009, aditou a denúncia:

"A Denúncia oferecida nestes autos imputa ao Cabo FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA DA CRUZ e JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA participação em crime ocorrido no dia 8 de maio de 2007, quando extorquiram mediante sequestro o Cabo EDERSON DARLAN COLOSSI na cidade de Cabo Frio, mantendo-o em cárcere privado numa casa situada na rua José Carlos de Oliveira, n° 8, em São Pedro de Aldeia, até que o libertaram, no dia seguinte, no bairro de Vinhateiro, situado neste último município, com o objetivo de obterem vantagem econômica ilícita, mediante subtração de um telefone celular e obtenção de dinheiro mediante saques bancários realizados com o cartão e a senha da Vítima, na forma narrada na Peça Acusatória.

Ocorre que, da análise das peças contidas nos Apensos I e II, oriundo de processo que tramitou na Vara Criminal de Cabo Frio-RJ em relação aos mesmos fatos, surgiram indícios de que o civil ALEX ALVES DE OLIVEIRA foi cúmplice dos demais Acusados na prática deste crime, diante do que consta em depoimentos prestados por FLAVIO RONIE.

Com efeito, declarou FLAVIO em interrogatório judicial, no dia 24 de outubro de 2007 (fls. 99/100):

'(...) que, tendo em vista ao fato que responde a processos por crimes análogos ao contido nesta denúncia, nos quais as denúncias dão conta do mesmo modus operandi *para a prática criminosa, o interrogando não tem condições de se recordar se o fato descrito nesta denúncia foi ou não por ele praticado,* ***podendo apenas afirmar que efetivamente praticou um crime em circunstâncias semelhantes na companhia de Alex e Juliano;*** *que, entretanto, pode afirmar que reconhece como sua a imagem captada nas fotografias de fls. 5, 5/17 e 18/21 (...); que, após proceder a leitura de denúncia e de outras peças do processo, o interrogando tem a dizer que praticou o crime, que acredita possa ser o que está sendo a ele imputado nestes autos,* ***no qual procedeu juntamente com Alex e Juliano para a prática do roubo; que, neste crime, praticado pelo interrogando, Alex e Juliano, Alex fez a abordagem da vítima, que estava próxima a um orelhão, tendo logo em seguida ido com ela para seu carro, no qual também ingressaram o interrogando e Juliano; que, nesta prática criminosa referida pelo interrogando, somente Alex estava armado, o qual, diga-se, era o único que possuía arma de fogo (...)'.***

*Reforça os indícios de participação conjunta no crime outro depoimento prestado por FLAVIO RONIE (fls. 125/128), desta vez na 3ª Auditoria da 1ª CJM, que, embora envolva outro fato, ou seja, o sequestro do Cabo QUARESMA, revela que ALEX foi morar com seu primo, o 1º Acusado em março de 2007 '****e, a partir de então, começaram a sequestrar vítimas para extorquir dinheiro',*** *nos quais enquanto 'geralmente o Cabo JULIANO dirigia e o ALEX rendia as vítimas', FLAVIO efetuava os saques bancários (fls. 127)."*.

A Denúncia foi recebida no dia 29 de setembro de 2008 (fl. 347) e o aditamento à denúncia no dia 30 de abril de 2009 (fl. 429).

Ao ser interrogado, o acusado, FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, CB-AV, respondeu (fls. 367/369):

"São em parte verdadeiras as acusações da denúncia, esclarecendo a seguir: não conhece o ofendido e as testemunhas; está respondendo ao mesmo processo em Cabo Frio, isto é, acusação do mesmo fato desta denúncia; está sendo processado,

também, na 3ª Auditoria da 1ª CJM, com decisão ainda não transitada em julgado; conhece o outro acusado; moravam na mesma casa, em São Pedro da Aldeia-RJ; quer registrar que a denúncia que iniciou este processo contém dados que não estão na denúncia em Cabo Frio; desde que foi chamado a responder processo criminal, o interrogando vem colaborando para esclarecimento dos fatos; considera-se réu confesso que quer que isto seja levado em consideração; é verdadeira a imputação de que com o cartão de crédito do Cabo COLOSSI efetuou saques em caixas eletrônicos; o cartão lhe foi fornecido por ALEX ALVES DE OLIVEIRA, que responde em Cabo Frio pelo mesmo fato; nega ter sequestrado o Cabo COLOSSI; não sabe se o Cabo COLOSSI foi aprisionado na casa em que morava em Cabo Frio; afirma não ter tido nenhum contato com o Cabo COLOSSI quando ele estava na residência, porque ele estava fazendo os saques que referiu; está profundamente arrependido do que fez; fez faculdade de educação física, mas não concluiu o curso; não usa drogas; é evangélico; sua família é conhecedora da situação que está passando, respondendo a processos criminais e está lhe dando todo o apoio; quanto aos saques que efetivou não se lembra qual o valor; o dinheiro que sacou nos caixas eletrônicos entregou a ALEX; em maio de 2007 já morava com o outro acusado em São Pedro da Aldeia havia um ano e três meses; nunca tiveram problema nenhum na Comarca; em março de 2007 o interrogando encontrou com ALEX no centro de São Pedro de Aldeia; ALEX passou a frequentar a casa do interrogando e, finalmente, foi morar lá; foi depois que ALEX foi morar em sua casa que começaram os fatos objetos de denúncias em outros juízos e a do presente processo; o interrogando considera que sofreu muita influência por parte de ALEX; quer esclarecer que conhecia ALEX desde criança; as ideias partiam de ALEX, bem assim as iniciativas. ***Pelo MPM, perguntado respondeu:*** *a respeito do fato descrito na denúncia, o interrogando não tem uma lembrança muito clara; mas sabe que o Cabo FRANÇA fez as compras referidas na denúncia; FRANÇA e ALEX permaneceram com o Cabo COLOSSI na casa; não sabe dizer se o ofendido foi forçado a ingerir cachaça; lembra que recebeu os cartões das mãos de ALEX quando estava na piscina da casa em que morava, isso ocorreu à noite, em data que não se lembra; o carro do CB COLOSSI estava na garagem da casa, um Kadett chumbo, como descrito na denúncia; quer esclarecer que o CB COLOSSI se en-*

contrava dentro da casa, mas reitera que não teve contato com ele; não perguntou a ALEX ou FRANÇA por que razão o CB COLOSSI estava na casa; reitera que nesse dia FRANÇA e ALEX se encontravam na casa; lembra-se que no quarto do CB FRANÇA viu alguns produtos, peças de carro, esclarecendo que tanto ele quanto o CB FRANÇA tinham produtos de seus próprios carros; o que foi achado na mala de seu carro era de sua propriedade; só se lembra de ter efetuado saque no Banco Real, não se lembra em que horário; esclarece que, depois que recebeu o cartão à noite, saiu para efetuar saques mas não se lembra se conseguiu fazê-los; no dia seguinte pela manhã, foi para o quartel, e quando voltou, no mesmo dia, o CB COLOSSI não estava mais lá; após ter efetuado os saques, voltou para casa e lá permaneceu até ir para o quartel; reitera que não teve contato com COLOSSI; a casa era composta de três quartos, sala, cozinha e banheiro; era uma casa grande, era possível saber quem estava lá dentro, isto é, qualquer tipo de movimentação.".

Ao ser interrogado, o acusado JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, CB-AV, fl. 370, preferiu ter assegurado o seu direito ao silêncio, deixando a cargo de seu advogado as suas razões de defesa.

Em oitiva, o ofendido, EDERSON DARLAN COLOSSI – CB, declarou (fls.399/402):

"Que, ao olhar os acusados aqui presentes, o depoente reconhece o CB CRUZ como um dos militares que fizeram saques na agência bancária; que, no dia 8/5/07, aproximadamente às 20h15min, o depoente estava estacionando seu carro próximo à Universidade Estácio de Sá, em Cabo Frio, ao tempo em que foi abordado por dois indivíduos, sendo que um deles estava armado; que o acusado, que reconhece nesta audiência, esteve, no mesmo dia, à noite, num caixa eletrônico para efetuar um saque na sua conta-corrente; que a senha que dava acesso à conta-corrente do depoente, mediante coação, foi informada ao acusado que reconhece, hoje, neste recinto; que o acusado que ora reconhece é o CB FLAVIO RONNIE DE OLIVEIRA CRUZ; que, ao olhar para o corréu JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, não tem certeza quanto a participação do referido militar no sequestro mencionado na denúncia; que, no dia dos fatos, o depoente foi colocado no banco do carona do veículo pertencente ao declarante; na ocasião, ao depoente foi determinado que somente olhasse para um lado, isso com o objetivo de os indivíduos não

serem reconhecidos; posteriormente, após o carro parar, um dos indivíduos voltou com uma mochila, sendo de notar que em seguida o depoente resultou algemado; a partir daí, foi colocada uma venda no rosto do depoente, valendo destacar que um deles se afastou do local; ainda na sequência, o depoente foi encaminhado ao cativeiro; que, na ocasião sentiu muito medo, tendo ficado em estado de choque, até em razão da incerteza do que poderia acontecer; que no cativeiro, o depoente forneceu aos indivíduos a senha que dava acesso às suas contas-correntes, ou seja, do Banco do Brasil e Real; que ficou no cativeiro recolhido num quarto; ainda na ocasião, um dos indivíduos saiu para fazer a transação bancária, retornando uma hora depois, sob o argumento de que a senha estava errada; após ter prestado os esclarecimentos necessários para a liberação do dinheiro, um dos indivíduos, por fim, conseguiu sacar R$ 600,00; é importante realçar que tal aconteceu no dia seguinte, vale dizer, 9/5/07; que passou a noite toda algemado no cativeiro; que, na realidade, no início da manhã do dia 9, conforme narra a denúncia às fls. 1-B, o depoente foi obrigado a ingerir, aproximadamente, 300ml de cachaça, ou seja, um copo grande; que logo em seguida o declarante resultou embriagado; os indivíduos, no ensejo, disseram para o depoente que, se ele não bebesse, inocorreria sua liberação; após alguns minutos, o depoente foi libertado; que ficou todo o tempo algemado e com os olhos vendados; que, a partir de um determinado horário da madrugada, foi feito um reforço na venda que fora colocada em seus olhos.".

Em depoimento, a testemunha arrolada pelo MPM, fls. 421/423, ANDREIA APARECIDA ROMEU OLIVEIRA COLOSSI, Civil, declarou:

"Que se encontrava em sua residência a tempo que ocorreram os fatos narrados na denúncia; que, no dia 8 de maio de 2007, o seu esposo, o CB COLOSSI, saiu de sua residência com destino à Universidade Estácio de Sá; aproximadamente meia-noite, a depoente passou a ficar preocupada, haja vista que seu esposo não havia retornado para casa e já se encontrava fora do horário; por volta das 00h50min, ou seja, próximo a uma hora da madrugada, a depoente, de seu celular, ligou para o CB COLOSSI, sendo de notar que as ligações caíam na caixa de mensagens; nesse cenário, a depoente, bastante preocupada, entrou em contato com o CB VAGNER STOCCO; após várias providências visando à localização de seu esposo, a depoente recebeu,

do CB COLOSSI, um telefonema dando conta de que se encontrava próximo ao bairro Vinhateiro; em seguida, a depoente foi se encontrar com seu esposo; releva notar que, no meio da noite, enquanto procurava seu marido, a depoente esteve no caixa eletrônico do Banco Real, ao tempo em que constatou a realização de alguns saques na conta-corrente de seu marido; nessa oportunidade, a depoente apenas verificou que foi realizado tão apenas um saque no valor de R$ 900,00 (novecentos reais); que ao encontrar seu marido, a depoente notou que ele apresentava uma marca vermelha no rosto e estava bastante abatido; ainda na sequência, o CB COLOSSI relatou que, quando se dirigia à faculdade, fora sequestrado; a depoente esclarece que, segundo lhe parece, participaram da ação contra seu marido três pessoas; que seu esposo não declinou o nome dos acusados; que seu esposo lhe relatou, igualmente, que, na Delegacia, após a exibição de algumas fotos, ele reconheceu uma pessoa; ou melhor: o seu esposo, à luz da foto tirada no caixa eletrônico, reconheceu a pessoa que procedera a operação bancária no citado caixa eletrônico, utilizando o cartão magnético do CB COLOSSI, o qual lhe fora arrebatado ao tempo da ação criminosa; que, ao ouvir os nomes dos acusados, a depoente assevera que não os conhece, e tampouco jamais os viu em qualquer comemoração militar; que o seu esposo, à época da ocorrência, servia num Esquadrão, em São Pedro da Aldeia; que seu esposo, em momento algum, comentou que conhecia os acusados. Pelo MPM perguntado, respondeu que, quando encontrou seu marido, ele exalava cheiro de ter ingerido bebida alcoólica; é importante enfatizar que seu marido passou mal, tanto mais porque não tem o hábito de ingerir bebida alcoólica. Pela Defesa de Flávio perguntada, respondeu que não se lembra se o seu marido, ao conversar com a depoente após a ocorrência, comentou que a pessoa que reconheceu pela foto tirada no Caixa eletrônico seria aquela que lhe rendera no início do evento. Pela Defesa de Juliano perguntada, respondeu que viu o rosto de seu marido vermelho, por lhe ter sido colocada uma fita no seu nariz; é importante notar que a citada fita serviu como uma venda para lhe cobrir os olhos; a citada venda se encontrava no local, devendo ser enfatizado que, quando viu seu marido, após a ação dos acusados, ele estava vomitando; que à época do fato-crime narrado na inicial, o seu esposo não recebeu nenhum atrasado ou qualquer gratificação.".

Em depoimento, a testemunha arrolada pelo MPM, CLAITON VOLNEI WEISS - CB, declarou (fl.424):

> *"Que não viu o fato narrado na denúncia; que esteve com a vítima, o CB COLOSSI, após a ocorrência, por volta das 6 horas da manhã; que o CB COLOSSI se encontrava embriagado; que tinha uma marca vermelha no rosto, mas não estava ferido; que não conhece os Cabos acusados na denúncia; que não sabe informar se o CB COLOSSI reconheceu alguns dos acusados na Delegacia."*.

Em depoimento, a testemunha arrolada pelo MPM, VAGNER STOCCO GOTARDO - CB, declarou (fl.425):

> *"Que não viu o fato narrado na denúncia; que esteve com a vítima, o CB COLOSSI, após a ocorrência, entre 5 e 6 horas da manhã; que, quando chegou, observou que o CB COLOSSI estava nitidamente embriagado, inclusive o próprio Cabo comentou tal fato diante da chegada do depoente, do CB CLAITON e da esposa do CB COLOSSI; que não visualizou nenhum ferimento no CB COLOSSI; que na ocasião o acusado não citou nomes acerca da autoria do fato; que, após a ocorrência, o depoente ouviu comentários de que o CB COLOSSI reconhecera os autores, através de fotografia, na Delegacia; que é bastante amigo do CB COLOSSI, que se considera, inclusive, quase irmão da citada praça, motivo pelo qual a esposa da vítima solicitara sua presença tão logo se cientificara do fato narrado na denúncia; que o CB COLOSSI já esteve em sua residência, participando de um churrasco, bebendo apenas refrigerante; que depois que encontrou o CB COLOSSI, o CB CLAITON viabilizou seu atendimento na Policlínica Naval de São Pedro da Aldeia; que nunca ouviu falar dos Cabos militares mencionados na denúncia."*.

Ao ser interrogado, o acusado, ALEX ALVES DE OLIVEIRA, Civil, às fls. 456/457, respondeu:

> *"Que, no dia 8 de maio de 2007, por volta das 20h15min, o interrogando, certamente, se encontrava em Nilópolis, local em que reside; que conhece o Cabo da Marinha FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, o qual é seu primo; que o Cabo da Marinha JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA foi apresentado ao interrogando pelo CB FLAVIO RONIE, no dia 12/6/2007;*

que, no dia mencionado na denúncia, por se encontrar em Nilópolis, o interrogando não estava na cidade de Cabo Frio; consequentemente, não praticou os fatos narrados na denúncia; que jamais praticou qualquer ação relacionada à extorsão mediante sequestro em desfavor de qualquer pessoa; que, igualmente, não praticou, com seu primo, FLAVIO RONIE, qualquer extorsão mediante sequestro; que, no mês de maio de 2007, o interrogando não esteve na cidade de Cabo Frio; que esteve na cidade de São Pedro da Aldeia, efetivamente, no mês de junho de 2007; que jamais, mediante sequestro, extorquiu qualquer pessoa; que desconhece qualquer conduta semelhante relacionada a seu primo FLAVIO RONIE; que a afirmação, constante do aditamento, e referente ao interrogatório prestado por FLAVIO, no dia 24 de outubro de 2007, de que o interrogando praticara um crime em circunstância semelhante em companhia do acusado e de JULIANO, é improcedente, ou seja, despida de veracidade.".

Como ocorreram divergências entre os interrogatórios, fez presente a seguinte acareação entre os acusados FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA e ALEX ALVES DE OLIVEIRA, às fls. 487/489:

*"Iniciando-se pelo acusado **FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ**, disse: que confirma o que disse no seu interrogatório de que com o cartão de crédito do CB COLOSSI efetuara saques em caixas eletrônicos e que o cartão fora efetivamente fornecido por ALEX ALVES DE OLIVEIRA; que confirma que entregou o dinheiro que sacara nos caixas eletrônicos ao corréu ALEX; que confirma que, em março de 2007, o interrogando se encontrara com ALEX no Centro de São Pedro da Aldeia; outrossim, ratifica que ALEX passou a frequentar a casa do interrogando, tendo finalmente morado com o interrogando; que, depois que ALEX foi morar em sua casa, começaram os fatos objetos de denúncias em outros Juízos e no presente processo; ratifica, por fim, que sofrera muita influência por parte de ALEX, e que as ideias para as práticas delituosas promanavam do civil ALEX; Perguntado ao acusado **JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA,** respondeu: que, malgrado ter ficado em silêncio no seu interrogatório realizado no dia 20 de outubro de 2008, o interrogando afirma o seguinte: no dia dos fatos narrados na denúncia, ou seja, aos 8 de maio de 2007, por volta das 20h15min, o interrogando já não mais frequentava a casa de seu colega de farda FLAVIO RONIE,*

situada em São Pedro da Aldeia; releva notar que na citada data somente os seus objetos pessoais se encontravam na referida residência; nessa época, o interrogando estava procurando outra residência para morar e, por isso, estava residindo no quartel, até porque na OM não pagava aluguel; que resolveu se mudar da residência em que morava com seu companheiro de farda FLAVIO RONIE, visto que o interrogando não estava concordando com o comportamento anormal do citado militar, relacionado, provavelmente, às práticas de ilícitos penais; que não raro presenciava e ouvia FLAVIO RONIE conversando ao telefone com indivíduos com os vulgos 'bicudo ou bicuda e malvadeza'; que não tem condições de afirmar se ALEX estava residindo com FLAVIO, haja vista que se mudara do local no início do mês de maio de 2007; que não sabe informar se ALEX estava envolvido com FLAVIO na prática de fatos símiles aos narrados na denúncia; gostaria de enfatizar que presenciara o FLAVIO na residência manuseando arma de fogo, especialmente arma de calibre 38; que FLAVIO disse para o interrogando que portava tais armas porque era motorista de um Almirante; Perguntado ao acusado ***ALEX ALVES DE OLIVEIRA,*** *respondeu: que, efetivamente, não praticou com seu primo, FLAVIO RONIE, qualquer extorsão mediante sequestro; que confirma que no mês de maio de 2007 não estava na cidade de Cabo Frio; que, na realidade, esteve na cidade de São Pedro da Aldeia no dia 12 de junho de 2007; que jamais, mediante sequestro, extorquiu qualquer pessoa;".*

Em alegações escritas, às fls. 506/511, o MPM pugnou pela condenação dos acusados na forma da denúncia.

A Defesa do acusado FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ requereu simplesmente que fosse considerado culpado, única e exclusivamente na medida de sua participação no evento, e que fosse avaliada a sua confissão espontânea, sendo concedida também a prerrogativa do instituto da delação premiada, visto que se fundaria inócua a acusação do MPM, sem a valiosa participação do ora Réu com seus depoimentos, que, como aponta a nobre promotora, trouxe robustez ao conjunto probatório; que, ao julgar os fatos expostos descritos em todo o processo, avalie de forma justa a participação do ora acusado, para que ele, caso venha a ser considerado culpado, receba a justa pena, aquilatada a sua real participação no fato delituoso que lhe é imputado (fls. 513/516).

A Defesa do acusado JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA requereu a absolvição, na forma do artigo 439, alínea "c", do Código de Processo

Penal Militar, tendo em vista não haver prova de que concorreu para a infração penal narrada na denúncia; ou, finalmente, caso assim não entenda esse Egrégio Conselho, que então absolva o acusado, na forma do artigo 439, "e", desse mesmo Estatuto Processual (fls. 518/522).

A Defesa do acusado ALEX ALVES DE OLIVEIRA requereu que esse Colendo Conselho Julgador decida pela improcedência da denúncia, vindo a absolvê-lo, com fulcro no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (fls. 524/534).

O Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, fls. 616/631, julgou procedente as pretensões condenatórias deduzidas na inicial e respectivo aditamento, condenando os acusados FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ**,** à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração ao art. 244, § 1º, do CPM, devendo a referida pena ser cumprida em regime fechado, a teor do art. 33, § 2º, V, do CP; JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA e ALEX ALVES DE OLIVEIRA, à pena de 8 (oito) anos e 7 (sete) meses de reclusão, por infringirem a norma de proibição definida no art. 244, § 1º, do CPM, devendo a citada pena ser cumprida em regime fechado, à luz do art. 33, § 2°, V, do CP.

Em razões de apelação, a Defesa do acusado JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA requereu a esse Egrégio Tribunal que fosse dado provimento ao presente recurso para reformar a sentença ora combatida, absolvendo o apelante, na forma do art. 439, alínea "c", do Código de Processo Penal Militar, tendo em vista não haver prova de que ele concorreu para a infração penal narrada na denúncia, ou, alternativamente, na forma do artigo 439, "e", desse mesmo Estatuto Processual (fls. 647/657).

A Defesa do acusado ALEX ALVES DE OLIVEIRA, em suas razões de apelação, requereu que esse Egrégio Tribunal de Justiça Castrense julgue procedente o recurso de apelação interposto e, por conseguinte, determine a reforma do r. *Decisum* de 1° grau, profira o objetivado decreto absolutório, com fulcro no artigo 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar. Contudo, se assim não entendido, fosse reduzida a pena imposta para o seu mínimo legal (fls. 658/672).

A Defesa do acusado FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, em suas razões de apelação, requereu a diminuição na pena de 1/3, citando que, nos processos julgados anteriormente, o apelante foi beneficiado obtendo a diminuição da pena e que, inclusive este egrégio Tribunal, em julgamento de mérito de Apelação em outro processo, reconheceu que o acusado já teria recebido o benefício da Delação Premiada, não perfa-

zendo direito líquido ao pleito, em que mantiveram a sentença base. De outra forma, requereu a anulação do julgamento, já que os réus foram condenados e tiveram suas penas agravadas (participação de mais duas pessoas no evento criminoso) em decisão da Justiça Comum Criminal, tendo sido condenados pelo crime descrito na rubrica do art. 288 do CP, nos Autos de n° 2007.005.011350-5, em que receberam a pena de 4 (quatro) anos, inicialmente cumprida em regime fechado. Assim sendo, compreende o apelante ser *bis in idem*, serem novamente condenados por associação para crime. Requereu ainda a reavaliação da posição do Juiz-Auditor, no tocante à não abertura de prazo para a Defesa se manifestar sobre a mudança da acusação, já que a referida retificação se deu a 10 dias do julgamento, já com as alegações escritas da Defesa postadas em juízo, o que para tal admissibilidade deveria o Juiz-Autor ter devolvido o prazo para novas alegações, portanto, factível de anulação de julgamento, verificou-se dessa forma o cerceamento de defesa. Ao final, requereu que fosse provido o presente recurso com a integral reforma da r. sentença prolatada (fls. 673/682).

Em contrarrazões, às fls. 684/687, requereu o MPM que fosse o presente recurso de apelação conhecido e não provido, para que se mantenha, *in totum*, o decreto condenatório.

Em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Maria Lúcia Wagner, a PGJM manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo de FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, e pelo provimento dos apelos de JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA e de ALEX ALVES DE OLIVEIRA (fls. 703/706).

É o Relatório.

VOTO

Apelo tempestivo, preenchendo os requisitos legais de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

Insurgem-se as Defesas dos acusados contra a Sentença *a quo* que condenou FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, ex-CB Mar, à pena de 8 anos e 4 meses de reclusão; JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, ex-CB Mar, e ALEX ALVES DE OLIVEIRA, Civil, à pena de 8 anos e 7 meses de reclusão; todos como incursos no art. 244, § 1°, do CPM, com o regime prisional inicialmente fechado.

Consta dos autos que os acusados, em coautoria, mediante violência e grave ameaça, constrangeram o Cabo COLOSSI e o fizeram re-

fém, do dia 8/5/07, por volta das 20h15, até o dia 9/5/07, no início da manhã, com o objetivo de obter vantagem patrimonial. Para atingir seus objetivos, os réus colocaram o militar à força no banco do carona do seu veículo, numa rua próxima à Universidade Estácio de Sá, na cidade de Cabo Frio/RJ, obrigando-o a lhes entregar os seus cartões magnéticos de crédito e de débito, após, transferiram-no para outro veículo e seguiram até São Pedro da Aldeia/RJ, onde o mantiveram retido numa casa situada naquela Cidade.

A vítima só foi libertada na manhã de 9/5/07, depois de ingerir 300ml de cachaça, sendo socorrido por sua esposa que o encaminhara para fazer o Registro de Ocorrência na 125ª Delegacia Policial, declarando que sofrera o seguinte prejuízo: saques em suas contas-correntes, no valor de R$ 900,00 (novecentos reais), do Banco Real, e no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), do Banco do Brasil S/A; gastos na farmácia com o cartão de crédito do Banco do Brasil S/A, no valor de R$ 19,96 (dezenove reais e noventa e seis centavos); compras com o cartão do Banco Real no valor de R$ 167,64 (cento e sessenta e sete reais e sessenta e quatro centavos), além da subtração da quantia de R$ 170,00 (cento e setenta reais), que se encontrava na sua carteira de dinheiro.

A Sentença *a quo* deve ser mantida.

A Defesa de FLAVIO RONIE suscita duas questões preliminares de nulidade do Julgamento. Na primeira, requer a anulação do Julgamento, aduzindo que os Réus foram condenados e tiveram suas penas agravadas por terem participado mais de duas pessoas no evento criminoso, mas, em decisão da Justiça Comum Criminal, os Réus já tinham sido condenados pelo crime do art. 288 do Código Penal nos Autos de n° 2007.005.011350-5, em que receberam a pena de 4 (quatro) anos, ocorrendo *bis in idem* se forem condenados por associação para crime.

Não merece prosperar a preliminar suscitada pela Defesa.

Os Réus foram condenados na Justiça Comum pelo delito de quadrilha ou bando, por diversos crimes praticados na cidade de São Pedro da Aldeia, de competência daquela Justiça, conforme consta nas Folhas de Alterações Criminais juntadas a este feito. No entanto, se amoldam às hipóteses previstas no art. 9º do Código Penal Militar, e a condenação diz respeito ao delito praticado contra o CB COLOSSI, objeto do presente recurso.

Faz mister registrar que o fato agora analisado refere-se ao Registro de Ocorrência nº 125-01089/2007, em que consta a extorsão mediante

sequestro do Cabo da Marinha EDERSON DARLAN COLOSSI ocorrida em 8 de maio de 2007, sendo os Réus envolvidos em mais 4 (quatro) ocorrências (fls. 94/95).

Preliminar de anulação do julgamento, em razão da inexistência de *bis in idem* que se rejeita.

Em segunda preliminar, a Defesa do apelante FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, ex-CB Mar, em suas razões de apelação, alega nulidade do julgamento por cerceamento de defesa, uma vez que o *Parquet* mudou a tipificação da denúncia após o oferecimento das Alegações Escritas, causando surpresa à Parte.

Aqui também não lhe assiste razão.

Não merece prosperar a arguição de nulidade, haja vista não ter existido no processo qualquer cerceamento de defesa, pois foi dada plena ciência à defesa da retificação da acusação, possibilitando o contraditório.

Os Réus foram denunciados como incursos no art. 244, com a qualificadora do § 3º, do CPM (fls. 04 e 07).

Da simples leitura do dispositivo e de peças dos autos, percebe-se que houve um erro material, já que, em nenhum momento, foi relatada na denúncia violência contra o CB COLOSSI.

No Aditamento, o *Parquet* retificou o § 3º para o § 1º, e as Defesas foram cientificadas da manifestação do Órgão Ministerial, sendo-lhe deferido o prazo de 5 (cinco) dias para alegarem o que de direito. No entanto, nada requereram (fl. 609/610).

Preliminar de anulação do julgamento por cerceamento de defesa que se rejeita.

No mérito, autoria e materialidade do crime praticado por FLAVIO RONNIE restaram plenamente provadas, tendo, inclusive, o Réu confessado a autoria.

Contudo, a Defesa requer o benefício da delação premiada e a diminuição de 1/3 da pena.

O Conselho de Justiça, ao aplicar a pena, bem sopesou as circunstâncias do art. 69 do Código Penal Militar e aplicou a pena-base acima do mínimo legal em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pena esta menor do que aquela aplicada aos outros Réus, considerando que o ora Apelante tinha confessado o delito, mostrando arrependimento.

Tal confissão, entretanto, não pode ser considerada como circunstância atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM, haja vista que esta só se aplica quando a autoria é ignorada ou imputada a outrem, o que não constitui a hipótese dos autos, uma vez que, conforme aduziu a própria Defesa, foi no cometimento de crime anterior, julgado na 3ª Auditoria da 1ª CJM, que envolveu a morte de outro militar, Cabo QUARESMA, que FLAVIO RONIE apontou os parceiros do delito, chegando à autoria do crime relativo ao presente processo.

Não merece prosperar o pedido de diminuição da pena vez que o instituto da delação premiada não se aplica ao caso em questão, ante a sua total inadequação à hipótese prevista em lei (artigo 59, § 4º, do CP). A delação efetuada pelo acusado contra FRANÇA e ALEX, em momento algum, facilitou a libertação de COLOSSI, segundo ressai dos autos.

Assim, nego provimento ao recurso do ex-Cabo da Marinha FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ.

Alega o apelante JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, ex-CB Mar, em suas razões, que não há provas suficientes nos autos para fundamentar uma condenação, entretanto, o conjunto probatório não deixa dúvidas quanto à autoria e à culpabilidade. *In casu,* as provas carreadas aos autos são subsídios mais que suficientes ao decreto condenatório.

Segundo consta dos autos, JULIANO residia, efetivamente, com ALEX e FLAVIO RONIE na mesma casa e, há tempos, praticavam delitos em conjunto, como se verifica nas Folhas de Antecedentes Criminais dos envolvidos.

A declaração de FLAVIO RONIE de que os 3 (três) sequestraram e extorquiram o Cabo COLOSSI tem consonância com o que foi produzido nos autos.

Vejamos os fatos que demonstram a participação de FLAVIO, JULIANO e ALEX na empreitada criminosa:

De acordo com o Auto de Qualificação Direta, de 13 de junho de 2007, ou seja, pouco mais de um mês após o sequestro do CB COLOSSI ocorrido em 8 de maio daquele ano, FLAVIO RONIE confessa que *"(...) interrogado sobre sua participação em crimes de roubo e sequestro ocorridos na região, o depoente acabou por confessar sua participação, dizendo que atuou em cerca de quatro (crimes), e que sua participação e a de JULIANO era a de levantar através dos cadastros dos militares a que o depoente e JULIANO têm acesso e ambos acabaram por retirar da seção*

sem a devida permissão, para assim poderem estudar o perfil de cada militar, onde escolhiam os que tinham melhores condições financeiras (...)". Este Acusado, já naquela fase de Inquérito, relatou a ajuda de mais uma pessoa na empreitada (fl. 13).

É de constar que, naquela ocasião, FLAVIO RONIE relatou a existência de mais duas pessoas que teriam praticado o crime em questão juntamente a ele como sendo "ALEXANDRE BICUDO" e "MALVADEZA" (fl. 13) e, posteriormente, reinquirido (3/7/2007), diz que tais pessoas nunca existiram e que *"(...) inventou os nomes porque ficou com medo de denunciar JULIANO e ALEX e sofrer represálias por causa disto (...)"* (fl. 60).

Da leitura dos Termos de Interrogatório de FLAVIO RONIE e JULIANO FRANÇA, nota-se que eles entraram na Marinha em 2001, na Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina (fls. 28, 31 e 62). Que FLAVIO afirmou, também, que as namoradas dos outros 2 (dois) criminosos – "BICUDO" e "MALVADEZA" – teriam o nome de ALINE e VANESSA e trabalhavam no *McDonald's* (fl. 14). JULIANO confirmou que ele e FLAVIO namoravam meninas chamadas ALINE e VANESSA e elas trabalhavam naquela lanchonete (fls. 31 e 32), logo se conclui que "ALEXANDRE BICUDO" e "MALVADEZA" são, na verdade, ALEX e JULIANO.

Registre-se que, nos Autos de Qualificação Direta, FLAVIO, JULIANO e ALEX informam o mesmo endereço, revelando que moram na mesma casa (fls. 12, 15 e 16).

JULIANO, por sua vez, afirma que passou a morar com CRUZ no início de 2007 (fl. 32).

Ouvida na fase de IPM, a Vítima disse que foi abordada por 2 (dois) indivíduos e levado a uma casa onde permaneceu refém, após ser solto e registrar a ocorrência, foi levado ao local do cativeiro reconhecendo-o como o lugar em que ficou detido por horas e que seria justamente a casa dos três Réus (fls. 34/36).

ALEX e JULIANO foram presos, logo após a captura de FLAVIO RONIE, do lado de fora da casa de ALINE, namorada de JULIANO, *"(...) já com mochilas e roupas, parecendo estar prontos para se evadirem do local (...)"* (fls. 41 e 44).

Pelo termo de esclarecimento de fl. 50, ROMILSON GONZAGA BELLO, Policial Civil, relata que 3 (três) elementos jovens e de boa aparência eram os autores de sequestros relâmpagos ocorridos na porta da faculdade Estácio de Sá entre os meses de abril e junho de 2007.

O *modus operandi* era o mesmo nas várias infrações relatadas por FLAVIO RONIE, com a participação de ALEX, a quem incumbia abordar as vítimas. JULIANO era encarregado do apoio logístico, conforme ratificado pelo depoimento de FLAVIO RONIE: *"(...)* ***Perguntado*** *qual era a função de cada um, respondeu que as vítimas eram de oportunidade, que o ALEX incentivava, então o ALEX abordava a vítima com a arma, o declarante assumia a direção do carro da vítima (...) e o FRANÇA dirigia o veículo da quadrilha (...)"* (fls. 59 e 75).

Ao ser ouvido em sede de IPM instaurado para apurar o caso do Registro de Ocorrência nº 125-01089/2007 ora em análise, JULIANO reconhece como sua a residência mostrada em fotos: *"(...) Perguntado sobre as fotos tiradas do local de sua residência durante perícia no local do cativeiro, respondeu que as fotos eram de sua residência (...)"* (fls. 178/179).

Por todo o exposto, verifica-se que não há apenas a delação de corréu como fundamento para condenar JULIANO FRANÇA, devendo ser desprovido o seu recurso.

Alega o terceiro apelante ALEX ALVES DE OLIVEIRA, Civil, em suas razões, que não há provas suficientes nos autos para fundamentar uma condenação, entretanto, o conjunto probatório não deixa dúvidas quanto à autoria e à culpabilidade. No tocante ao pedido de redução da pena imposta para o seu mínimo legal, não há cabimento, vez que as provas carreadas aos autos e as circunstâncias judiciais estatuídas no art. 59 do CPM são desfavoráveis ao acusado, corretamente aplicada a dosimetria da pena.

Não bastassem todos os fatos e circunstâncias referidas na análise dos recursos dos outros dois corréus, observa-se que os três Acusados foram reconhecidos por outra Vítima, ALEXANDRE MERLIN DA COSTA (fl. 144), por terem praticado fatos idênticos ao do CB COLOSSI , em dia 25 de maio de 2007, poucos dias após prática do crime do presente processo, 8 de maio de 2007. Relatou aquela Vítima que, ao sair da faculdade Estácio de Sá, foi interceptada por dois elementos, agredida e levada para uma casa, forçada a dar as senhas dos cartões bancários, e que, na residência, *"(...) após algum tempo eis que percebeu que havia mais uma pessoa na casa, devido as conversas entre eles, além de afrouxar a venda e visualizar o terceiro meliante; que então percebeu que dois saíram em seu próprio veículo permanecendo um na casa vigiando o declarante (...)"*.

Em 14/6/07, recebeu um telefonema do Tenente Romilson da 25º BPM, informando que os meliantes haviam sido presos e perguntando se o declarante poderia comparecer nesta UPJ para esclarecimentos; que então aqui compareceu na sexta-feira tomando conhecimento que um dos meliantes havia sido preso no auto de marca GM/Kadett, o qual estava apreendido nesta UPJ e, neste momento, o declarante, ao olhar o veículo, percebeu que o aparelho de som que estava nele era o que haviam lhe roubado no dia dos fatos, conforme termo de garantia apresentado pelo declarante, quando então tomou conhecimento de que os meliantes estavam na delegacia de São Pedro da Aldeia, se dirigindo àquela unidade e lá reconheceu os três meliantes como sendo aqueles que o sequestraram e o roubaram: *"(...) foram os nacionais ALEX ALVES DE OLIVEIRA e FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA e JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA, era o terceiro que estava no cativeiro aguardando (...)"* (fls. 145/146).

No dia 16 de agosto de 2007, os 3 (três) Réus foram denunciados na Vara Criminal de Cabo Frio pela conduta agora em análise, constando daquela exordial: *"(...) Ressalte-se que a vítima, ao estacionar o seu veículo em frente à Universidade Estácio de Sá, foi abordada por dois denunciados, que subtraíram os cartões dos Bancos, sendo que um portava uma arma, ameaçando durante todo tempo da vítima, tomando, este a direção do veículo, e segundo denunciado acomodou-se no banco detrás. Sendo certo que a vítima observou que o seu carro estava sendo seguido por uma viatura secundária com terceiro denunciado ao volante (...)"* (fl. 376).

A Denúncia ofertada na Justiça comum foi recebida em 31 de agosto de 2007 (fl. 60 – Apenso 1).

Na Justiça Comum, já se visualizava na peça vestibular a presença dos três Réus na prática delitiva, o que foi corroborado por FLAVIO RONIE, confirmando o modo de operação dos Acusados.

Apesar de em Juízo os Réus JULIANO e ALEX negarem a participação no delito praticado contra o CB COLOSSI, tudo o que foi acostado aos autos conduz à íntima ligação deles com FLAVIO RONIE nas ações criminosas.

Não há porque duvidar das declarações de FLAVIO RONIE quanto às delações dos corréus, máxime ao se verificar que agiam sempre da mesma forma.

Como já afirmado, dois dos Réus abordavam a vítima, um assumia a direção do carro dela e outro sentava junto a ela de forma ameaça-

dora, e o terceiro conduzia o próprio carro dos criminosos. Por tal razão, não se ouvia a voz do terceiro Réu, pois ele dirigia o segundo carro.

Não há dúvida da existência desse terceiro elemento na dinâmica do fato.

O Cabo COLOSSI afirmou, em 8 de janeiro de 2008, que *"(...) reconheceu apenas o Cruz (FLAVIO RONIE), pois ele fora o indivíduo que contornara o seu veículo para entrar no carro, enquanto o depoente era abordado por outro que não pôde ver (...)"* (fl. 153 – Apenso 1). Obviamente, um terceiro elemento iria levar o carro dos criminosos.

De outro lado, o álibi apresentado por ALEX, de que, na época dos fatos, não morava mais na cidade e não se encontrava lá, caiu por terra no decorrer do processo.

Verifica-se na Sentença condenatória prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Pedro da Aldeia, nos autos do Processo nº 2007.055.011440-6, que, no dia 07 de maio de 2007, um dia antes do fato objeto deste Recurso, ALEX ALVES DE OLIVEIRA, juntamente a FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ, praticou crime em semelhantes condições contra ANA CARLA OLIVEIRA DE ABREU, tendo esta reconhecido ambos os Réus (fls. 238/243 – Apenso 2).

A condenação operada no Juízo *a quo* encontra-se de conformidade com as provas extraídas do processo, sendo irretocáveis seus fundamentos.

Vem bem a sentença às fls. 616/631, quando afirma:

> *"(...) Inobstante positivadas a autoria dos 3 (três) acusados, impossível afigura-se-nos a exatificação da maneira pela qual cada um realizou os meios executivos da violência e grave ameaça relacionados ao sequestro em questão, merecendo registro a conclusão inescapável:* ***COLOSSI*** *foi colocado a força no banco do carona de um carro, numa rua na Cidade de Cabo Frio.* ***CRUZ*** *admitiu que efetuara saques numa agência bancária com o cartão magnético de* ***COLOSSI,*** *enquanto* ***FRANÇA*** *e* ***ALEX*** *permaneceram com* ***COLOSSI,*** *numa casa, em São Pedro da Aldeia, durante o período em que este ficara aprisionado, algemado e com os olhos vendados (fls. 401).*
>
> *Disso deflui a convergência de vontades para um fim comum, havendo entre os acusados colaboração ciente e voluntária.* ***CRUZ, FRANÇA e ALEX,*** *insofismavelmente, intervieram no sequestro, sendo, de conseguinte, coautores.*

LUIZ REGIS PRADO, *abordando a atuação do coautor que também tem o domínio funcional do fato, ensina:*

*'(...) será coautor aquele que realiza parcialmente a conduta típica, ou, ainda que não o faça, detenha o domínio funcional do fato. Portanto, o sujeito que tem o domínio funcional realiza o fato em conjunto com aqueles que executam diretamente a conduta típica. Se, por exemplo, o sujeito que presta auxílio desempenha uma função essencial e independente – de acordo com o plano delitivo – durante a execução do delito, deixará de ser mero cúmplice e passará a figurar, de acordo com o critério do domínio funcional do fato, como autêntico coautor.' (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, pág. 488-2007, Editora Revista dos Tribunais).*

A dinâmica dos fatos, patenteada pelas declarações do ofendido, revela, de forma inequívoca, a presença do elemento subjetivo do injusto, consistente na vontade livre e consciente dos acusados de sequestrarem a vítima com o escopo de lograrem vantagem patrimonial.

A materialidade do fato-crime é inquestionável, inclusive à luz da prova oral e dos documentos de fls. 37/39, 53, 249/250 e 262.

O documento de fls. 249 evidencia transações feitas com o cartão de titularidade do ***Cabo COLOSSI,*** *nos dias 8/5/07 e 9/5/07; outrossim, os extratos de fls. 250, referentes ao Banco Real e Banco do Brasil S/A, demonstram saques com cartão nos valores de R$ 900,00 (novecentos reais) e R$ 600,00 (seiscentos reais), respectivamente, afora uma compra a débito no valor de R$ 19,96 (dezenove reais e noventa e seis centavos), tudo no dia 9/5/07.*

Desmerece prosperar o pedido da Defesa de ***CRUZ*** *quanto à aplicação do benefício da delação premiada, ante a sua total inadequação à hipótese em lei prevista (artigo 159, § 4º, do CP). A libertação de* ***COLOSSI,*** *segundo ressai dos autos, às fls. 401, em nenhum momento foi facilitada pela delação de* ***CRUZ,*** *junto à polícia, contra* ***FRANÇA e ALEX.***

Provadas a materialidade, a autoria, aperfeiçoando-se a tipicidade objetiva, subjetiva e material, esta pela lesão significativa aos bens jurídicos tutelados – inviolabilidade do patrimônio e liberdade de locomoção –, a par da presença dos elementos da culpabilidade – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, a condenação se impõe como decorrência lógica de tais pressupostos. (...)."

Comprovadas autoria e materialidade, ausentes causas excludentes da ilicitude.

Quanto à aplicação da pena, também não merece reparo a Sentença condenatória (fls. 629/631):

> *"(...) **DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA***
>
> *FLAVIO RONIE DE OLIVEIRA CRUZ: Cometeu um crime gravíssimo, que atenta contra bens jurídicos diversos, agindo com dolo intenso. É tecnicamente primário, em que pesem as inúmeras anotações em sua vida pregressa, as quais registram condenações por crimes graves, inclusive de roubo, com emprego de arma e concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. Demonstrou personalidade violenta, voltada para o crime, e esvaziada de valores. Os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar foram sobremaneira reprováveis, visto que a vítima fora surpreendida quando estava estacionando seu carro numa rua em Cabo Frio/RJ, considerando, ainda, que esta fora transportada de Cabo Frio até São Pedro da Aldeia, aqui permanecendo sequestrada por várias horas. As consequências da infração foram terríveis, haja vista que a vítima, após a ocorrência, ficara em estado de choque. Confessou o delito, mostrando arrependimento.*
>
> *Como se nota, as circunstâncias judiciais, estatuídas no art. 59, do Estatuto Repressivo Castrense, na sua quase totalidade, são desfavoráveis ao acusado, razão por que o Conselho lhe fixa a pena-base em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, acima do mínimo conferido à espécie, que se faz definitiva, inclusive pela não ocorrência de outras circunstâncias ou causas modificadoras.*
>
> *JULIANO DE OLIVEIRA FRANÇA e ALEX ALVES DE OLIVEIRA: Cometeram um crime gravíssimo, que agride bens jurídicos diversos, obrando com dolo intenso. São tecnicamente primários, malgrado as inúmeras anotações em suas folhas de antecedentes penais, com condenações por crime de roubo, com emprego de arma e concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. Demonstraram personalidades violentas, voltada para o delito e esvaziada de valores. Os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar foram sobremaneira reprováveis, visto que a vítima fora surpreendida quando estava estacionando seu carro numa rua em Cabo Frio/RJ, considerando, ain-*

da, que esta fora transportada de Cabo Frio até São Pedro da Aldeia, aqui permanecendo sequestrada por várias horas. As consequências da infração foram terríveis, haja vista que a vítima, após a ocorrência, ficara em estado de choque. Deixaram a impressão de total insensibilidade e indiferença após o delito.

Como se percebe, as circunstâncias judiciais, na sua totalidade, são desfavoráveis aos sobreditos réus, pelo que o Conselho lhes fixa a pena-base em 8 (oito) anos e 7 (sete) meses de reclusão, acima do mínimo conferido à espécie, quantum *que se faz definitivo, pela não ocorrência de outras circunstâncias ou causas que obriguem suas incidências.*

De assinalar-se, por imperioso, que a confissão de CRUZ, reveladora de arrependimento, recomendou a fixação da pena-base em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mesmo porque as circunstâncias judiciais, elencadas no art. 59, do CPM, foram contrárias ao questionado apenado na sua maioria.

Aos condenados FRANÇA e ALEX, ao revés, incidiram circunstâncias judiciais desfavoráveis na sua totalidade, motivo pelo qual suas penas-base restaram estabelecidas em 8 (oito) anos e 7 (sete) meses de reclusão. (...).".

É o *quantum satis*.

Isso posto, nego provimento aos apelos defensivos, mantendo a Sentença hostilizada por seus jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar as preliminares arguidas pela Defesa, de nulidade do julgamento e de cerceamento de defesa e, no mérito, por unanimidade, em negar provimento aos Apelos defensivos, para manter a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 12 de março de 2013 – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 60-86.2011.7.03.0203-RS

Relator – Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Revisor e Relator p/o Acórdão – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Apelante – Cristian Fernandes Camargo; Daniel de Cavalheiro Kohls; Diogenes Alves Neckel; Eduardo da Silva Oliveira; Josimar de Castro Castilho; Kennet Patrick Alves dos Santos; Magnus Eliseu Dutra Martins; Nick de Andrade Cortês e Huillian Junior Santana da Cruz, todos ex-Sds Ex, condenados à pena de 1 (um) ano de prisão, como incursos no art. 161 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. A pena privativa de liberdade imposta aos Apelantes foi substituída pela prestação de serviços à comunidade, ínsita no art. 43, inciso IV, do CP.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 19/12/2011.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Apelação. Desrespeito a símbolo nacional (CPM, art. 161). Recrutas que, no interior da Organização Militar onde serviam, devidamente fardados, entram em formação e passam a dançar uma versão modificada do Hino Nacional em ritmo de "funk". Conduta desrespeitosa filmada, com a anuência de todos os participantes, e divulgada na rede mundial de computadores. Conjunto probatório demonstrando que os Réus tinham consciência da ilicitude dos seus atos ou ao menos que se tratava de um desrespeito ao Hino Nacional. Desprovido o apelo defensivo. Decisão majoritária.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União, para manter irretocável a Sentença condenatória recorrida. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares (Relator) dava provimento ao Apelo, para reformar a Sentença de primeira instância e absolver os ex-Sds Ex Cristian Fernandes Camargo, Daniel de Cavalheiro Kohls, Diogenes Alves Neckel, Eduardo da Silva Oliveira, Josimar de Castro Castilho, Kennet Patrick Alves dos Santos, Magnus Eliseu Dutra Martins, Nick de Andrade Cortês e Huillian Junior Santana da Cruz,

do crime previsto no art. 161 do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar. Relator para Acórdão Ministro Lúcio Mário de Barros Góes (Revisor). O Ministro Carlos Alberto Marques Soares (Relator) fará voto vencido.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente a Subprocuradora-Geral de Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Olympio Pereira da Silva Junior e Fernando Sérgio Galvão. (Extrato da Ata da 32ª Sessão, 7/5/2013).

RELATÓRIO

O Representante da Defensoria Pública da União interpôs, tempestivamente, o presente recurso de apelação contra a sentença de primeira instância que condenou os ex-Sds Ex Cristian Fernandes Camargo; Daniel de Cavalheiro Kohls; Diogenes Alves Neckel; Eduardo da Silva Oliveira; Josimar de Castro Castilho; Kennet Patrick Alves dos Santos; Magnus Eliseu Dutra Martins; Nick de Andrade Cortês; e Huillian Junior Santana da Cruz, todos à pena de 1 ano de prisão, como incursos no artigo 161 do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, ínsita no artigo 43, inciso IV, do Código Penal comum.

A presente ação penal militar teve por base o Inquérito Policial Militar, instaurado na 3ª Companhia de Engenharia de Combate Mecanizada, em Dom Pedrito/RS.

A denúncia foi oferecida em 19/7/2011 contra os acusados e o seu aditamento em 29/8/2011, os quais descrevem os fatos na forma a seguir transcrita:

> ***"CRISTIAN FERNANDES CAMARGO (...)***
> ***DANIEL DE CAVALHEIRO KOHLS (...)***
> ***DIOGENES ALVES NECKEL (...)***
> ***EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA (...)***
> ***JOSIMAR DE CASTRO CASTILHO (...)***

KENNET PATRICK ALVES DOS SANTOS (...)
MAGNUS ELISEU DUTRA MARTINS (...)
NICK DE ANDRADE CORTÊS (...)
(...)

Em 17 de maio de 2011, por volta de 14h30min, no corredor do segundo piso das instalações do 3º Pelotão de Engenharia de Combate Mecanizada, em Dom Pedrito/RS, portanto em lugar sujeito a administração militar, os denunciados, estando fardados, ao som de uma versão em ritmo 'funk' do Hino Nacional Brasileiro, entraram em forma e posteriormente passaram a realizar uma dança 'funk', inclusive atirando-se ao chão.

Ao mesmo tempo as imagens eram gravadas, tendo ao fundo o mencionado Hino Nacional alterado, sendo confeccionado um vídeo num aparelho celular em total desrespeito ao Símbolo Nacional.

Na data dos fatos, os ora denunciados estavam esperando o 3º Sgt WALLASSE SANTANA FERREIRA RODRIGUES, que teria ido até o Campo de Instrução chamado Carriere para verificar o andamento da instrução prevista para aquele dia e então conduzir o grupo de militares para a mesma.

Enquanto aguardavam o retorno do sargento, o Sd CASTRO resolveu mostrar aos demais soldados uma versão que tinha no seu celular do Hino Nacional em ritmo de 'funk', foi quando surgiu a ideia de fazerem um vídeo dançando ao ritmo da versão modificada do Hino Nacional.

No vídeo feito pelos denunciados, os soldados CAMARGO, CAVALHEIRO, EDUARDO, PATRICK, ELISEU E NICK aparecem simulando uma formatura militar e, logo em seguida, começam a dançar ao som do Hino Nacional Brasileiro em ritmo modificado e debochado. O Sd DIÓGENES realizou a gravação do vídeo que foi feita por meio de um aparelho celular pertencente ao Sd Eduardo, já o Sd CASTRO ficou com a tarefa de segurar o seu celular que reproduzia a versão modificada do Hino Nacional.

Após isso, a gravação do vídeo se disseminou entre os militares do Efetivo Variável da 3ª Cia E Cmb Mec, vindo o Sd HUILLIAN JÚNIOR SANTANA DA CRUZ a pedir para um amigo chamado LUIS ANTONIO SOARES ALVES JÚNIOR, civil, que postasse o vídeo na internet.

No dia 19 de maio de 2011, por volta de 15h30min, o 3º Sgt João Aires de Souza Zanolete recebeu uma ligação telefônica do seu irmão, o Sr. ÁLVARO RAUL DE SOUZA ZANOLETE, que lhe

informou da existência de um vídeo na internet de militares daquela Organização Militar dançando 'funk' ao som do Hino Nacional, o qual foi divulgado em diversos meios de comunicação como jornais e televisão.

Todos os denunciados receberam instrução militar sobre o devido respeito aos Símbolos Nacionais, conforme demonstrado no QTS à fl. 198 e 199, incluindo o conteúdo da palestra constante das fls. 153/170, em especial a instrução militar de identificação (fl. 164) e respeito aos símbolos nacionais, sendo tal demonstração e conduta elegida ao status *de Dever Militar (fl. 162).*

Consta do material didático visual apresentado na instrução:

'O respeito aos Símbolos Nacionais, em especial à Bandeira e ao Hino, é Expressão básica de civismo e dever de todos os militares' e

'O respeito ao Hino Nacional é traduzido: pelas honras que lhe são prestadas nas solenidades militares; pelo seu canto, com grande entusiasmo e ***também pela postura que o militar toma quando ouve os seus acordes'*** (grifo meu).

O Plano de Sessão do Curso de Formação de Soldado, desenvolvido em 3/3/2011, naquela OM, com a participação dos denunciados enfatiza o respeito aos símbolos nacionais e em especial ao Hino Nacional, tendo sido também transmitido que:

'O Hino Nacional será executado:

a) Em continência à Bandeira Nacional e ao Presidente da República, ao Congresso Nacional e ao Supremo Tribunal Federal, quando incorporados e nos demais casos expressamente determinados pelos regulamentos de continência ou cerimônias de cortesia internacional.'.

A prova de que todos os denunciados participaram da referida instrução militar acha-se às fls. 172/180 (Fichas de Controle Individual de Instrução).

Outra prova da participação efetiva dos denunciados nas instruções militares mencionadas é a publicação no Boletim Interno daquela OM nº 083, de 3 de maio de 2011, demonstrando ainda que todos pertenciam ao 3º pelotão.

Consta das 'Fichas de Entrevista do conscrito na Seleção Complementar', fls. 96/149, que todos os denunciados foram voluntários para servir e demonstraram interesse nisso.

A prova material da 'conduta ultrajante' dos denunciados acha-se nos impressos às fls. 58/60 e no vídeo copiado do site 'YouTube' à fl. 286.

Destarte, além de todos os denunciados admitirem a conduta e declararem que receberam a instrução sobre o devido respeito aos Símbolos Nacionais no período básico de instrução retro mencionado, há prova nos autos da sua participação, bem como da consciência da ilicitude, vez que o material da instrução juntado aos autos é inconteste nesse sentido.

De acordo com o 'Dicionário Houaiss', 3ª Edição, 2009, Editora Objetiva, a palavra 'ultraje' significa: ofensa muito grave, assim como 'ultrajar' significa: atingir gravemente a dignidade de; ***ofender; insultar; não seguir determinações de lei (lei, regra); transgredir***. (grifo nosso).

No consagrado 'Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa', 2ª Edição, 1986, Editora Nova Fronteira, a expressão 'ultraje' significa: insulto, afronta, ofensa extremamente grave; calúnia, difamação e a expressão 'ultrajar' significa: ofender a dignidade de; difamar, injuriar, insultar, afrontar; ***ofender os preceitos, as regras de*** (grifo nosso).

O art. 31, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares) contempla que o culto aos Símbolos Nacionais é essencialmente um Dever Militar.

Aos militares não cabe qualquer justificativa, o desrespeito que se constituiu em ultraje ao Hino Nacional foi amplamente divulgado no seio da sociedade, por grande parte da imprensa escrita e falada, constituindo-se para muitos brasileiros em desprestígio ao militar brasileiro e em especial ao Exército.

Se para um civil tal conduta se constituiria em demonstração de falta de respeito e civismo, ao militar se traduz em flagrante desrespeito e transgressão ao Dever Militar, à Lei (Estatuto dos Militares), ao Regulamento de Contingências e ao RDE.

A sociedade militar é a primeira, senão a única a zelar pelo total respeito aos Símbolos Nacionais.

Com a conduta acima descrita, os denunciados, agindo de forma livre e consciente, incorreram na prática do crime de desrespeito a símbolo nacional, em lugar sujeito à administração militar, conforme preconiza o tipo penal correspondente. Tal conduta acarretou em verdadeiro ultraje ao Hino Nacional Brasileiro, símbolo de nosso país, além de vir a denegrir a imagem do Exército Brasileiro.

Por todo o exposto, o Órgão do Ministério Público Militar protesta pelo recebimento da presente Denúncia, com a citação dos Soldados EV CRISTIAN FERNANDES CAMARGO, DANIEL DE CAVALHEIRO KOHLS, DIOGENES ALVES NECKEL, EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA, JOSIMAR DE CASTRO CASTILHO, KENNET PATRICK ALVES DOS SANTOS, MAGNUS ELISEU DUTRA MARTINS e NICK DE ANDRADE CORTÊS, para se verem processar e julgar perante esse Juízo, até final condenação, como incursos no crime previsto no artigo 161, caput*, do Código Penal Militar.*

(...)

ADITAMENTO DE DENÚNCIA

(...)

HUILLIAN JÚNIOR SANTANA DA CRUZ (...)

No dia 17 de maio de 2011, por volta de 14h30min, no corredor do segundo piso das instalações do 3º Pelotão de Engenharia de Combate Mecanizada, em Dom Pedrito/RS, portanto em lugar sujeito a administração militar, os militares já denunciados, estando fardados, ao som de uma versão em ritmo 'funk' do Hino Nacional Brasileiro, entraram em forma e posteriormente passaram a realizar uma dança ***'funk'****, inclusive atirando-se ao chão.*

A conduta dos militares foi gravada pelo Sd DIÓGENES, utilizando-se de um aparelho celular pertencente ao Sd EDUARDO, já o Sd CASTRO ficou com a tarefa de segurar o seu celular que reproduzia a versão modificada do Hino Nacional.

Nesse vídeo, os soldados CAMARGO, CAVALHEIRO, EDUARDO, PATRICK, ELISEU E NICK aparecem simulando uma formatura militar e, logo em seguida, começam a dançar ao som do Hino Nacional Brasileiro em ritmo modificado e debochado.

Depois disso, a gravação do vídeo se disseminou entre os militares do Efetivo Variável da 3ª Cia E Cmb Mec.

Ao tomar conhecimento do vídeo, ou seja, de visualizá-lo, o ora denunciado conseguiu realizar uma cópia e o entregou a um amigo, o civil e menor de idade LUIS ANTONIO SOARES ALVES JÚNIOR, pedindo-lhe que fosse postado num site da internet.

No dia 19 de maio de 2011, por volta de 15h30min, o 3º Sgt João Aires de Souza Zanolete recebeu uma ligação telefônica do seu irmão, o Sr. ÁLVARO RAUL DE SOUZA ZANOLETE, que lhe informou da existência de um vídeo na internet de militares daquela Organização Militar dançando ***'funk'*** *ao som do Hino*

Nacional, o qual foi divulgado em diversos meios de comunicação como jornais e televisão.

Todos os denunciados receberam instrução militar sobre o devido respeito aos Símbolos Nacionais, conforme demonstrado no QTS às fls. 198 e 199, incluindo o conteúdo da palestra constante das fls. 153/170, em especial a instrução militar de identificação (fl. 164) e respeito aos símbolos nacionais, sendo tal demonstração e conduta elegida ao ***status*** *de Dever Militar (fl. 162).*

Consta do material didático visual apresentado na instrução:

'O respeito aos Símbolos Nacionais, em especial à Bandeira e ao Hino, é Expressão básica de civismo e dever de todos os militares' e

'O respeito ao Hino Nacional é traduzido: pelas honras que lhe são prestadas nas solenidades militares; pelo seu canto, com grande entusiasmo e ***também pela postura que o militar toma quando ouve os seus acordes****'* (grifo meu).

A prova da participação efetiva dos denunciados nas instruções militares mencionadas é a publicação no Boletim Interno daquela OM nº 083, de 3 de maio de 2011.

A prova material da publicidade dada pelo denunciado da 'conduta ultrajante' dos demais denunciados acha-se nos impressos às fls. 58/60 e no vídeo copiado do site ***'YouTube'****, à fl. 286.*

De acordo com o 'Dicionário Houaiss', 3ª Edição, 2009, Editora Objetiva, a palavra 'ultraje' significa: ofensa muito grave, assim como 'ultrajar' significa: atingir gravemente a dignidade de; ***ofender; insultar; não seguir determinações de lei (lei, regra); transgredir.*** (grifo nosso).

O art. 31, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares) contempla que o culto aos Símbolos Nacionais é essencialmente um Dever Militar.

Aos militares não cabe qualquer justificativa, o desrespeito que se constituiu em ultraje ao Hino Nacional foi amplamente divulgado no seio da sociedade, por grande parte da imprensa escrita e falada, constituindo-se para muitos brasileiros em desprestígio ao militar brasileiro e em especial ao Exército.

Embora não tenha participado diretamente da dança e das filmagens, o denunciado acabou se apoderando do vídeo realizado pelo Sd DIÓGENES fazendo com que fosse inserido no

*site de relacionamento **'YouTube'** e com tal conduta deu publicidade ao desrespeito em âmbito nacional, incluindo a sociedade civil.*

Com a conduta acima descrita, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, incorreu em coautoria com os demais denunciados, aderindo à prática do crime de desrespeito a símbolo nacional, em lugar sujeito à administração militar, conforme preconiza o tipo penal correspondente.

Tal conduta acarretou em verdadeiro ultraje ao Hino Nacional Brasileiro, símbolo de nosso país, além de vir a denegrir a imagem do Exército Brasileiro na internet, sendo o vídeo copiado e transmitido por inúmeros meios de comunicação de massa em boa parte do território nacional.

Por todo o exposto, o Órgão do Ministério Público Militar protesta pelo recebimento da presente Denúncia, com a citação do Soldado EV HUILLIAN JÚNIOR SANTANA DA CRUZ, para se ver processar e julgar perante esse Juízo, até final condenação, como incurso no crime previsto no artigo 161, caput*, do Código Penal Militar" (...) (fls. 2/7 e 7A/7D).*

A denúncia foi recebida em 26/7/2011 (fls. 317/318) e o seu aditamento em 31/8/2011 (fls. 476/477), operando-se, consequentemente, a citação regular dos acusados (fls. 427/434 e 509).

Qualificado e interrogado, o primeiro acusado, Sd Ex Cristian Fernandes Camargo, às fls. 445/446, declarou que a ideia de fazer o vídeo partiu de todos os soldados participantes, quais sejam: Cavalheiro, Eduardo, Nick, Patrick e Eliseu. Disse que, enquanto o Sd Castro segurava o celular que tocava o hino, o Sd Diógenes filmava. Posteriormente, o Sd Diógenes enviou o arquivo para o Sd Cavalheiro e para o Sd Castro. Esclareceu que, quando o Sd Huillian avisou que iria postar o vídeo na internet**,** não deu atenção, pois achava aquilo uma bobagem. Alegou estar arrependido e finalizou dizendo saber que o Hino Nacional e a Bandeira são símbolos nacionais.

O segundo acusado, Sd Ex Daniel de Cavalheiro Kohls, às fls. 447/448, disse que participou do vídeo dançando. Declarou que a ideia de fazer o vídeo partiu de todos os soldados participantes. Afirmou que a versão modificada do Hino Nacional era do Sd Castro. Esclareceu que não soube quem postou o vídeo na internet. Alegou estar decepcionado com a repercussão do vídeo depois de passado em cadeia nacional. Finalizou dizendo saber que o Hino Nacional e a Bandeira são símbolos nacionais e tiveram instrução de que deveriam respeitá-los.

O terceiro acusado, Sd Ex Diogenes Alves Neckel, às fls. 449/450, declarou que o vídeo era uma brincadeira. Disse que a ideia de produzir o vídeo foi de todos os soldados e que gravou com o telefone do Sd Eduardo. Disse saber que o Hino Nacional e a Bandeira são símbolos nacionais e se lembra da instrução que tiveram de que deveriam respeitá-los. Finalizou dizendo que achou ruim depois de ver o vídeo passado em cadeia nacional.

O quarto acusado, Sd Ex Eduardo da Silva Oliveira, às fls. 451/452, disse que participou do vídeo dançando. Declarou que a ideia de fazer a gravação foi coletiva. Esclareceu que passou o vídeo para o Sd Cavalheiro. Acrescentou ter mostrado a gravação ao Sd Huillian e que este dissera que iria postá-lo na internet. Alegou estar arrependido do erro que cometeu e finalizou dizendo saber que deveria se portar com respeito perante o Hino Nacional e a Bandeira nacional.

O quinto acusado, Sd Ex Josimar de Castro Castilho, às fls. 453/454, declarou que a ideia de fazer o vídeo foi coletiva. Esclareceu que conseguiu a versão do Hino Nacional modificada com o Sd Cruz. Alegou estar arrependido e desconhecer que aquilo era crime. Finalizou dizendo que não tinha a intenção de desrespeitar o Hino Nacional.

O sexto acusado, Sd Ex Kennet Patrick Alves dos Santos, às fls. 455/456, declarou desconhecer de quem partiu a ideia do vídeo onde aparece dançando. Disse estar arrependido e sentiu vergonha depois de ver o vídeo passado em cadeia nacional.

O sétimo acusado, Sd Ex Magnus Eliseu Dutra Martins, às fls. 457/458, confirmou a sua participação dançando no vídeo. Entendeu ser aquilo uma brincadeira, mas se arrependeu depois que viu o vídeo passado em cadeia nacional. Acrescentou que sabe quais são os símbolos nacionais e também que deveria respeitá-los.

O oitavo acusado, Sd Ex Nick de Andrade Cortês, às fls. 459/460, igualmente confirmou a sua participação, no vídeo, dançando. Entendeu que aquilo não iria dar em nada, mas se arrependeu do que fez e se sentiu envergonhado. Acrescentou que sabe quais são os símbolos nacionais e também que deveria respeitá-los. Finalizou dizendo que seus pais ficaram indignados.

O último acusado, Sd Ex Huillian Junior Santana da Cruz, às fls. 514/515, declarou que forneceu o vídeo ao civil Júnior para que postasse na internet. Disse estar arrependido do que fez e acrescentou ter recebido instruções sobre o respeito aos símbolos nacionais.

Todos os acusados afirmaram ainda desconhecer que poderiam ficar presos durante 1 (um) ano, em razão da confecção do vídeo, sem direito a *sursis*.

As testemunhas arroladas pelo *Parquet* Militar assim se manifestaram:

O 3º Sgt Walasse Santana Ferreira Rodrigues, às fls. 461/462, então Comandante do Grupo de Engenharia do 3º Pelotão, declarou que pediu aos soldados para que aguardassem sua chegada junto ao pelotão e que, ao retornar aproximadamente 30min depois, os acusados estavam quietos. Disse que soube do vídeo que estava postado no **YouTube** por intermédio de um civil. Esclareceu que questionou os acusados e estes informaram tratar-se de uma "criancice", demonstrando, inclusive, arrependimentos. Informou que, na instrução dada aos recrutas, é informado sobre os deveres militares e o respeito aos símbolos nacionais, porém não soube informar se realmente foi lido o artigo 161 do Código Penal Militar. Esclareceu, ainda, que a aludida instrução teve como responsável o Sgt Maymone.

O 3º Sgt Pablo Soares Oliveira, às fls. 463/464, disse que questionou um grupo de soldados, perguntando se alguém havia participado do vídeo, tendo o Sd Eduardo afirmado positivamente e fornecido as imagens e demais informações questionadas, inclusive demonstrando arrependimento com a divulgação do vídeo. Finalizou dizendo que nunca participou de instrução sobre símbolos nacionais.

O 3º Sgt João Aires de Souza Zanolete, às fls. 465/466, prestou depoimento semelhante ao do 3º Sgt Pablo Soares Oliveira.

Antes de ser denunciado, o Sd Huillian Junior Santana da Cruz prestou depoimento como testemunha, às fls. 467/468, e declarou que não ofereceu a versão do Hino Nacional ao Sd Castro, mas que ele copiou de seu MP4 a canção modificada. Disse que conseguiu o vídeo dos soldados dançando de outro colega e que, posteriormente, mostrou-o a um civil fora do quartel que acabou postando na internet**.** Esclareceu, ainda, que não comunicou a ninguém que iria postar o vídeo na rede social de computadores. Finalizou dizendo saber quais são os símbolos nacionais e, inclusive, que deveria respeitá-los.

O civil Álvaro Raul de Souza Zanolete, às fls. 469/470, acrescentou apenas que viu o vídeo no **YouTube** e ligou para seu irmão, o Sgt Aires, para alertá-lo.

O Juízo *a quo* expediu Mandado de Condução Coercitiva a pedido do representante do Ministério Público Militar, considerando que o menor Luis Antônio Soares Alves Júnior vinha se esquivando de ser intimado para depor como testemunha. Em suas declarações, o menor confirmou que postou o vídeo na internet, por intermédio do **YouTube,** a pedido do Sd Hullian Cruz. Disse ainda não conhecer os militares que participaram da confecção do aludido vídeo. Acrescentou, ainda, que, no dia seguinte ao da postagem, o Sd Huillian pediu que retirasse o vídeo, pois havia dado confusão no quartel. Aduziu estar arrependido de ter divulgado na internet o vídeo. Finalizou dizendo que recebeu o material via *bluetooth* do Sd Huillian.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, em 15/9/2011, decretou a prisão preventiva do Sd Kennet Patrick Alves dos Santos, com fundamento no artigo 255, alíneas "d" e "e", do Código de Processo Penal Militar, que foi cumprida nessa mesma data.

O Superior Tribunal Militar, julgando o *Habeas Corpus* nº 155-30.2011.7.00.0000, em 11/10/2011, conheceu e concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva do Sd Kennet, determinando a imediata expedição do alvará de soltura, que foi devidamente cumprido nesse mesmo dia 11 de outubro.

A Defensoria Pública da União arrolou como testemunha o 3º Sgt Rodrigo César Maymone Sampaio (fl. 545). Em suas declarações, às fls. 635/636, o sargento disse que foi o encarregado da instrução sobre moral e cívica no dia 3/3/2011, momento em que estavam presentes os ora acusados nesse processo. Relatou que está no Exército há 2 (dois) anos e não tinha conhecimento do artigo 161 do Código Penal Militar. Esclareceu que, na instrução, é informado aos soldados o dever de respeitar os símbolos nacionais e que qualquer ato contrário ensejaria punição.

No prazo do artigo 427 do Código de Processo Penal Militar, o representante do Ministério Público Militar nada requereu (fl. 640). A Defensoria Pública da União solicitou a juntada de **CD-ROM** e de documentação tratando da repercussão do fato na mídia e na opinião pública (fls. 648/650).

Em sede de alegações escritas, o representante do Ministério Público Militar, Dr. Adilson José Gutierrez, pugnou pela absolvição de todos os acusados, com fundamento no artigo 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar (fls. 653/662).

A Defensoria Pública da União, em alegações finais, requereu a absolvição com fundamento no artigo 439, alínea "b", "d", ou "e", da Lei

Adjetiva Castrense, seja por atipicidade da conduta narrada na exordial, seja por ausência do dolo e da potencial consciência da ilicitude ou, ainda, com base nos Princípios da Proporcionalidade, da Dignidade da Pessoa Humana ou mesmo da Finalidade da Pena.

Em alegações orais (fls. 788/792), atuando o Promotor de Justiça, Dr. Dimorvan Gonçalves Leite, em longa sustentação, manteve o pedido de absolvição dos acusados, mas não pelos argumentos de seu colega em alegações escritas e, sim, em observância ao princípio da proporcionalidade, considerando-se a primariedade, a inexperiência, a imaturidade e a precária formação básica dada aos soldados.

A Defensoria Pública da União, por sua vez, manteve os termos de suas alegações escritas (fls. 792/795).

Não houve réplica, tampouco tréplica.

Em sessão de julgamento, realizada no dia 19/12/2011, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, junto à 2ª Auditoria da 3ª CJM, resolveu, por unanimidade, condenar os acusados como incursos no artigo 161 do Código Penal Militar à pena definitiva de 1 (um) ano de prisão, cada, com o direito de apelar em liberdade e substituída a referida pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consubstanciada na prestação de serviços à comunidade a ser estabelecida pela Vara de Execuções Penais de Dom Pedrito/RS (fls. 788/802).

Foram anexados os seguintes documentos: *Slides* da palestra inicial ministrada pelo Cap Barradas – assunto: "Valores, Deveres, e Ética Militar" (fls. 160/177); Fichas de Controle de Instrução (fls. 178/186); Plano de Sessão da Instrução – matéria: "Educação Moral e Cívica", instrutor: Sgt Maymone, Assunto: (...) 2 – Símbolos Nacionais; a) significado; b) importância para o cultivo do patriotismo; c) Exteriorização do respeito à Bandeira e ao Hino Nacional; (fls. 187/191); Plano de Sessão – matéria: - Justiça e Disciplina, assunto: Transgressões Disciplinares, Penas Disciplinares e Comportamento (fls. 192/203); Quadro de Trabalho Semanal (fls. 204/206, 210/211 e 212/213); Relatório de IPM e Solução (fls. 282/289 e 291); Certidão de Nada Consta de Antecedentes Criminais da JMU (fls. 313 e 320); Folha de Alterações Militares (fls. 368/372; 373/376; 377/380; 381/384; 385/388; 389/394; 395/399; 400/403); Folha de Antecedentes Policiais (fls. 408/416); Certidão de Nada Consta da Justiça Federal (fl. 484); Certidão de Nada Consta da Justiça Estadual (fl. 491); Ofício nº 268 – S/1, identificando os militares do vídeo (fls. 485/487).

A sentença da lavra da Dra. Flávia Ximenes Aguiar de Sousa, Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 3ª CJM, traz os fundamentos às fls. 743/787 e que analisaremos em fase posterior.

O representante do Ministério Público Militar e o da Defesa foram devidamente intimados em 19/12/2011 (fl. 802).

A Defensoria Pública da União interpôs, no dia 9/1/2012, o presente recurso de apelação (fl. 807).

O prazo transcorreu *in albis* para o Ministério Público da União, em 16/1/2012, sem que houvesse qualquer manifestação (fl. 832).

Em suas razões, a Defensoria Pública da União postulou a reforma da sentença condenatória e a consequente absolvição dos acusados com fundamento no artigo 439, "b", "d" e "e", do Código de Processo Penal Militar (fls. 810/828).

Em contrarrazões recursais, o representante do Ministério Público, na pessoa do Dr. Adilson José Gutierrez, Promotor da Justiça Militar, de igual forma, pugnou pelo provimento do recurso de apelação com a consequente absolvição dos sentenciados (fls. 836/842).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Dra. Arilma Cunha da Silva, Subprocuradora-Geral, opinou pelo não provimento do recurso, com a consequente manutenção da sentença *a quo* proferida, porém excluindo-se a parte referente à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, por falta de amparo legal (fls. 853/864).

Distribuídos a este Relator em 2/3/2012, recebidos neste gabinete em 21/3/2012, colocados em Mesa na data de 1º/3/2013, dando-se ciência à Defensoria Pública da União, na forma da Lei (fl. 876).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela Defesa, com vista à reforma da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 19/12/2011, que condenou **CRISTIAN FERNANDES CAMARGO, DANIEL DE CAVALHEIRO KOHLS, DIOGENES ALVES NECKEL, EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA, JOSIMAR DE CASTRO CASTILHO, KENNET PATRICK ALVES DOS SANTOS, MAGNUS ELISEU DUTRA MARTINS, NICK DE ANDRADE CORTÊS** e **HUILLIAN JÚNIOR SANTANA DA CRUZ**, todos ex-Sds Ex, pela prática do crime previsto no

art. 161, do CPM, à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, vedando o *sursis* (art. 88, II, "a", do CPM e 617, II, "a", do CPPM), mas determinando a substituição da pena por restritiva de direitos, consubstanciada na prestação de serviços à comunidade, à luz do art. 44 do CP (fls. 743/787).

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Não assiste razão à Defesa. Senão, vejamos:

O Hino Nacional é um dos símbolos da República Federativa do Brasil (art. 13, § 1º, da CF/88) e expressão da soberania nacional, tendo a sua forma de execução regulada pela Lei nº 5.700/71. Segundo o art. 30 desta lei, a postura diante do Hino Nacional será somente *"de pé e em silêncio, os civis do sexo masculino com a cabeça descoberta e os militares em continência, segundo os regulamentos das respectivas corporações"*, pelo seu parágrafo único, *"é vedada qualquer outra forma de saudação"*, e, no seu art. 35, apresenta sanções ao desrespeito ao Símbolo Nacional (Grifos nossos).

É o militar quem, ainda mais do que o civil, deve respeitar os símbolos nacionais e tudo o que representa a grandeza e a honra da Pátria.

Sabe-se que essa versão não foi feita por nenhum dos Acusados, mas o simples fato de dançá-la do modo como foi dançada perfaz-se em um ato de desrespeito, de ultraje.

Como bem afirmou o MPM durante a Sessão de Julgamento (fls. 788/804), *"nem seria preciso provar que se tratava do Hino Nacional, porque, neste sentido, todos os acusados são confessos"*.

Assim dispõe a Lei nº 6.880/80:

> *"Art. 31- Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:*
>
> *I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;*
>
> *II - o culto aos Símbolos Nacionais; (...)"* (grifei).

Bem fundamentou Sentença (fls. 743/787), nos seguintes termos:

> *"(...) Cuida-se de crime propriamente militar e de mera conduta, sendo essencial a condição de militar do agente no*

momento da ação. O elemento subjetivo do tipo é a vontade livre e consciente de desrespeitar ou ultrajar qualquer dos símbolos nacionais, que estão previstos no art. 13, § 1°, da Constituição Federal, quais sejam, a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais. O ato desrespeitoso pode ser cometido por inúmeras formas (por palavras, gestos, desenhos, escritos, entre outros). Como todo tipo aberto, o delito sob análise não revela quais seriam as condutas consideradas desrespeitosa, justamente por ser impossível prever todas as hipóteses do comportamento humano. É de se destacar que não somente atos de descontentamento e de revolta configuram o tipo, mas também as atitudes de deboche, de achincalhe também configuram o ultraje, obviamente, pois são igualmente desrespeitosos. O bem jurídico tutelado é a disciplina militar, uma vez que o culto aos símbolos nacionais está previsto no Estatuto dos Militares como um de seus deveres. O sujeito passivo da conduta é a própria instituição militar.

Os acusados CRISTIAN e EDUARDO afirmaram em seus interrogatórios que o réu HUILLIAN lhes disse que iria postar o vídeo na internet. Dessa forma, a participação dolosa de HUILLIAN restou inconteste, bem como o dolo eventual daqueles que permitiram o compartilhamento do vídeo, ou seja, dos demais acusados é inafastável como veremos adiante. O concurso de agentes, na forma do artigo 53 do Código Penal Militar, se encontra presente neste processo. (...)

Como destacado pelo Ministério Público Militar, o art. 161 do Código Penal Militar é o que a doutrina classifica como um tipo penal aberto, que força o aplicador do Direito a realizar uma interpretação mais detalhada em face à sua acentuada abstração. Em casos assim, não se pode simplesmente realizar a subsunção do fato à norma, mas sim, deve o julgador valer-se de inúmeros métodos de interpretação. Esse é o papel do Poder Judiciário, interpretar e aplicar as leis. (...)".

Pelo Novo Dicionário de Língua Portuguesa, ultrajar significa "***1.*** *Ofender a dignidade de; difamar, injuriar, insultar, afrontar: (...)* ***2.*** *Ofender os preceitos, as regras de: (...)*" (NOVO DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 1ª Edição) (grifei).

O caso em tela perfez-se com dolo, quando, no momento em que os réus executaram o hino em ritmo de *funk*, fizeram a coreografia e gravaram as imagens de suas ações. Não há duvida de que estava presente a intenção descrita na definição de "ultrajar" que foi anteriormente

explicitada, ou seja, "*ofender os preceitos/regras*". É o que se vê nas seguintes declarações:

DANIEL DE CAVALHEIRO KOHLS (fls. 447/448)

> *"(...) que sabe quais são os símbolos nacionais; que tiveram instrução de que tinham que respeitar os símbolos nacionais; que a maneira como dançou o hino nacional não foi respeitosa; (...)".*

EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA (fls. 451/452)

> *"(...) que sabia que tinha que se portar com respeito perante a Bandeira Nacional e o Hino Nacional; (...) que quando estava na cantina mostrou no seu celular o vídeo para o Sd HUILLIAN; que acredita que foi nesse momento que o Sd HUILLIAN pegou uma cópia do vídeo; que HUILLIAN lhe falou eu ia postar na internet; que pensou que HUILLIAN não ia colocar na internet; que somente depois de ser a divulgação em rede nacional do vídeo teve dimensão do erro que cometeu; (...)".*

JOSIMAR DE CASTRO CASTILHO (fls. 453/454)

> *"(...) que não sabia que o que fizeram era crime, mas não foi uma maneira respeitosa de se portar diante do Hino Nacional; (...)".*

MAGNUS ELISEU DUTRA MARTINS (fls. 457/457)

> *"(...) que a maneira como se portaram não foi respeitosa ao Hino Nacional; (...)".*

NICK DE ANDRADE CORTÊS (fls. 459/460)

> *"(...) que sabe quais são os símbolos nacionais e sabe que deve respeitá-los; que a maneira como se portaram diante do Hino Nacional não foi respeitosa; (...) que, ao ver a divulgação em rede nacional do vídeo com uma versão do Hino Nacional, achou uma humilhação ao hino e se sentiu envergonhado; (...)".*

O argumento da Defesa de que o fato de os Acusados estarem sozinhos e em recinto fechado impossibilitaria a caracterização do ultraje, uma vez que ele precisa ser exteriorizado, e de que alguns acusados não sabiam que o vídeo seria postado na internet não deve ser considerado. A conduta desrespeitosa foi filmada com a anuência de todos os participantes. Essa mesma gravação se disseminou entre os militares do Efetivo Variável da 3ª Cia e Cmd MeCe, que dessa forma chegou às mãos do Sd

HUILLIAN JÚNIOR SANTANA DA CRUZ, o qual pediu a um amigo para que o vídeo fosse postado na *internet*.

Logicamente, para que o vídeo se espalhasse, foi necessário que, no mínimo, aqueles que o obtinham mostrassem a outros militares e chegassem até mesmo a repassá-lo, e foi isso o que aconteceu. Por conseguinte, não é o simples fato de o vídeo ter acontecido em lugar fechado e estando os acusados sozinhos que se deixaria de configurar a exteriorização do ato ultrajante.

Deve ser ressaltado que o local onde o delito foi praticado está sujeito à administração militar e o artigo 161 do CPM exige apenas um dos elementos: que o ultraje se dê diante da tropa **ou** em lugar sujeito à administração militar.

Quanto à divulgação na *internet*, é verdade que alguns dos Acusados não consentiam com a publicação, todavia a publicação no ***YouTube*** apenas mostrou nacional e internacionalmente algo que já tinha grande repercussão dentro da OM de Dom Pedrito/RS.

Não pode ser considerada culposa a conduta, uma vez que foi devidamente comprovado o dolo, e a conduta prevista no art. 161 do CPM não prevê a modalidade culposa.

Os acusados tinham consciência da ilicitude de seus atos, ou, ao menos, que se tratava de um desrespeito ao Hino Nacional. É o que se depreende da leitura dos seguintes depoimentos:

3° Sgt RODRIGO CÉSAR MAYMONE SAMPAIO (fls. 635/636), encarregado da instrução sobre moral e cívica no dia 3 de março de 2011, data em que se faziam presentes os Acusados:

> *"(...) que está há dois anos no Exército e não tinha conhecimento do art. 161 do Código Penal Militar; que na instrução é passado aos soldados o dever de respeitar os símbolos nacionais e qualquer ato contrário os mesmos serão punidos (...)"* (grifei).

3° Sgt EB WALLASSE SANTANA FERREIRA RODRIGUES (fls. 461/462):

> *"(...) que participou da instrução dada aos recrutas sobre os deveres militares e o respeito devido aos símbolos nacionais; que nesta instrução são demonstradas situações em que o comportamento é errado, bem como é lido o Código Penal Militar; (...) que provavelmente foi lido na instrução o art. 161 do Código Penal Militar"* (grifei).

DIÓGENES ALVES NECKEL (fls. 449/450)

> *"(...) que sabe que a Bandeira Nacional e o Hino Nacional são símbolos nacionais; que lembra da instrução que teve em que deveria respeitar os símbolos nacionais; (...)"* (grifei).

EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA (fls. 451/452):

> *"(...) que sabia que tinha que se portar com respeito perante a Bandeira Nacional e o Hino (...)".*

No que tange à violação do Princípio da Proporcionalidade, por ser a pena mínima do tipo equivalente à pena mais grave do crime de deserção, não prospera tal argumento devido às diferenças entre os bens jurídicos tutelados no crime de deserção e no caso em tela.

Quanto à não observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a pena imposta seria incompatível com as exigências da tutela, citam-se os argumentos expostos na Sentença (fls. 743/787), adotados como razão suplementar para o voto:

> *"(...) Ingo Wolgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma 'qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de* ***direitos e deveres fundamentais*** *que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de* ***propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão*** *com os demais seres humanos'* (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pág. 60) (destaques nossos).
>
> *Ainda na seara conceitual e para que se entenda definitivamente a intenção do legislador penal castrense, conceitos como identidade nacional e a importância dos símbolos nacionais são de mister importância para situar a decisão do Conselho de Justiça na atualidade e na própria lei penal militar vigente.*
>
> *Vimos acima que a dignidade humana não se constitui apenas de um direito fundamental, mas impõe deveres àqueles que por ato íntimo e voluntário decidiram fazer parte de um determinado povo, formando uma Nação e que, aos olhos de seus vizinhos, se constituíram em um Estado democrático, indepen-*

dente e soberano. O elo forte desta relação social nada mais é do que a Identidade Nacional, cujo conceito sintetiza o sentimento dos indivíduos de pertencer a uma nação. Expressa-se positivamente enquanto união e empatia entre pessoas do mesmo país, podendo, inclusive, desdobrar-se no nacionalismo sadio, sem excessos, para não desvirtuá-lo. Essa Identidade fortalece o vínculo entre população e pátria e, na criação da identidade individual, é essencial na constituição psicológica do indivíduo, devendo haver o cuidado de não gerar, dentro de uma mesma cultura, estereótipos e/ou preconceitos. O convívio social, portanto, promove a assimilação da identidade do grupo. No entanto, Identidades são criações, por isso são frágeis, suscetíveis a distorções, simplificações e interpretações variando entre os indivíduos. Mas, de outro lado, a falta de identidade deixa a nação vulnerável a interferências externas ou mesmo fragmentações internas. (...)" (grifei).

Desse modo, a pena é plenamente compatível com o bem jurídico tutelado que, quando analisado teleologicamente, transcende à proteção do símbolo em si e de seu significado restrito, ou seja, a soberania nacional, mas atinge a toda uma nação e valores dessa nação; a todo um povo e sua história.

E quanto à Finalidade da Pena, a defesa sustenta que a repercussão do vídeo, o arrependimento dos réus e a privação de prosseguir na vida militar são suficientes para fazê-los compreender as consequências de suas condutas. Porém, como afirma o MPM em Sessão de Julgamento (fls. 788/804), a atitude "*repercutiu negativamente para o Exército, que prima pela credibilidade da instituição através da cobrança rigorosa da hierarquia e da disciplina*", além de causar uma imagem negativa à República Brasileira perante o âmbito internacional. A ofensa ao bem jurídico tutelado e seus efeitos práticos tornam legítima a atividade punitiva do Estado. Como última *ratio*, o Direito Penal deve ser acionado apenas naqueles casos extremos, o que parece ser o caso em tela, que possui uma pluralidade de efeitos.

Assiste razão ao MPM, quando argumenta que a comutação da pena restritiva de direitos não está positivada no ordenamento jurídico militar. Porém, como não houve recurso ministerial, mas somente da Defesa, a Decisão da Corte de forma alguma pode agravar a situação dos réus, sob pena de violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo da Defesa, mantendo íntegra a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em negar provimento ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União, para manter irretocável a Sentença condenatória recorrida.

Brasília, 7 de maio de 2013 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES
APELAÇÃO Nº 60-86.2011.7.03.0203-RS

Votei vencido, divergindo da maioria de meus ilustres pares, uma vez que dava provimento ao apelo da Defensoria Pública da União para, reformando a sentença de primeira instância, absolver os ex-Sds Ex Cristian Fernandes Camargo, Daniel de Cavalheiro Kohls, Diogenes Alves Neckel, Eduardo da Silva Oliveira, Josimar de Castro Castilho, Kennet Patrick Alves dos Santos, Magnus Eliseu Dutra Martins, Nick de Andrade Cortês e Huillian Junior Santana da Cruz, com fundamento na alínea "b" do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Inicialmente, urge esclarecer que todos foram condenados à pena de 1 ano de prisão, como incursos no artigo 161 do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, ínsita no artigo 43, inciso IV, do Código Penal comum.

Narra a exordial acusatória que os acusados, enquanto aguardavam o retorno do Sargento Wallasse Santana Ferreira Rodrigues, resolveram dançar *funk* ao som de uma versão, supostamente do Hino Nacional Brasileiro. Tal dança foi gravada em um celular e posteriormente colocada na rede mundial de computadores, tornando-a de conhecimento geral.

Primeiramente, diz o artigo 161 do Código Penal Militar:

> *"Praticar o militar diante da tropa, ou em lugar sujeito à administração militar, ato que se traduza em ultraje a símbolo nacional:*
>
> *Pena – Detenção, de um a dois anos."*.

Analisando os autos, vejo que a conduta praticada pelos ora apelantes não se revestiu de afronta ao Hino Nacional Brasileiro. A meu sentir, vejo que houve uma brincadeira "de mau gosto" desses jovens soldados que acabou tomando uma enorme proporção, em face da divulgação do vídeo na **internet** e na televisão. Não se percebe o dolo em ultrajar um símbolo nacional e todos se mostraram arrependidos após o fato.

Além disso, os próprios representantes do Ministério Público Militar em primeira instância, na figura dos dois promotores que atuam naquele Juízo, buscaram a todo instante provar a inocência dos soldados, seja por ausência de dolo e da potencial consciência da ilicitude, seja com base nos Princípios da Proporcionalidade, da Dignidade da Pessoa Humana ou mesmo da Finalidade da Pena.

Nesse sentido, faz-se necessário a transcrição de trechos das contrarrazões do representante do Ministério Público Militar, que muito bem analisou o fato, na forma abaixo:

> *"Frise-se que quando da denúncia pelo Ministério Público Militar vigorava o princípio do* in dubio pro societate*, havendo dúvidas na ocasião, mas que ensejavam uma produção de provas mais acurada em sede de Instrução Criminal, a justificar a deflagração da Ação Penal Militar.*
>
> *No entanto, vencida a Instrução Criminal, alguns pontos importantes realçaram e obrigatoriamente conduziram a um pedido absolutório pelo Ministério Público Militar.*
>
> *A questão da impossibilidade de cometimento do delito descrito no Artigo em comento foi exaustivamente trabalhada em fase de alegações escritas, o que por si seria suficiente para fundamentar um decreto absolutório se não pela inexistência do delito, pela polêmica e dúvida gerada quanto ao verdadeiro* animus *dos recrutas em efetivamente 'ultrajar' o Hino Nacional Brasileiro ou simplesmente efetuar uma brincadeira desmedida típica da juventude a qual, não fosse uma filmagem de um celular e a colocação no* ***YouTube*** *por um menor de idade, passaria totalmente despercebida ou quem sabe punida administrativamente, diga-se, caso a filmagem precária fosse vista por um militar graduado.*
>
> *(...)*
>
> *Ao condenar os recrutas, em meio a tamanha incerteza acerca dos seus dolos e da possibilidade concreta e plausível de considerar aquela dança* funk*, tendo ao fundo uma versão já existente na internet e, portanto, não criada por eles, num mo-*

mento de folga e no interior de um alojamento, isolados, como sendo um 'ultraje doloso, intencional' a ponto de criminalização da conduta, extrapolando a seara administrativa disciplinar, tão somente pela 'repercussão social', os julgadores ativeram-se unicamente a publicidade do ato e a violação da hierarquia e disciplina, deixando de lado uma gama de direitos fundamentais e princípios obrigatórios para a tomada de uma decisão judicial legal e fundamentada sob o ponto de vista jurídico.

(...)

Várias foram as falhas jurídicas da decisão:

Ainda que se quisesse reconhecer o 'ultraje' e sua publicidade pela internet e considerar isso um ato vexatório à Força e de exposição de sua moral e credibilidade, a análise do elementos cognitivo inexistiu. É óbvio que não foram os recrutas que deram publicidade àquela dança de alojamento, mas sim um civil menor de idade.

Não apenas isto, mas a conduta mais se apresenta culposa do que dolosa.

(...)

A dança funk*, naquele momento de inação (ausência do sargento) foi intencional, mas o dolo de 'ultrajar' o Hino Nacional não restou comprovado em fase processual.*

A simples dúvida do 'dolo de ultraje', em consonância com o art. 33, conduziria à observância ao Princípio do in dubio pro reo. (fls. 836/839).

O depoimento prestado pela testemunha, 3º Sgt Rodrigo César Maymone Sampaio é, no mínimo, estarrecedor e levanta a dúvida quanto à capacidade de os soldados envolvidos saberem realmente da suposta conduta ilícita. Disse aquele graduado que foi o encarregado da instrução sobre moral e cívica, que estava no Exército há 2 (dois) anos e que **não tinha conhecimento do artigo 161 do Código Penal Militar**.

Como bem disse o promotor em alegações escritas: se não fosse trágico seria cômico esse depoimento.

Ora, se o próprio responsável por formar e instruir os soldados desconhece o contido no Código Penal Militar que pune o ultraje aos símbolos nacionais, não se pode penalizar os recrutas.

Por sua vez, o 3º Sgt Walasse Santana Ferreira Rodrigues, então Comandante do Grupo de Engenharia do 3º Pelotão, em seu depoimento às fls. 461/462, disse que na instrução dada aos recrutas é informado

sobre os deveres militares e o respeito aos símbolos nacionais, porém não soube informar se foi lido o referido artigo 161 do Código Penal Militar.

Há dúvidas e não se pode exigir que um jovem recruta venha a saber que dançar *funk* ao som de uma música que parece o Hino Nacional modificado venha a ser considerado crime, eis que todos tiveram uma breve e duvidosa instrução básica de 6 (seis) dias por um sargento que, inclusive, desconhece o artigo 161 do Código Penal Militar.

Vejo, a meu sentir, que não ocorreu um fato de tal gravidade na conduta dos sentenciados. Houve, sim, um desrespeito, uma brincadeira que deve ser repudiada, mas que deveria ter sido resolvida no âmbito disciplinar daquela Unidade, mesmo com toda a repercussão do caso.

Novamente, socorro-me do posicionamento do Douto representante do *Parquet* castrense em primeira instância:

> *"Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade impõem acreditar que aqueles recrutas, com tão pouca e tão 'rasa' instrução militar, não reuniam o conhecimento necessário para se conduzirem de maneira a entender que aquela dança* funk *de alojamento se constituía em um grave delito propriamente militar, com proibição de suspensão condicional da pena* (sursis) *inclusive.*
>
> *Qualquer homem médio que tivesse esse conhecimento efetivo, jamais se colocaria dolosa e voluntariamente numa situação dessas. Jamais se filmaria fardado no interior de um quartel e ainda por cima colocaria isso num dos maiores instrumentos midiáticos, a fim de não apenas mostrar em âmbito nacional e mundial a sua conduta delitiva, mas também para servir-lhe de prova num processo penal militar que sabia viria a galope."* (fl. 839).

O tipo penal do artigo 161 da Lei Substantiva castrense é punido a título de dolo. *In casu*, há ausência do elemento subjetivo, haja vista não estar plenamente comprovado, nos autos, que os acusados receberam a devida instrução, apesar de que todos reconheceram que deveriam respeito aos símbolos nacionais.

Não vislumbro a ocorrência da elementar "ultraje a símbolo nacional". A conduta é atípica. Quem disponibilizou na **internet** a matéria (menor, civil) nem sequer conhecia os soldados que gravaram o vídeo.

Nesse contexto, não ocorreu o dolo em insultar, em injuriar, em menosprezar um símbolo nacional.

O "ultraje" se reveste de uma modalidade extremada de desrespeito. Todavia, nem todo desrespeito pode ser considerado um "ultraje". Assim, vejo que a conduta desses jovens soldados se deu de forma desrespeitosa, mas não ultrajante.

Célio Lobão, em *Direito Penal Militar,* 3. ed. pg. 520/521, assim leciona sobre o tipo penal em discussão:

> *"Ultrajar é o núcleo do tipo, não se confundindo com desrespeitar, por se revestir de maior gravidade. No ultraje há ofensa, injúria, insulto, aviltamento. Como diz Macedo Soares, o ultraje traz implícita a ideia de vilipêndio, de menosprezo, enquanto desrespeito é falta de consideração, de respeito, que se resolve no âmbito disciplinar. O ultraje concretiza-se por palavra, gesto, escrito, pintura, ou outro meio qualquer.*
>
> *Como exemplo de ultraje, o ato de rasgar, de forma desprezível, aviltante, a bandeira, a partitura do hino nacional, o papel ou pano onde está impresso o selo ou a arma nacional. Limpar o chão com qualquer um dos símbolos, cuspir sobre eles, além de outras formas de ultraje.".*

Trago à baila o princípio da proporcionalidade como instrumento de limitação do direito penal, nos ensinamentos de Ulfrid Neumann, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais *RBCCrim 71/2008* - tradução de Antonio Martins, p. 525 e 527, *in verbis*:

> *"Um dentre tais princípios normativos diz respeito à proporcionalidade da intervenção estatal. Trata-se aqui da manifestação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito. Ele proíbe infligir ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos perseguidos, em sentido instrumental, desnecessários e, sob aspectos normativos, inadequados.*
>
> *Por meio desses dois pressupostos, a saber, o técnico-instrumental da necessidade e o normativo da adequação, ele limita, como 'proibição do excesso', a intervenção estatal sobre o cidadão. Trata-se, assim, primariamente de um princípio protetor da liberdade, ainda que na Alemanha já há muito tempo se venha tentando dele derivar uma 'proibição da escassez', que deve exigir determinadas intervenções em atenção aos objetivos perseguidos. Em sua aplicação no direito penal, isto leva a perguntar-se se o legislador, por causa de 'proibições da escassez',*

poderia estar obrigado a submeter determinadas ações à ameaça de pena. Isso significa, contudo, uma inversão da direção de golpe do princípio da proporcionalidade, que é marcada pela sua função de proteção da liberdade. No que segue, compreende-se o princípio somente no sentido tradicional de proibição de intervenções estatais excessivas.

(...)

O vasto reconhecimento que o princípio da proporcionalidade encontra em ordenamentos jurídicos no mais altamente diferenciados, sua evidência, deve-se à sua estrutura quase tautológica. O conceito de tautologia é aqui entendido, naturalmente, não no sentido lógico, mas no de uma estrutura valorativa. A exigência explícita de que um Estado devesse intervir de modo desproporcional nos direitos de seus cidadãos seria dificilmente defensável; teríamos de tratá-la como contraditória. Entre 'desproporcional' e 'inadmissível' existe uma associação semântica que dificilmente se deixa diluir.

Com isso não se resolveu ainda a questão acerca de onde essa associação de 'desproporcionalidade' à 'inadmissibilidade' encontra sua fundamentação material. Trata-se de um princípio de justiça evidente ou de uma incontestável máxima racional do agir finalístico?

A resposta deve depender do contexto em que a pergunta é formulada. Em princípio não se pode negar que o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, representa um princípio da configuração racional da vida e da sociedade. Em face de recursos limitados não faz sentido aspirar a um objetivo 'a todo custo'; os meios empregados têm de estar em proporção 'racional' com este objetivo. Não é razoável atirar em pardais com canhões. Isto vale também para a mobilização do direito penal. Também aqui os recursos são limitados; a capacidade dos tribunais, da polícia e de outros órgãos de persecução deve ser utilizada de modo mais razoável possível.

Mas os limites que são impostos ao direito penal através de um princípio da proporcionalidade neste sentido instrumental são externos a ele, porque dependentes do estado dos meios de persecução penal disponíveis. Este estado é um fator contingente, que está aberto, em certa medida, à configuração pelo Estado que exerce a persecução penal. Quando se dispõe de suficientes canhões e suficiente munição, pode ser inteiramente correto, no sentido de um agir orientado à inteligência, atirar em

pardais com canhões. Limitação segura do direito penal só logra, por isso, um princípio da proporcionalidade que não seja compreendido como mera regra de inteligência, mas sim como princípio de justiça: é fundamentalmente injusto impor ao cidadão ônus desproporcionais. Isto vale também e justamente no campo de sanções penais, que, por definição, oneram o indivíduo mais gravemente que outras intervenções estatais (como, por exemplo, a tributação e o serviço militar obrigatório).

Na medida em que o princípio da desproporcionalidade é derivado do princípio do Estado de Direito, como preponderantemente se defende na Alemanha, está por detrás disso sua compreensão como fundamento da configuração justa da ação estatal. Trata-se, como formulou Winfried Hassemer, de questões de 'justiça da intervenção'."[41].

Modificar a sentença de primeira instância para cassar o benefício da prestação de serviços à comunidade, agora em sede de Apelação, não é cabível, eis que já transitou em julgado para o representante do Ministério Público Militar e o recurso é somente da Defesa. Porém, registro que a sentença *a quo*, na impossibilidade de concessão do *sursis* aos acusados, equivocou-se quando substituiu a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, mesmo fundamentada sua decisão, por absoluta falta de previsão legal em nossa legislação castrense.

Acrescento mais, apesar de alguns terem demonstrado até interesse em seguir a carreira militar, todos já foram licenciados das fileiras do Exército, não se justificando uma condenação por questões inclusive de política criminal, mesmo que seja no mínimo legal.

Urge esclarecer, ao final, que não estou a incentivar qualquer desrespeito aos símbolos nacionais, pelos quais tenho maior consideração e respeito. Preocupa-me é impor uma pena, a meu sentir, desproporcional a esses jovens que agora são civis.

É o quanto basta ao exame da questão.

Ante o exposto, é por que votei vencido, divergindo da maioria de meus eminentes pares, uma vez que dava provimento ao apelo da Defensoria Pública da União para, reformando a sentença de primeira instância, absolver os ex-Soldados de Exército Cristian Fernandes Camar-

---

[41] Ulfrid Neumann, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais *RBCCrim 71/2008* - tradução de Antonio Martins. p. 525 e 527.

go, Daniel de Cavalheiro Kohls, Diogenes Alves Neckel, Eduardo da Silva Oliveira, Josimar de Castro Castilho, Kennet Patrick Alves dos Santos, Magnus Eliseu Dutra Martins, Nick de Andrade Cortês e Huillian Junior Santana da Cruz, do crime previsto no artigo 161 do Código Penal Militar, com fundamento no artigo 439, aliena "b", do Código de Processo Penal Militar.

Superior Tribunal Militar, 7 de maio de 2013.

Dr. Carlos Alberto Marques Soares
Ministro-Relator Originário

_____

APELAÇÃO Nº 72-63.2011.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Revisor – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Luis Carlos de Andrade, 2º SG Mar, do crime previsto no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM.

Apelado – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 18/6/2012.

Advogados – Drs. Núbia Marinho de Souza, Fabiana Costa dos Santos e Julio Cesar Moreira Correia de Araujo.

EMENTA

APELAÇÃO. DESERÇÃO. SEMI-IMPUTABILIDADE. DOLO. Não se admite a absolvição imprópria do apelado, 2º SG Mar, quando o laudo de insanidade, em decorrência de comprovada "síndrome do Pânico", apenas coloca em dúvida a semi-imputabilidade do agente quando da prática da conduta. Sendo a prova do dolo indiciária, admite-se a absolvição por atipicidade subjetiva, quando existem contraindícios veementes no sentido de que, por estar em meio a crises psiquiátricas, não teve a intenção de ausentar-se da unidade em que servia por mais de 8 (oito) dias. Apelo desprovido. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 18/6/2012, que absolveu o 2° SG Mar Luiz Carlos de Andrade, do crime previsto no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário

de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. (Extrato da Ata da 8ª Sessão, 25/2/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de LUIZ CARLOS DE ANDRADE, 2º SG Mar, do crime previsto no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM.

> *"(...) O acusado foi denunciado em razão de ter-se ausentado de sua Unidade, em 3 de março de 2011, sem autorização, complementando os dias preconizados em lei para que se consumasse o crime de Deserção.*
>
> *Apresentou-se voluntariamente em 25 de abril de 2011 (fl. 123). Foi submetido à Inspeção de Saúde em 27 de abril de 2011 (fl. 197), logrando obter o parecer 'APTO' e, em consequência, revertido no Serviço Ativo da Marinha, a teor da Portaria de Reversão nº 1041, de 17 de maio de 2011, fator bastante ao oferecimento do presente requisitório com vistas à instauração da relação processual e final julgamento.*
>
> *Os documentos que instruem os presentes autos de Instrução Provisional são exatamente aqueles elencados no art. 457, do Código de Processo Penal Militar, estando, portanto, caracterizado o delito e satisfeitas as condições de procedibilidade (...)".*

A denúncia veio acompanhada da Instrução Provisória de Deserção nº 0000072-63.2011.7.01.0201, na qual foram acostados os seguintes documentos, entre outros: Parte de Ausência (fl. 03); Termo de Inventário de Bens do Ausente (fl. 11); Termo de Inventário de Bens da Fazenda Nacional (fl. 12); Termo de Deserção (fl. 14); Alterações do Militar (fls. 17/114); Portaria de "agregação" ao Quadro de Praças da Armada (fl. 121); atestado médico (fl. 125); receituário médico (fl. 126); prontuário médico do acusado perante a unidade integrada de saúde mental da Marinha do Brasil (fls. 141/193 – vol. 1); Ata de inspeção de saúde (fl. 197 – vol. 1); Portaria de reversão ao Quadro de Praças da Armada (fl. 207 – vol. 2).

A vestibular acusatória foi recebida em 10 de junho de 2011 (fl. 214 – vol. 2).

Citado (fl. 219v – vol. 2), foi qualificado e interrogado (fls. 285/286 – vol. 2), quando declarou, *in verbis*:

"(...) no período de que trata a denúncia se encontrava em sua residência no endereço Rua Gabriel Militão Machado, quadra 86, lote 35, Bairro Guaratiba, Praia da Brisa, Sepetiba/RJ, onde reside há mais de cinco anos; (...) jamais respondeu a qualquer processo além deste; (...) incorporou na Marinha em 1989; (...) é verdadeira a acusação contida na denúncia; (...) o interrogando está realizando um tratamento na UISME, tendo sido diagnosticado como portador de síndrome do pânico; (...) esse diagnóstico foi dado no ano de 2009, e a partir daí a pressão do interrogando passou a subir demais vindo quase a enfartar; (...) devido a isso ficou muito medo (sic) de sair de casa para a rua, pegar ônibus, sempre com a impressão de que algo de ruim poderia lhe acontecer; (...) lhe foram concedidas cerca de cinco licenças para tratamento da própria saúde; (...) posteriormente os médicos da UISME acharam que poderia ser melhor o seu retorno ao trabalho na BACS, como eletricista; (...) antes de trabalhar na BACS serviu no submarino TUP, tendo a transferência decorrido exatamente do seu problema de saúde; (...) ninguém falou para o interrogando sobre a possibilidade de reforma; (...) quando se deslocava de sua casa para o trabalho na BACS, após o diagnóstico, sua esposa o acompanhava para o ônibus; (...) quando ia sozinho, o interrogando chegou a descer do ônibus por diversas vezes, com medo de se perder e com pressão alta; (...) também vomitava nesses episódios, sentia dores na barriga entre outros sintomas (...).

(...) no período de ausência a esposa do interrogando telefonou várias vezes para a secretaria, no setor industrial, para informar que o interrogando não tinha condições de ir para bordo; (...) as consultas na UISME eram mensais; (...) somente recebia tratamento médico da Marinha; (...) no período da ausência recebeu telegrama da BACS informando-lhe que deveria comparecer à OM; (...) certa vez, na parte da manhã, uma viatura do Corpo de Fuzileiros compareceu à casa do interrogando, porém não estava no momento, pois isso ocorreu na parte da manhã e saíra para tentar a chegar a bordo; (...) foi sua esposa que recebeu os militares.

(...) os fuzileiros foram à casa do interrogando cerca de três semanas após a consumação da deserção; (...) tomava e ainda toma remédios controlados; (...) ao se apresentar voluntariamente e ser recolhido ao Presídio da Marinha, o interrogando ficou muito nervoso, quebrou uma pia e se cortou nos braços e pernas, tendo sido levado para a UISME e ficado internado (...)".

Durante a instrução processual, foram juntados aos autos cópia do prontuário médico do acusado (fls. 220/275 – vol. 2); Procuração (fl. 287 – vol.2); e folha de antecedentes criminais (fls. 320/322 – vol. 2).

Foram, ainda, ouvidos pelo Conselho, na qualidade de testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 291/292 – vol. 2), o SO – EL (RM) Luiz Felipe de Jesus Galvão Dallosto, o 2º Sargento Washington Portela da Silva, o Tenente Felipe Bittencourt Alves e o Capitão Tenente Fabio B. Leite Mata de Oliveira, cujos termos de depoimento estão acostados às fls. 311, 312, 313 e 314 (vol. 2), respectivamente.

Em sessão realizada no dia 9 de setembro de 2011 (fls. 315/316 – vol. 2), o CPJ para Marinha, por unanimidade de votos, a pedido do Ministério Público Militar, estando de acordo a Defesa, converteu o julgamento em diligência para instaurar incidente de insanidade do acusado.

No laudo de exame de sanidade mental (às fls. 24/27 do apenso I), os Médicos Peritos da Marinha apresentaram as seguintes conclusões:

> *"**VII) Conclusão**:*
>
> *O periciando LUIZ CARLOS DE ANDRADE apresenta diagnóstico psiquiátrico de Transtornos de Personalidade Emocionalmente Instável, F60.3 pela CID-10; e Transtorno Dissociativo F44 pela CID 10).*
>
> ***VIII) QUESITOS OFERECIDOS PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA, PARA A MARINHA (art. 159, do CPPM)**:*
>
> *Se o indiciado, ou acusado, sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado;*
>
> *R : Sim. Transtornos de Personalidade Emocionalmente Instável, (F60.3 pela CID-10) e Transtorno Dissociativo (F44 pela CID – 10).*
>
> *Se no momento da ação, 03/03/2011 a 24/04/2011, ou omissão, o indiciado, ou acusado, se achava em algum dos estados referidos na alínea anterior;*
>
> *R: Sim.*
>
> *Se em virtude das circunstâncias referidas nas alíneas antecedentes, possuía o indiciado, ou acusado, capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento;*
>
> *R: O paciente possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato.*

Se a doença ou deficiência mental do indiciado, ou acusado, não lhe suprimindo, diminuiu-lhe, entretanto, consideravelmente, a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, quando a praticou.

R: O paciente poderia estar com a capacidade de autodeterminação prejudicada no momento que a praticou.

***IX) QUESITOS OFERECIDOS PELO MPM**: os mesmos do CPJ – Mar;*

***X) QUESITOS OFERECIDOS PELA DEFESA**:*

- Se o militar tem condições de permanecer no serviço ativo da Marinha.

Os transtornos de personalidade são caracterizados por padrões de comportamento persistentes e pouco responsivos à terapêutica, o que torna o prognóstico reservado.

Os pacientes acometidos por tais transtornos possuem baixa tolerância a frustrações, irritabilidade exacerbada e consequentemente tendem a apresentar dificuldades em observar regras e a conviver com figuras em posição hierárquica superior a sua. Tais características tornam a adaptação de tais pacientes a atividades militares difícil".

Em sessão de 18 de Junho de 2012, o CPJ para a Marinha, após haver o membro do MPM pugnado pela condenação do acusado diante da sua semi-imputabilidade e a Defesa postulado a sua absolvição, por unanimidade de votos, absolveu o acusado nos termos da alínea "e" do art. 439 do CPPM.

Em que pese não seja usual, transcrevo excerto da sentença no qual se apresenta a motivação de seu dispositivo, a fim de orientar os eminentes pares no presente julgamento (fls. 352/353 – vol. 2):

"(...) foi juntada documentação na qual o Conselho se embasou para determinar a conversão do julgamento em diligência, diante da dúvida surgida em relação à culpabilidade no réu, especialmente no que diz respeito à imputabilidade (fls. 140/193 e 221/275).

Apesar da instauração do incidente, essa dúvida não se dissipou diante da conclusão a que chegaram as peritas nomeadas para realizar o citado exame (fls. 26/27 dos autos do Incidente):

'O periciando (...) apresenta diagnóstico psiquiátrico de Transtornos de Personalidade Emocionalmente Instável, F60.3 pela CID-10; e Transtorno Dissociativo F44 pela CID 10.'

E, em resposta aos dois principais quesitos legais, relataram que, embora o militar possuísse a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, ele poderia estar com a capacidade de autodeterminação prejudicada no momento em que o praticou.

Por outro lado, há de ser destacado que se trata de militar detentor de uma carreira quase que irrepreensível, incorporado à Marinha desde 13/12/1989, contando com mais de 20 (vinte) anos de serviços prestados à Força, tendo apenas duas transgressões disciplinares ao longo dessas mais de duas décadas de serviço, conforme a folha de alterações de fls. 39 e 68, o que é corroborado pelas declarações das testemunhas arroladas pela defesa, cujos depoimentos foram transcritos acima.

É certo que, ao acusado, não se pode atribuir o desconhecimento ou a falta de consciência de que, com a sua conduta, estaria incidindo no delito de deserção, uma vez que, submetido a exame, as peritas concluíram que ele tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato (fls. 27, do incidente).

Entretanto, no que diz respeito à capacidade de autodeterminação do acusado, militar de carreira, estabilizado, com mais de 20 (vinte) anos de serviços prestados e, segundo as testemunhas, um bom profissional, não se pode dizer o mesmo. Diante da conclusão do laudo pericial, não há como se chegar a uma conclusão a respeito da plena imputabilidade penal do acusado. Ao contrário, está demonstrado que, antes de se ausentar, o acusado estava passando por um momento conturbado e poderia estar com a capacidade de autodeterminação prejudicada.

Assim sendo, conclui-se não haver prova suficiente para assegurar se o acusado tinha a capacidade de autodeterminação preservada, diminuída ou totalmente abolida durante o período em que permaneceu ausente.

(...) essa dúvida que, no caso em apreciação, diz respeito exatamente à incerteza quanto ao terceiro elemento do crime – a culpa ***lato sensu*** *do réu, permite a absolvição, com base no art. 439, letra 'e', do Código de Processo Penal Militar, no qual o princípio está positivado".*

O *Parquet* das Armas ficou ciente da Sentença em 9 de julho de 2012 (fl. 354 – vol. 2) e interpôs o apelo em 13 de julho de 2012 (fl. 358 – vol. 2).

Em suas razões de inconformismo (fls. 360/365 – vol. 2), a Acusação sustenta a reforma da sentença e a consequente condenação do acusado com a pena diminuída, em razão da semi-imputabilidade, ao argumento de que a jurisprudência do Superior Tribunal Militar seria firme no sentido de que merece a condenação com a pena reduzida e não a absolvição, o acusado por crime de deserção que tem, apenas, reduzida a sua capacidade de autodeterminação.

A seu turno, em contrarrazões (fls. 367/370 – vol. 2), a Defensora constituída do acusado contra-argumenta as razões do MPM, afirmando que não se mostra razoável condenar um militar graduado que, por mais de 20 anos, serviu à Marinha do Brasil, apresentando duas transgressões disciplinares de natureza leve durante todo esse tempo, havendo granjeado respeito, confiança e admiração de seus companheiros de farda e de seus superiores. Aduziu ainda, que, se a prova dos autos (testemunhos, prontuários médicos e Laudo do Exame de Sanidade Mental) não deixaria dúvidas quanto à sanidade mental do acusado, pelo menos serviria para deixar dúvidas quanto a sua vontade livre e consciente de praticar o fato tido como criminoso, ou seja, o dolo, e que o Conselho agiu com acerto ao absolver o acusado com base no seu livre convencimento motivado.

O *Custos Legis*, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva (fls. 379/385 – vol. 2), opina pelo conhecimento e provimento do apelo ao argumento de que deveria o acusado ter comunicado a Marinha do Brasil a respeito do possível agravamento do seu estado de saúde, mesmo porque já vinha sendo acompanhado pela Unidade Integrada de Saúde Mental e que a dúvida lançada no Laudo do Exame de Sanidade é apenas suficiente para diminuir-lhe a pena, com fulcro no disposto no parágrafo único do art. 48 do CPM, haja vista que se trata de caso de semi-imputabilidade.

É o relatório.

VOTO

O Apelo é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Conheço do recurso.

Materialidade e autoria comprovadas, indene de dúvidas pelo termo de deserção (fl. 14) e a confissão do acusado em juízo (fl. 285).

Não há também excludente objetiva de tipicidade, nem ilicitude a beneficiar o acusado.

O nó górdio do recurso cinge-se a dois questionamentos: quanto a se estaria presente a imputabilidade do apelado e quanto à configura-

ção do dolo, ao ausentar-se da unidade por mais de oito dias, cometendo o delito de deserção.

Quanto à imputabilidade, não há dúvidas de que não se vislumbra caso de inimputabilidade. O Laudo do Exame de Sanidade mental é claro no sentido de que o acusado tinha, no momento da prática da ação criminosa, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, mas que, em razão de distúrbio psiquiátrico conhecido no meio popular por "síndrome do pânico", *"poderia estar com a capacidade de autodeterminação prejudicada no momento que a praticou"*.

Evidente caso em que, em razão da dúvida das Peritas, se aplica o parágrafo único do art. 48 do CPM em favor do acusado e não de absolvição em razão da dúvida quanto à sua imputabilidade. Ou seja, há dúvida quanto à sua semi-imputabilidade, no momento da prática da conduta, e não quanto à eventual inimputabilidade do acusado, como quer fazer parecer a sentença.

Nessa esteira, diversos arestos dessa Corte no sentido da condenação em tal hipótese:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. HOMICÍDIO. TENTATIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL DOLOSA. BULLYING. SEMI-IMPUTABILIDADE. INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. 1. Sendo a vontade do agente ofender a integridade física de outrem, para que não ocorressem mais as ofensas ou 'bullying' a que estava sendo submetido pelos seus colegas de farda na caserna, sem a intenção de matar, descaracteriza-se a tentativa de homicídio, mas configura-se o elemento subjetivo da lesão corporal. 2. Não há como considerar a inimputabilidade, quando laudo do exame de sanidade mental atesta que a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente está diminuída, mas ainda é existente. Recurso provido parcialmente, decisão por maioria"* (AP nº 0000087-19.2008.7.01.0401/ RJ, Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, Rev. Francisco José da Silva Fernandes, j. 30/11/2010, DJE 2/3/2011).
>
> *"EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. ABANDONO DE POSTO OU LOCAL DE SERVIÇO. SEMI-IMPUTABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. O delito de abandono de posto revela-se como crime de perigo presumido, pois, independentemente de efetivo dano ou prejuízo ao serviço, ao patrimônio ou qualquer outro valor militar considerável, merece reprovação penal, pelo*

> *efetivo risco a que ficam expostos tais bens juridicamente tutelados. O Laudo Pericial a que foi submetido o réu revela que o mesmo, ao tempo da ação, tinha plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, porém, com prejuízo de autodeterminação. Incidência na hipótese da redução facultativa da pena prevista no artigo 48, parágrafo único, do CPM. O presente recurso não trouxe aos autos qualquer elemento que pudesse reformar a Decisão proferida quando da apreciação do recurso de Apelação. Embargos Infringentes rejeitados. Decisão por maioria de votos"* (Embargos nº 0000009-49.2007.7.09.0009 (2009.01. 051194-5)/DF, Rel. Min. Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Rev. Min. Olympio Pereira da Silva Junior, j. 23/9/2010, DJE 27/6/2011).

Assim, ante o exposto, o benefício da dúvida deve incidir para, pelo menos, reconhecer-se a semi-imputabilidade, como inclusive opina o *Custos Legis* em seu parecer, haja vista que há dúvida quanto a estar o acusado com a capacidade de autodeterminar-se prejudicada no momento da prática da infração.

Entretanto, entendo que o nó górdio do presente recurso não está na aferição da imputabilidade do acusado, mas está, justamente, no aspecto subjetivo da conduta, ou seja, no dolo.

O dolo, de forma genérica, é a vontade livre e consciente que tem alguém de praticar determinada conduta ilícita.

Não basta que o agente tenha a consciência do que faz, mas que tenha plena liberdade de agir.

Em que pese seja correto afirmar que a Acusação incumbe provar todas as circunstâncias da prática criminosa, no que tange à prova do elemento subjetivo do crime, há algumas peculiaridades relevantes a serem esclarecidas.

Sirvo-me da lição de Eugênio Pacelli de Oliveira para esclarecer que:

> *"(...) em relação especificamente à prova da existência do dolo, bem como de alguns elementos subjetivos do injusto (elementos subjetivos do tipo, já impregnado pela ilicitude), é preciso boa dose de cautela. E isso ocorre porque a matéria localiza-se no mundo das intenções, em que não é possível uma abordagem mais segura.*

Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo genérico) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos como dolo específico) são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, em regra, quer produzir ou aceita o risco de produzir o resultado morte. Não se irá cogitar, em princípio, de conduta imprudente ou de conduta negligente, que caracterizam o delito culposo.

Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias (art. 239). (...)

Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer[42] *(...)".*

Sendo assim, quanto ao dolo, é correto afirmar que a convicção do julgador deverá se firmar de acordo com o que as circunstâncias provadas indicarem, ou seja, é autorizado dizer que a prova se fará por indícios.

Ora, se a prova do dolo é indiciária, quanto a ela devem incidir os mesmos pressupostos que se impõem à prova por indícios (arts. 382 e 383 do CPPM) para se autorizar um decreto condenatório.

Cabe aqui ressaltar que, mesmo em se tratando de prova indiciária, é inconcebível que não haja certeza do julgador quanto à responsabilidade do acusado, a fim de se lastrear decreto condenatório, e que essa certeza somente ocorrerá quando não houver nenhum contraindício no sentido de sua absolvição.

---

[42] *Curso de Processo Penal*, 9. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. pp. 280/281.

Nessa esteira, não poderia deixar de trazer à baila a serena lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

> *"(...) A circunstância de alguém ter sido surpreendido com a* res furtiva *é um indício de ter sido o autor do furto; se alguém morreu envenenado e se tem notícia de que na véspera Mévio adquirira veneno em alguma farmácia, tal circunstância pode ser indício de ter sido ele o autor do crime; se Tício é assassinado, a circunstância de que Mévio, seu inimigo, alardeara, dias antes, que iria matá-lo, é um indício de ter sido ele o responsável pelo homicídio, exibe-lhe a camisa ensanguentada da vítima e ele, naquele instante, põe-se a tremer, tal circunstância pode ser indício de sua responsabilidade.*
>
> *É possível que, nas hipóteses acima, todas essas circunstâncias sejam indicativas da responsabilidade da pessoa de quem se suspeita, mas, por outro lado, as conclusões podem não ser verdadeiras. Ainda valendo-nos de Malatesta: 'O indício pode dar certeza, mas é preciso nos salvaguardarmos de tais insídias, é necessário proceder cautelosamente na avaliação dos indícios, considerando escrupulosa e ponderadamente os motivos infirmantes, de um lado, os contraindícios, do outro' (*A lógica*, cit., p. 230). Qualquer prova que se oponha a um indício é um contraindício. Se Tício foi morto por envenenamento e se descobre que na véspera seu inimigo Mévio adquirira certa quantidade da mesma substância que levara Tício à morte, há um indício de ter sido Mévio o autor do crime. Contudo, pode-se provar que naquele mesmo dia da aquisição do produto venenoso fora ele utilizado no combate às da lavoura de Mévio, surgindo, assim, um motivo infirmante. O motivo infirmante e o contraindício constituem a contraprova do indício"*[43].

No mesmo diapasão é nossa linha pretoriana. Nesse sentido: *"Não há dúvida de que os indícios servem como elemento de prova. Porém, simples presunções não constituem indícios, quando dos fatos se podem tirar ilações diametralmente opostas" (RT, 742/713).*

Ou seja, aqui, mais que em qualquer outra discussão sobre a prova processual penal, vale a máxima *"mil vezes um culpado absolvido que um inocente condenado"* e se aplica o princípio geral do direito do *in dubio pro reo*.

---

[43] *Processo Penal,* vol. 3, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 399/400.

Essas considerações sobre a prova do dolo e indiciária são fundamentais para nortear a análise do aspecto subjetivo da conduta do acusado.

É indene de dúvidas nos autos que o acusado, 2º Sargento da Armada, de carreira de mais de 20 (vinte) anos, sofria da moléstia vulgarmente conhecida "síndrome do pânico", desde os idos de 2009.

Embora seja correto afirmar que, em que pese não tenha comprovado que sua esposa telefonara para sua unidade militar informando seu estado de saúde, a prova trazida pela acusação não autoriza a excluir a possibilidade de que não agiu livre e conscientemente no sentido de ausentar-se, injustificadamente, por mais de oito dias, da unidade em que servia.

Não se trata dos casos comuns de deserção com os quais nos deparamos corriqueiramente nessa Corte. Considero que o militar não é refratário à disciplina.

Após anos de serviço prestado como "submarinista", adoeceu. Adoeceu e vinha sendo submetido a tratamento pela Unidade Integrada de Saúde Mental da Marinha que, a meu ver, precipitadamente, haja vista o que os *experts* anunciaram no Laudo de exame de sanidade, deu-lhe alta médica determinando o retorno do militar em outra função.

Não sou médico, nem tampouco a condição de juiz me autoriza a influir na discricionariedade administrativa das decisões da Autoridade Naval, mas a minha experiência como militar possibilita efetuar juízo de valor no sentido de que o referido militar já deveria ter sido reformado, a fim de não sofrer o risco que hoje sofre de, doente, ser premiado com a possibilidade de uma condenação criminal, a jogar por terra mais de vinte anos de serviços prestados ao país.

A prova lançada aos autos não autoriza deduzir, indene de dúvidas, que o acusado tivesse a intenção de desertar. Basta colocar-se na situação do apelado. Seria exigível, em meio a crises psiquiátricas que possivelmente estavam ocorrendo, conduzir-se à unidade militar, ou mesmo avisar seus superiores?

O *Custos Legis*, *data venia*, afirma ser exigível ao acusado conduta diversa, como a de informar aos superiores ou de se apresentar, como se este estivesse na plenitude de suas faculdades físicas e mentais. Mas entendo não ser assim. Quem já vislumbrou um estado depressivo ou mesmo um ataque de "síndrome do pânico" nunca poderia entender ser exigível de um ser humano, em tais condições, deslocar-se pelo menos 75

Km da periferia do Rio de Janeiro, do Bairro Jardim Coqueiral/Santa Cruz, em transporte coletivo, até o Município de Niterói/RJ, onde estava a unidade em que servia na Base Almirante "Castro e Silva".

Diante das circunstâncias dos fatos, não é lícito supor que, em meio a supostas crises das quais há fortíssimos indícios que ocorreram, iriam o apelante e sua companheira preocupar-se em fazer prova de haver informado a unidade quanto ao que ocorrera. Aliás, nem era dever da esposa do militar fazê-lo.

Deveriam sim, a meu ver, outra conduta ter os superiores hierárquicos do acusado e a própria junta de Saúde da Marinha.

Ora, sabendo a Marinha da condição de saúde da praça, deveriam os seus superiores haver diligenciado à residência deste, antes mesmo do prazo final de 8 (oito) dias, a fim de, pelo menos, tentar tomar conhecimento de seu real estado. O ato de enviar um simples telegrama é extremamente burocrático. Na minha carreira como oficial, por diversas vezes, e é o costume que aprendemos na Escola Naval, diligenciei a fim de saber a razão pela qual estavam ausentes as praças que estavam sob meu comando. Por essa razão, afirmo que, embora às vezes ocorram, são muito raros os casos de deserção. Aprendemos nós, militares, que somos responsáveis uns pelos outros, ainda mais quando um companheiro se vê premido de hígidas condições de saúde.

Observa-se, também, que o apelado apresentou-se voluntariamente logo após oito dias de consumada a deserção, o que pode ser considerado, diante das circunstâncias dos autos, um contraindício do dolo de desertar e que "surtou", quando foi recolhido à prisão, sendo-lhe esta prejudicial ao seu estado mental.

Ao refletir sobre o caso, tendo principalmente em vista os depoimentos dos companheiros de farda do 2ª Sargento, e o fato de o haver absolvido o Conselho, que teve contato mais próximo com a instrução probatória, pensei, sobretudo, na justiça de meu voto e na necessidade em se condenar um militar pelo crime de deserção em tais circunstâncias.

Sendo assim, os elementos de convicção trazidos aos autos, em que pesem não sejam aptos a provar a inimputabilidade do acusado, impedem que haja convicção segura quanto ao dolo em desertar, razão pela qual deve ser absolvido com fundamento no *in dubio pro reo*.

Isso posto, voto para conhecer e negar provimento ao apelo do Ministério Público Militar e manter a sentença do Conselho Permanente

de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 18/6/2012, que absolveu o 2º Sargento da Marinha Luiz Carlos de Andrade do crime previsto no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 18/6/2012, que absolveu o 2° SG Mar Luiz Carlos de Andrade do crime previsto no art. 187, c/c o art. 189, segunda parte, tudo do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 25 de fevereiro de 2013 – Alte Esq Marcos Martins Torres, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 78-27.2012.7.01.0301-RJ

Relator – Min. Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Robson Silva de Morais, Civil, revel, do crime previsto no art. 299 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 22/10/2012.

Advogado – Dr. Ricardo de Oliveira Mantuano, Defensor Dativo.

EMENTA

Apelação. Desacato a militar. Preliminar de não conhecimento. Presente o interesse de agir. Ausência do dolo específico. Conjunto probatório deficiente. Preliminar suscitada pelo representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do presente feito, em razão de suposta ausência de interesse recursal, por parte do Órgão Ministerial. Reputa-se ser incabível o argumento do representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, uma vez que presente o necessário interesse de agir por parte do Parquet *castrense, estando presente nas razões o interesse na reforma do decreto absolutório. Os autos atestam que, durante a audiência de julgamento, na fase dos debates orais (art. 433 do CPPM), o MPM, por representante diverso daquele que subscreveu as alegações escritas, pleiteou a condenação. A norma adjetiva castrense dispõe que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão,* ex vi *do disposto no art. 511, parágrafo único, do CPPM. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Decisão por maioria. A conduta descrita pelo Órgão acusador é insuficiente para indicar a imputação da prática do crime de desacato a militar. Inexistência de comprovação da prática da conduta delituosa pelo Acusado. Os Autos não atestam a vontade livre e consciente do Agente em ofender o bem jurídico tutelado,* in casu*, o prestígio e a autoridade da função pública da Administração Militar, caracterizando o dolo específico, consoante o ilícito descrito no art. 299 do CPM. Ausentes os elementos formadores do crime de desacato a militar, impõe-se a mantença da Sentença absolutória, com fulcro no art. 439, alínea* e*, do CPPM. Apelo ministerial desprovido. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar, suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de inadmissibilidade do Apelo por falta de interesse de agir, **ex vi** do art. 511, parágrafo único, do CPPM. O Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) acolhia a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conhecia do Apelo ministerial por falta de interesse recursal. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao recurso, mantendo a Sentença que absolveu o Civil Robson Silva de Morais, revel, quanto à imputação da prática do delito do art. 299 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) fará voto vencido quanto à preliminar. Os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participaram do julgamento. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participou do julgamento da matéria de mérito. Presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 12ª Sessão, 5/3/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação, interposto pelo Órgão Ministerial, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 22 de outubro de 2012, que absolveu o civil Robson Silva de Morais, revel, da acusação do crime previsto no art. 299 do CPM.

Em 7 de maio de 2012, o Órgão Ministerial ofereceu Denúncia em desfavor do civil Robson Silva de Morais, como incurso no crime de desacato, previsto no art. 299 do CPM. Narra a Exordial Acusatória que (fls. 1/2), *in verbis:*

> *"(...) no dia 31 de dezembro de 2010, por volta das 18h30min, na Base do Teleférico, Complexo do Alemão, Rio de Janeiro, militares integrantes da Força de Pacificação, que estavam de serviço, avistaram o denunciado arremessando bombas, conhecidas como 'cabeção de nego'.*

Neste momento, os aludidos militares abordaram o denunciado, tendo o mesmo não obedecido à ordem e proferido a seguinte ofensa: 'foda-se, vocês não são polícia'.

Após ser preso, quando conduzido à 22ª Delegacia de Polícia, o denunciado tentou pular da viatura no intuito de evadir-se, porém não logrou êxito.

Dessa forma, o órgão do MPM requer o recebimento da presente denúncia, nos termos expostos, com a consequente citação do acusado, para, querendo, responder aos termos da presente ação penal, ouvindo-se os ofendidos abaixo, procedendo-se a regular instrução e consequente condenação com base no ***art. 299 do CPM****.".*

A Denúncia foi recebida em 11 de maio de 2012 (fl. 41). Contudo, as tentativas de citação foram infrutíferas, nos dois endereços constantes dos autos, conforme se depreende das certidões lavradas, que demonstram não ter sido o Acusado encontrado.

Também, não se obteve qualquer informação a respeito do paradeiro do mesmo, na associação de moradores da Favela da Grota (Complexo do Alemão) e no comércio local (fls. 51 e 55).

Em face do conteúdo das certidões supracitadas, o Representante do Ministério Público Militar requereu a citação por edital (fl. 58v). Assim ocorreu, como se constata às fls. 67/70.

O Conselho Permanente de Justiça, em 27 de agosto de 2012, resolveu, por unanimidade, decretar a revelia do Acusado, na forma do art. 412 do CPPM.

Os Ofendidos foram ouvidos (fls. 83/85) na presença do Defensor Dativo do Acusado, Dr. Ricardo de Oliveira Mantuano.

O Ministério Público Militar, por sua Representante Dra. Ana Cristina da Silva, apresentou alegações escritas (fls. 88/89), manifestando-se pela absolvição do Acusado, asseverando que *"restou insuficiente o conjunto probatório para um decreto condenatório"*, devendo, por conseguinte, aplicar-se o art. 439, alínea *e,* do CPPM.

A Defesa (fls. 91/92), na mesma linha de argumentação do MPM, pede a absolvição com espeque no art. 439, alínea e, do CPPM.

Por ocasião do julgamento, na presença de outro representante do Ministério Público Militar, diverso do que subscreveu as alegações escritas, houve o pleito pela condenação, na forma da Denúncia, discordando de sua colega.

A Defesa afirmou a perplexidade com a incoerência dos posicionamentos do MPM, mantendo o pedido de absolvição.

A Sentença (fls. 96/101) foi exarada pelo Conselho Permanente de Justiça, em 22 de outubro de 2012, absolvendo-se o Réu, por unanimidade, com fulcro no art. 429, alínea e, do CPPM. A leitura e assinatura da Sentença ocorreram na mesma data.

Irresignado, o Representante do Ministério Público Militar, que atuou na audiência de julgamento, interpôs, tempestivamente, recurso de Apelação em 26 de outubro de 2012.

Nas Razões de Apelação (fls. 105/107), subscritas pelo Dr. Jorge Augusto Lima Melgaço, afirma-se ser notória a ocorrência do desacato pelo Acusado contra dois militares que estavam de serviço na Força de Pacificação no Complexo do Alemão, requerendo, por conseguinte, a reforma da Sentença para condenar o Réu nas sanções do art. 299 do CPM.

Em Contrarrazões (fls. 111/117), a Defesa manifesta sua perplexidade com a Apelação, uma vez que, até a fase das alegações escritas, havia o pedido ministerial pela absolvição. No mérito, requer a manutenção da Sentença absolutória.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Dr. José Garcia de Freitas Junior, Subprocurador-Geral da Justiça Militar (fls. 127/132), discorre sobre a falta de interesse de agir do MPM. No mérito, opina pelo desprovimento do recurso interposto.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Inicialmente, cumpre apreciar matéria preliminar prejudicial ao exame do mérito, relativa ao não conhecimento do presente feito, em razão de suposta ausência de interesse recursal por parte do *Parquet* castrense, tese mencionada no parecer da PGJM.

Argumenta-se que o presente recurso carece de condição de admissibilidade devendo ser, preliminarmente, reconhecida a ausência de um dos pressupostos essenciais para conhecimento da peça recursal, qual seja, o interesse de agir. Vejamos.

Em 22 de outubro de 2012, o Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, por unanimidade de votos, julgou improce-

dente a Exordial Acusatória e decidiu absolver o civil Robson Silva de Morais, com fundamento no que dispõe o art. 439, alínea e, do CPPM (fls. 96/101), acolhendo a tese constante das alegações escritas da Representante do Ministério Público Militar, corroboradas pela Defesa.

Ocorre que, durante a audiência de julgamento, na fase dos debates orais (art. 433 do CPPM), o MPM, por representante diverso daquele que subscreveu as alegações escritas, pleiteou a condenação.

Essa suposta incoerência de posicionamentos, segundo a Defesa e o Parecer da PGJM, teria dado ensejo à inadmissibilidade do presente recurso, por falta de interesse de agir, à inteligência do art. 511, parágrafo único, do CPPM.

Consoante a hipótese fática descrita no art. 511, parágrafo único, do CPPM, *in verbis*: *"Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão."*.

Ocorre que, em situações análogas, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou balizando a questão, conforme se constata na análise dos trechos do aresto abaixo colacionado, *in verbis*:

> *"Alegação de falta de interesse do MP para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o Promotor de Justiça que interveio pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do Ministério Público, que foi provido, com a condenação do ora paciente, em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao parágrafo único do art. 577 do CPP. Independência funcional dos membros do Ministério Público. Funções de* custos legis e dominus litis. *A manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP. Habeas corpus indeferido."* (HC nº 69957 - Segunda Turma do STF - Relator Ministro Néri da Silveira - RT 410/377).

No mesmo sentido, HC nº 108.459/CE – Ministro Ricardo Lewandowski e HC nº 68.316/DF – Ministro Sepúlveda Pertence.

Ademais, ressalta-se que não se trata do mesmo promotor militar nas manifestações antagônicas.

Ou seja, o MPM, por suas características constitucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional, previstas no art. 127, § 1º, da Constituição Federal de 1988, voltou a pleitear, como Órgão e

parte no processo, a condenação já requerida na Denúncia, entendendo estarem presentes os elementos para a configuração do delito em questão.

Tendo sido a Sentença de natureza absolutória, não restam dúvidas de que o Ministério Público Militar restou sucumbente, pois houve clara divergência entre o que foi pedido pela Acusação na Denúncia e nos debates verbais e o resultado da prestação jurisdicional.

A propósito, a lição de Vicente Greco Filho (*Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 313-14), que conceitua sucumbência como:

> *"(...) a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de sua decisão"*.

No mesmo sentido, traz-se para o caso concreto os ensinamentos doutrinários de Júlio Fabbrini Mirabete (*Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas. p. 1.412), *in verbis*:

> *"Sendo patente a desconformidade entre o que é pedido na denúncia e o que ficou decidido na sentença, tem o Ministério Público legítimo interesse em recorrer, ainda que seja ela condenatória.* ***Também não lhe falta tal interesse, ainda que tenha sido pleiteada a absolvição nas alegações finais****."*.

Isso tudo porque o Ministério Público, embora seja parte no processo penal, desempenha ainda função mais nobre e constitucional, qual seja, a correta aplicação da lei ao caso concreto.

Logo, é indubitável que se verifica o necessário interesse de agir por parte do *Parquet* Castrense, vislumbrando-se nas razões de recursos o interesse na reforma do decreto absolutório.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de inadmissibilidade do recurso por falta de interesse de agir, *ex vi* do art. 511, parágrafo único, do CPPM.

MÉRITO

O recurso de Apelação Ministerial é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, portanto, ser conhecido. **Quanto ao mérito, impõe-se o desprovimento do apelo.**

O combativo representante do *Parquet* das Armas, Dr. Jorge Augusto Lima Melgaço, interpôs recurso de apelação contra a Sentença do

Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, que absolveu, por unanimidade, o civil Robson Silva de Morais, revel, do crime previsto no art. 299 do CPM – desacato.

Na análise do art. 299 do CPM, é primordial entender-se o significado e o alcance do núcleo verbal do tipo, qual seja, desacatar.

No delito em comento, cabe realçar que não basta a existência de mera ofensa, assim como não existe a forma culposa. Inegavelmente, é necessário que esteja configurado o dolo específico de desacatar o militar em razão de sua função ou no exercício dela.

O núcleo do tipo é **desacatar**, que significa, alternativamente: ofender, vexar, humilhar, espezinhar, desprestigiar, menosprezar, menoscabar, agredir o militar, afetando-lhe a dignidade ou o decoro da função.

Tem-se, por desacato, toda e qualquer ofensa direta e voluntária à honra ou ao prestígio do militar, com a consciência de atingi-lo, no exercício ou por causa de suas funções, sendo o cerne da figura delituosa a dignidade da Administração Militar.

Compulsando os autos, verifica-se que o argumento cerne da acusação ministerial para a imputação de desacato é a frase proferida pelo Acusado, relatada na Denúncia (fls. 1/2) como: "*– Foda-se, vocês não são polícia*.".

Para melhor descortino dos fatos, cabe a reflexão sobre o contexto da situação.

Em 31 de dezembro de 2010 (virada de ano), o Acusado estava acendendo e jogando, **na rua**, o artefato conhecido como "cabeça-de-nego", um explosivo com poder de fogo mínimo, bastante utilizado em dias festivos, apesar dos riscos.

Por essa razão, foi abordado pela patrulha que trabalhava no Complexo do Alemão naquela data.

Feita a abordagem, o Acusado continuou andando. Quando foi detido, é que surge a frase: "*foda-se, vocês não são polícia*".

Transcrevem-se, abaixo, os depoimentos, *in verbis,* colhidos na data dos fatos, constantes do Termo Circunstanciado nº 022-09644/2010 (fls. 2/6), registrado na 22ª Delegacia de Polícia, Penha, RJ:

- Robson Silva Morais (Acusado):

> *"Estava no local do fato jogando bombas na rua, quando recebi a ordem dos militares para parar, mas não obedeceu (*sic*)*

e continuou (sic) *andando. Que não desacatou nenhum militar e que tentou pular da viatura quando estavam me conduzindo para esta unidade de polícia judiciária."*.

- Rafael Pedro Pereira da Cruz (Soldado) – Comunicante:

"Estava de serviço na guarnição da Brigada de Infantaria Paraquedista na Base Teleférico, quando avistaram o autor no local, arremessando bombas conhecidas como 'cabeção de nego'. Abordaram o autor, mas o mesmo não obedeceu a ordem e continuou andando, mas foi detido por um militar, quando desacatou dizendo: 'foda-se vocês não são polícia'. Os militares estavam conduzindo o autor para esta UPJ quando o mesmo tentou pular da viatura, mas não logrou êxito." .

- Diego Maia Gonçalves (Soldado):

"Estava de serviço na guarnição da Brigada de Infantaria Paraquedista na Base Teleférico, quando avistaram o autor no local, arremessando bombas conhecidas como 'cabeção de nego'. Abordaram o autor, mas o mesmo não obedeceu a ordem e continuou andando, mas foi detido por um militar, quando desacatou dizendo: 'foda-se, vocês não são polícia'. Os militares estavam conduzindo o autor para esta UPJ quando o mesmo tentou pular na viatura.".

Em juízo, os depoimentos dos Ofendidos (fls. 83/85) não refletiram o que foi dito no Termo Circunstanciado. Surgiram novas versões, gerando dúvida sobre o motivo da abordagem e a real conduta do Acusado, conforme se vê abaixo, *in verbis*:

- Diego Maia Gonçalves – fl. 84:

"Que, pelo que sabe, o acusado foi abordado porque estava fumando maconha e a substância foi apreendida pela PM; que o acusado, ao ser abordado, fugiu do local; que a patrulha em diligência conseguiu localizar o acusado; que durante o trajeto o acusado proferiu a expressão narrada na denúncia; que o acusado não tentou agredir nenhum militar, apenas falou o que está dito na denúncia; que não se recorda se o acusado estava jogando bombas.

- Às perguntas do MPM respondeu:

Que o acusado, ao receber ordem para sair de sua casa, colaborou com os militares;

- Às perguntas da Defesa respondeu:

Que os militares estavam acompanhando uns policiais militares que conduziram o Acusado até a delegacia; que tanto os militares do Exército quanto da PM foram até a residência do acusado; que o acusado foi preso, na visão da testemunha, porque estava portando drogas.".

- Rafael Pedro Pereira – fl. 85:

"Que confirma que o acusado disse a expressão narrada na denúncia; que confirma que o acusado jogava bombas, conhecidas como cabeção de nego na patrulha; que, na visão da testemunha, o acusado foi preso justamente por ter jogado bombas na patrulha; que não viu se o acusado portava qualquer entorpecente; que o acusado foi preso em sua residência, depois que foi chamado, saiu de sua residência para saber o que estava acontecendo; que o acusado não tentou agredir qualquer militar; que alguns policiais militares também estavam participando da patrulha.".

Ao que se constata claramente, há contradição quanto ao motivo da prisão efetuada. Não se sabe ao certo se era porque o Acusado jogava "cabeças-de-nego" na rua, em 31 de dezembro; se o alvo das "bombinhas" era a patrulha; se portava maconha, enfim, a conduta está obscura.

Outro ponto controverso é se o Acusado foi detido ato contínuo ao arremesso das "bombinhas" ou se a abordagem ocorreu após já estar em sua casa.

As contradições são tão evidentes que a própria Representante do Ministério Público Militar, em sede de alegações escritas (fls. 88/89), manifestou-se de forma contundente e convincente, assim escrevendo, *in verbis*:

"(...) Cumpre apontar que as testemunhas divergem quanto ao motivo pelo qual o acusado foi preso: estava portando maconha ou havia jogado bomba na patrulha?

O fato é que não apontaram a narrada ofensa como causa da prisão em flagrante, embora afirmem que o acusado proferiu 'ofensa'.

Por outro lado, embora o acusado não tenha sido interrogado, no Termo Circunstanciado de fl.3 confessa que estava na rua jogando bombas quando recebeu a ordem dos militares de parar e que não obedeceu, não tendo, porém, desacatado nenhum militar.

> ***Destarte, ainda que confirmado que o acusado tenha proferido a palavra ofensiva contra os militares (foda-se), ao meu entender, não se tem certeza da presença do dolo específico de menosprezar os militares em sua função.***
>
> *Segundo entendimento da doutrina e da jurisprudência, desacato significa menosprezo ao funcionário público no exercício de sua função e não se confunde com falta de educação. A ofensa pode ser qualquer palavra ou ato que acarrete vexame, desprestígio ou irreverência ao funcionário. Necessariamente exige, para sua configuração, um elemento subjetivo voltado para a desconsideração. 'Não se confunde apenas com o vocabulário grosseiro'. Uma palavra mal-educada proferida no momento da exaltação é incompatível com o dolo exigido para a tipificação do crime.*
>
> *(...)*
>
> ***Ora, os militares certamente não se sentiram ofendidos, uma vez que atribuíram a prisão em flagrante do acusado por motivos outros, e o acusado afirma que não os desacatou. Certamente assim se posicionaram porque, no contexto presente, uma comunidade, onde palavras de baixo calão são frequentemente proferidas sem conotação ofensiva, fazendo parte do vocabulário corriqueiro das pessoas que ali habitam."*** (sem grifo no original).

A Sentença acrescentou que não se tem certeza de que o Acusado tenha proferido as expressões injuriosas narradas na Denúncia e, ainda que isso tenha acontecido, não se pode afirmar que agiu com o dolo de ofender o bem jurídico tutelado pelo dispositivo penal em tela (fl. 100).

Analisando-se as concisas razões do recurso ministerial, aduz-se pela inexistência de argumentos substanciais suficientes a ponto de modificar o decreto absolutório.

Afirma (fl. 106) que *"é importante observar que o próprio civil confessou sua conduta delituosa em sede policial"*.

Tal argumento é improcedente, uma vez que não houve qualquer confissão do Acusado em sede policial sobre o desacato.

O que o Acusado realmente disse foi que estava jogando "cabeças-de-nego" na rua; que recebeu ordem para parar e não obedeceu; que depois tentou pular da viatura, quando já estava sendo conduzido.

Ao final, o Representante do Ministério Público Militar contextualiza que o fato ocorreu no Complexo do Alemão, região perigosa até

pouco tempo. Em nada isso implica a configuração do crime de desacato. Tal crime é passível de ocorrer em qualquer lugar.

Por fim, em face de não possuir a expressão constante na Denúncia o dolo específico de vilipendiar a autoridade militar, sendo comumente utilizada de modo vulgar em situações adversas e de despreocupação com o resultado, traduz, apenas, expressa condição de falta de educação. Definitivamente, está longe de ser crime.

Assim, torna-se evidente a ausência do dolo específico exigido pelo art. 299 do CPM.

E o dolo, na lição de Cézar Roberto Bittencourt, sobre os 2 (dois) elementos necessários à sua configuração, se deve observar, além da existência da consciência (elemento cognitivo), a existência da vontade do agente (elemento volitivo) de praticar a conduta tipificada.

Logo, as provas são incontestes. Os elementos contidos nos autos levam à convicção pela manutenção da absolvição, **unânime**, da imputação do art. 299 do CPM, exarada pelo juízo *a quo*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo a Sentença de absolvição do civil Robson Silva de Morais, revel, quanto à imputação da prática do delito do art. 299 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em rejeitar a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de inadmissibilidade do Apelo, por falta de interesse de agir, *ex vi* do art. 511, parágrafo único, do CPPM. **No mérito, por unanimidade**, em negar provimento ao recurso ministerial, mantendo a Sentença que absolveu o civil Robson Silva de Morais, revel, quanto à imputação da prática do delito do art. 299 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 5 de março de 2013 – Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
APELAÇÃO Nº 78-27.2012.7.01.0301-RJ

No julgamento dos presentes autos, votei vencido porque acolhia a preliminar de não conhecimento do recurso de apelação ministerial,

por falta de interesse recursal, conforme consta das contrarrazões oferecidas pela Defesa e do Parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR.

2. Assim, vejamos.

3. Conforme relatado, em 4/5/2012, o ilustre Promotor da Justiça Militar, Dr. AILTON JOSÉ DA SILVA, ofereceu denúncia contra o Civil ROBSON SILVA DE MORAIS por infringência ao mandamento proibitivo contido no artigo 299 do Código Penal Militar (fls. 1/1-1).

4. Em alegações escritas, a douta Representante do Ministério Público Militar, Dra. ANA CRISTINA DA SILVA, requereu a absolvição do acusado (fls. 88/89). Entretanto, na Audiência de Julgamento, outro membro do Ministério Público Militar, o digno Promotor Militar Dr. JOSE AUGUSTO LIMA MELGAÇO sustentou, oralmente, por ocasião da Sessão de Julgamento, pedido de condenação, nos termos da Ata de fls. 102/103, e interpôs o presente recurso, pugnando pela reforma do decreto absolutório, (fls. 105/107), surpreendendo a Defesa e comprometendo toda a tese previamente planejada, pois, como se sabe, as alegações escritas estão a sinalizar a direção seguida pelo membro do *Parquet* e indicam a linha de raciocínio que será perseguida durante o julgamento.

5. Aqui, convém ressaltar que o artigo 433 do CPPM deixa claro que o Conselho dará a palavra para a sustentação das alegações escritas, conforme se pode observar:

> *"Art. 433. Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça dará a palavra, para sustentação das alegações escritas ou de outras alegações, em primeiro lugar ao procurador, em seguida ao assistente ou seu procurador, se houver, e, finalmente, ao defensor ou defensores, pela ordem de autuação dos acusados que representam, salvo acordo manifestado entre eles."*.

6. Destaco que um dos princípios institucionais que norteiam o Ministério Público é o da independência funcional, cuja finalidade é garantir aos seus membros o exercício de suas atribuições de forma independente e imune a pressões externas e internas, não acatando ordens de quem quer que seja.

7. Porém, tais princípios – indivisibilidade, unicidade e independência funcional – devem ser interpretados em conjunto e harmonicamente. A equivocada exegese do princípio da independência funcional inviabiliza o alcance das necessárias unidade e indivisibilidade.

8. Pelo princípio da unidade, todos os membros do Ministério Público representam um só entendimento da instituição, uma só escolha, uma só deliberação, de tal forma que a manifestação de qualquer deles valerá sempre, na oportunidade, como manifestação de todo o órgão.

9. Por outro lado, o princípio da indivisibilidade advém da unidade. Como os membros da instituição formam um só órgão, uns podem substituir os outros em qualquer processo, porque agem em nome da instituição e não em nome próprio. Por isso, a intimação em qualquer processo é feita ao Ministério Público, não a específico promotor.

10. Se está correto o entendimento de que os membros do Ministério Público não devem subordinação intelectual a quem quer que seja, correto também está que manifestações contraditórias numa mesma oportunidade significam quebra da unidade do *Parquet*.

11. Pela lógica, se o Ministério Público é uno, então não é possível haver posicionamentos conflitantes, por afronta ao princípio da não contradição, formulado por Aristóteles em seus estudos sobre a lógica, que diz que uma proposição verdadeira não pode ser falsa e uma proposição falsa não pode ser verdadeira. Nenhuma proposição, portanto, pode ser os dois ao mesmo tempo.

12. Aliás, ressalte-se que a preclusão lógica ou consumativa impede o Ministério Público de alterar o entendimento anterior e oportunamente manifestado por outro promotor do mesmo órgão.

13. Ora, se o Ministério Público é uno, pois os seus membros não agem em nome próprio, mas representam a própria instituição, aceitar que cada promotor modifique o pedido no curso no processo, como decorrência de seu entendimento pessoal, seria o mesmo que negar aquela premissa, razão pela qual essa conduta deve ser rechaçada, ainda que se reconheça e se respeite a possibilidade de opiniões diferentes dos membros do *Parquet* sobre matérias idênticas.

14. Por essas razões, é inaceitável que os princípios institucionais do Ministério Público sirvam como justificativa para surpreender a defesa e, consequentemente, causar-lhe prejuízo. O princípio da indivisibilidade, por exemplo, consubstancia-se na verdadeira relação de logicidade que deve haver entre os membros do Ministério Público que agem em nome da Instituição e não por eles mesmos, por isso a possibilidade de um membro substituir o outro, dentro da mesma função, sem que com isso haja qualquer disparidade.

15. Por fim, cumpre frisar que, como bem destacou o *Parquet* Militar, *"o interesse do Ministério Público Militar era de absolver o apela-*

do, conforme se verifica às fls. 88/89, ou seja, não há que se falar em sucumbência de qualquer das partes, sendo tal requisito necessário à interposição de recurso que pugna pela modificação da decisão." (fls. 131).

16. Diante de tais considerações, votei vencido porque acolhia preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conhecia do Apelo ministerial por falta de interesse recursal.

Superior Tribunal Militar, 5 de março de 2013.

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 83-64.2011.7.09.0009-MS

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelantes - Genivaldo Oséias de Jesus e Josivaldo Pereira da Silva, Civis, condenados à pena de 1 (um) mês de detenção, como incursos no art. 172 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 18/10/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. USO INDEVIDO DE UNIFORME, DISTINTIVO OU INSÍGNIA MILITAR POR QUALQUER PESSOA. REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ERRO DE PROIBIÇÃO. DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE. TESES NÃO ACOLHIDAS. Para a aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de consuntos, que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores, de outro delito mais grave. Na espécie, impossível o reconhecimento de crime único, pois o uso indevido de uniforme não se caracteriza como meio necessário para a configuração do tráfico de drogas, uma vez que as condutas decorrem de desígnios autônomos e não há qualquer conexão entre o crime militar e o comum praticados. Em observância ao princípio da especialidade, não se aplica o erro de proibição previsto no art. 21 do CP comum, ressaltando-se, assim, o art. 35 do CPM que prevê instituto semelhante, "erro de direito", que também não pode ser aplicado ao presente caso, conforme o art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro). Apelo defensivo provido parcialmente, decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento parcial ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União para, mantendo a condenação estipulada na Sentença recorrida, conceder aos Apelantes Genivaldo

Oséias de Jesus e Josivaldo Pereira da Silva o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal, mantidos o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral de Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares e Fernando Sérgio Galvão. (Extrato da Ata da 33ª Sessão, 8/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta em favor dos civis GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS e JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA, condenados por sentença de 18 de outubro de 2012, do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, às penas individualizadas de 1 (um) mês de detenção, como incursos no art. 172 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a peça inaugural (fls. 2/4), de relevante:

> *"Consta no incluso Inquérito Policial Militar que, no dia 12 de julho de 2011, por volta das 10h, durante uma fiscalização na Base Operacional da Polícia Militar Rodoviária de Amandina/MS, na Rodovia MS 276, Km 148, foi abordado um veículo tipo Kombi, cor verde, placa HQH – 4699 e brasão do Exército Brasileiro, ocupado pelos dois Acusados, no qual foram encontradas várias caixas de papelão contendo substância entorpecente.*
>
> *Durante a abordagem da viatura militar clonada, foi solicitado ao motorista que estacionasse o veículo para averiguação e vistoria, momento em que os Acusados empreenderam fuga no sentido do município de Nova Andradina-MS, sendo perse-*

guidos pela Guarnição da Polícia Militar. Após entrarem em uma estrada vicinal, os ocupantes abandonaram o veículo e prosseguiram a fuga a pé.

O acusado JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA foi capturado a poucos metros do veículo e preso em flagrante. No momento da prisão, JOSIVALDO trajava uniforme camuflado, com características do Exército (fls. 138).

No dia 13 de julho, através de telefonema anônimo, a Polícia Militar recebeu a informação de que havia uma pessoa nas proximidades da Fazenda Porto Fino, vestindo fardamento do Exército, que poderia ser o trânsfuga da abordagem policial do dia anterior. A guarnição do dia deslocou-se até o local e prendeu o Acusado GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS, que, de fato, vestia uniforme camuflado militar (fls. 140) e era o segundo ocupante do veículo Kombi.

O Auto de Apreensão de fls. 184/186 descreve as peças de uniforme utilizadas pelos Acusados no dia dos fatos. Verifica-se no Laudo Pericial de Constatação de fls. 196/220 que o fardamento apreendido apresenta características muito semelhantes ao uniforme 4ºA1 do Regulamento de Uniformes do Exército (RUE).

Como se há de verificar, os dois Denunciados, utilizando-se de um automóvel clonado com características militares e de fardamento tipicamente militar, incidiram na prática do delito de uso indevido de uniforme (art. 172, do CPM), por se passarem como militares do Comando Exército, visando assim a facilidades nas inspeções das barreiras policiais, para o tráfico de substância entorpecente.".

A denúncia foi recebida em 26 de janeiro de 2012 (fl. 2).

Quando interrogado em Juízo, declarou o 1º acusado, GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS (fls. 280/283), em resumo, que os fatos contidos na denúncia não eram verdadeiros e que não estava no veículo descrito na denúncia, Kombi cor verde com brasão do Exército Brasileiro. Que é pescador e usa farda do Exército para exercer seu ofício, por ser fácil de lavar. Que pressupunha que usar farda não era normal, mas que não sabia que era crime. Que estava sozinho quando foi preso, porque o carro no qual estava com um colega deu problema e o depoente vestiu a farda para facilitar o pedido de ajuda, momento em que foi preso pelos milicianos.

O 2º acusado, JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA (fls. 284/287), ao ser interrogado, confirmou, em síntese, que, no momento da abordagem

da Kombi pela Polícia Rodoviária Militar, estava ocupando a posição de passageiro, usando uniforme militar, e que o motorista não obedeceu à ordem de estacionar e, acelerando o veículo, "*bateu em retirada*". Que, após alguns quilômetros de fuga, o motorista lhe avisou que a carga continha substância entorpecente, parou o veículo e fugiu a pé. O depoente permaneceu dentro do veículo e foi preso em flagrante pelos policiais. Por fim, declarou saber que usar farda era errado, mas aduziu não ter ciência de tratar-se de crime.

Como testemunhas da acusação foram inquiridos: Cb VALDECIR SEVERINO DA CRUZ (fls. 288/290), Cb JOSÉ MIGUEL CALIXTO BASTOS (fls. 291/293) e Cb ITALO DA SILVA CÂNDIDO (fls. 294/296), bem como VALDEMAR CELESTINO (fls. 338/341), EDSON ANTÔNIO GONÇALVES (fls. 342/344) e ADEMIRA ALVES DE SOUZA (fls. 345/348) como testemunhas da Defesa, inquiridas por carta precatória.

Em alegações escritas, sustentou o MPM (fls. 356/358) estarem devidamente comprovadas a autoria e a materialidade, além de não haver excludente de crime ou de culpabilidade do agente, uma vez que a potencialidade em iludir terceiros foi flagrante. Por derradeiro, requereu a condenação dos réus pela prática do delito tipificado no art. 172 do CPM (uso indevido de uniforme).

Por seu turno, a Defesa aduziu (fls. 361/364) que os apelantes desconheciam a ilicitude do uso indevido do uniforme, bem como não agiram com dolo de concorrer para a infração penal, pleiteando assim a absolvição dos denunciados.

Em Sessão de 18 de outubro de 2012, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (fls. 389/395), por unanimidade, julgar procedente o pleito condenatório contido na denúncia e condenar os civis GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS e JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA à pena definitiva e individualizada de 1 (um) mês de detenção, como incursos no art. 172 do CPM, com o direito de apelar em liberdade, sem *sursis*, concedendo-se o regime prisional inicialmente aberto.

A DPU foi intimada dos termos da sentença condenatória em 19 de outubro de 2012, conforme certidão de fl. 398.

Irresignada com o decreto condenatório, a Defensoria Pública da União interpôs o presente recurso de Apelação em 24 de outubro de 2012 (fl. 399). Em seguida, pleiteou em suas razões recursais (fls. 400/406) a reforma da decisão *a quo,* para absolver os acusados do crime de uso indevido de uniforme, por aplicação do princípio da consunção

ou pela caracterização de erro de proibição, previsto no art. 21 do Código Penal comum.

Em contrarrazões (fls. 409/413), o Ministério Público Militar requereu a manutenção integral da decisão atacada.

Oficiou a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por meio do parecer de fls. 422 a 425, da lavra do ilustre Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, tendo opinado pelo desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso de Apelação merece ser conhecido, por se apresentar tempestivo e atender aos demais requisitos de admissibilidade.

No mérito, analisando-se os argumentos expostos pela Defesa, ao articular suas razões de inconformismo, conclui-se que não há respaldo à pretensão absolutória ali deduzida.

À luz da narrativa contida na denúncia e das apurações havidas ao longo da instrução criminal, os autos ministram elementos relativos a um comportamento que, em tese, encontra enquadramento típico no delito de "*uso indevido de uniforme militar*" (art. 172 do CPM).

Apurou-se que os Civis GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS e JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA foram abordados pela Polícia Militar Rodoviária, no momento em que trajavam vestimenta de uso privativo do Exército, a bordo de um veículo Kombi, caracterizado como se do Exército fosse e conduzido pelo primeiro apelante.

Após uma breve tentativa de fuga, JOSIVALDO foi preso em flagrante. No dia seguinte, GENIVALDO foi localizado, ainda trajando uniforme militar, nas redondezas, e preso pelos policiais militares.

Aclarada a verdade sobre os fatos, com convergência entre os depoimentos testemunhais e a prova documental, inclusive por fotografias dos réus fardados (fls. 142/146), torna-se inarredável a conclusão de que efetivamente houve ilícito penal, a exigir pronta reprimenda. Assim, o simples ato de fardar-se, ostentando insígnia de Artilheiro do Exército e divisa de graduado na gola, de *per si* encerra os elementos caracterizadores do crime em questão.

A exegese do art. 172 do CPM permite inferir tratar-se de crime de mera conduta, para o qual não se exige a exteriorização de um resultado nocivo.

Quanto à tese defensiva de aplicação do princípio da consunção, melhor sorte não socorre o apelante.

Para aplicação do referido princípio, pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de *consuntos*, que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores, de outro delito mais grave, nos termos do brocardo *lex consumens derogat legi consumptae*[44].

Na espécie, impossível o reconhecimento de crime único, pois o uso indevido de uniforme não se caracteriza como meio necessário para a configuração do tráfico de drogas, uma vez que as condutas decorrem de desígnios autônomos e não há qualquer conexão entre o crime militar e o comum praticados.

Destaca-se, a propósito, o seguinte excerto doutrinário de Fragoso[45]:

> *"Há consunção quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução de outro crime.* Lex consumens derogat legi consumptae[46]. *Como diz Mezger (Tratado, II, p. 366), há consunção quando uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui já em si o desvalor delitivo de outra, e não permite, por isso, a aplicação desta última. O fundamento que justifica essa exclusão não é uma relação lógica, mas, sim, o próprio sentido das leis em causa, determinado de acordo com uma interpretação valorativa."*.

Ainda nesse sentido, preleciona Damásio de Jesus[47]:

> *"O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que* major absorbet minorem. *Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de* minus *a* plus*, de conteúdo a continente, de parte e todo, de meio e fim, de fração a inteiro."*.

---

[44] Lex *consumens derogat legi consumptae*: "a lei consuntiva derroga a lei consumida".

[45] FRAGOSO, Fernando. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 16. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 453-454.

[46] *Vide* nota 45.

[47] DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. *Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.114.

No tocante à aventada tese de aplicação do erro de proibição previsto no art. 21 do Código Penal, novamente não assiste razão aos recorrentes, pois:

1º) Os recorrentes afirmaram saber que usar uniforme militar era algo anormal e errado (fls. 281 e 285), portanto detinham potencial conhecimento da antijuridicidade;

2º) Em observância ao princípio da especialidade, não se aplica o *erro de proibição* previsto no art. 21 do CP comum, ressaltando-se, assim, o art. 35 do CPM que prevê instituto semelhante: "*erro de direito*", que também não pode ser aplicado ao presente caso; e,

3º) Por fim, conforme o art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro): "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*".

Casos semelhantes ao ora examinado já aportaram nos estrados judiciais desta Superior Corte Castrense, merecendo registro a ementa do seguinte julgado, *in verbis*:

> *"CRIME DE USO INDEVIDO DE UNIFORME. IMPROCEDENTE A ALEGAÇÃO DE 'ERRO DE PROIBIÇÃO ESCUSÁVEL' QUANDO ERA POSSÍVEL AO ACUSADO OBTER, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."* (**AP 1985.01.044423-8/RS**. Relator Min. Alte Esq Raphael de Azevedo Branco. Data da Publicação 6/11/1985. Unânime).

Os apelados atendem aos requisitos objetivos e subjetivos do art. 84 do CPM, tornando-se, por consequência, merecedores da suspensão condicional da pena.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União para, mantendo a condenação estipulada na Sentença recorrida, conceder aos Apelantes GENIVALDO OSÉIAS DE JESUS e JOSIVALDO PEREIRA DA SILVA o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal, mantidos o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União para, mantendo a condenação estipulada na Sentença recorrida, conceder aos Apelantes Genivaldo Oséias de Jesus e Josivaldo Pereira da Silva o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal, mantidos o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Brasília, 8 de maio de 2013 – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 84-77.2011.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Jeuvando Bezerra Vitoriano, Civil, do crime previsto no art. 299 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11/9/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DESACATO A MILITAR. ACUSADO CIVIL. GARANTIA DA LEI E DA ORDEM. MISSÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 90-A DA LEI Nº 9.099/95. REJEIÇÃO. MÉRITO. ESQUALIDEZ DO ACERVO PROBATÓRIO. INSUFICIÊNCIA DA PROVA ORAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. Embora episódica e por tempo certo, a atuação de militares do Exército Brasileiro em missões constitucionais de garantia da lei e da ordem constitui exercício de múnus castrense e, portanto, não desnatura a competência desta Justiça Militar da União, tanto que encontra respaldo no art. 142, caput*, da CF/88. Preliminar defensiva de incompetência da Justiça Militar da União rejeitada. Decisão unânime. Diante de expressa vedação legal (art. 90-A da Lei nº 9.099/95), os institutos despenalizantes previstos na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais não se aplicam neste juízo especializado. Precedentes. Preliminar defensiva de inconstitucionalidade da Lei nº 9.099/95 rejeitada por decisão majoritária. Erige-se como obstáculo invencível à cristalização do juízo de condenação a falta de precisão e solidez das provas angariadas ao longo da instrução criminal, o que faz consolidar a presunção constitucional de inocência. Esmaece, por completo, a imputação da prática delitiva sempre que a materialidade e a autoria delitivas permaneçam em zona nebulosa, com profusão de circunstâncias não esclarecidas. Sentença absolutória a dispensar reparos. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União, para processar e julgar o feito; rejeitou, **por maioria**, a segunda preliminar defensiva, de inconstitucionalidade do art. 90-A, da Lei nº 9.099/95. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), com fundamento no princípio da isonomia, votava pelo reconhecimento da preliminar, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 90-A, da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, para desconstituir a Sentença e o processo desde o recebimento da Denúncia, e determinava a remessa dos autos ao Órgão ministerial de 1ª instância, para que se manifestasse em relação à proposta de transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) e de *sursis* processual (art. 89, da Lei nº 9.099/95), observando-se, também, se fosse o caso, o contido no enunciado da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal. Na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, que presidiu o julgamento. **No mérito**, **por unanimidade**, o Tribunal negou provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a Sentença absolutória recorrida. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) fará voto vencido quanto à segunda preliminar.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente a Subprocuradora-Geral de Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Carlos Alberto Marques Soares e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 22/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar, irresignado com a sentença proferida, em 11 de setembro de 2012, pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, oportunidade em que, por maioria (4x1), absolveu o civil JEUVANDO BEZERRA VITORIANO do crime previsto no art. 299 do CPM, tendo como fundamento o disposto no art. 439, alínea "e", do CPPM, ou seja, insuficiência de provas.

Narra a exordial acusatória:

> *"À data de 5 de abril de 2011, horário aproximado de 5:10 horas, em local conhecido como Morro da Fé, Praça Poço da Fé, no Complexo do Alemão, Rio de Janeiro, JEUVANDO BEZERRA VITORIANO, ora denunciado, ao avistar os militares* ***PAULO HENRIQUE SACRAMENTO DOS SANTOS****, identidade nº 02108211737-1, Cabo do EB,* ***CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS PEREIRA****, identidade de número 011791352-1, 3º Sargento do EB e* ***RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA CABRAL****, identidade nº 021362541201 Soldado do EB, proferiu-lhes palavras de baixo calão, assim dispostas no auto de prisão em flagrante: 'vai tomar no cu, vai se fuder, pé preto filho da puta, vocês vão me levar e eu vou voltar'. Ressalta-se que, após tomados por termo as declarações de cada ofendido, estas, como se vê nos autos, não se contradizem, mas corroboram, demonstrando a veracidade das informações tomadas.*
>
> *Conforme declaração do próprio denunciado no Auto de Prisão em Flagrante (fls. 05/07), encontravam-se os ofendidos em patrulha quando o avistaram. Verificando que o mesmo estava em uma festa e tocava músicas que possuíam letras nas quais se fazia apologia ao crime organizado, pediram para que fosse diminuído o volume.*
>
> *Retirando-se do local, os ofendidos ouviram os xingamentos, supra descritos e prolatados pelo denunciado, momento em que voltaram ao local tendo o denunciado ainda dito 'vocês são um bando de merda, vocês querem ficar "esculachando" a gente, vai tomar no cu, vai se fuder, pé preto filho da puta, eu não vou usar essa merda de farda, cambada de cuzão, seus merdas, vocês vão me levar e eu vou voltar'.*
>
> *Em razão disto, o denunciado foi preso em flagrante e conduzido à Base da Força de Pacificação, sito à Avenida Itaóca, nº 115, Inhaúma, Rio de Janeiro, onde lavrou-se APF e produziu-se os demais documentos legais pré-requisitados à validade da prisão, todos acostados destes autos.*
>
> *Assim agindo, por ter, por meio de palavras ofensivas, com o intuito de aviltar e depreciar os militares que realizavam função de natureza militar, consistente em patrulhamento da área conhecida como Complexo do Alemão, incidiu o ora denunciado no crime previsto no art. 299 do CPM.".*

Serviu de lastro à denúncia o Auto de Prisão em Flagrante nº 84-77.2011.7.01.0201, lavrado na 9ª Brigada de Infantaria Motorizada (Força de Pacificação), na cidade do Rio de Janeiro (fls. 6/13).

À fl. 28 consta Alvará de Soltura expedido em favor do ora apelado.

A denúncia foi recebida em 20 de maio de 2011 (fl. 49).

Quando interrogado em Juízo, declarou o acusado (fls. 71/72), em resumo, que os fatos contidos na denúncia não eram verdadeiros e que não proferiu quaisquer das palavras referidas na denúncia para os ofendidos, que naquela mesma oportunidade foi preso um dos participantes da festa de nome Fábio, este sim o verdadeiro autor dos xingamentos.

Por fim, declarou que, enquanto o Sr. Fábio era conduzido para a viatura, o interrogando, inconformado por ter sido agredido e de ter tido um fuzil apontado para seu rosto, solicitou aos milicianos que o levassem na mesma viatura, pois queria registrar um Boletim de Ocorrência contra eles pela agressão sofrida.

Os ofendidos CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS PEREIRA, PAULO HENRIQUE SACRAMENTO DOS SANTOS e RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA CABRAL foram ouvidos em Juízo, conforme consta das assentadas de fls. 77/78, 79 e 80, respectivamente.

Como testemunhas da acusação foram inquiridos: Sd TIAGO HONÓRIO CARVALHO (fl. 94), Cb BRUNO HENRIQUE DA SILVA (fl. 95) e Cb DANIEL NERIS FEIJÓ (fl. 96), bem como DAIANA SANTANA DE SIQUEIRA (fls. 126/127) e WAGNER BARROS DA SILVEIRA (fls. 128/129) como testemunhas da Defesa.

Em alegações escritas, sustentou o MPM (fls. 146/160) não haver nos autos prova de excludente de crime ou culpabilidade quanto ao agir livre, consciente e, por certo, criminoso de JEUVANDO, bem como a prova oral produzida nos autos corroborou de maneira indiscutível os termos da denúncia. Por fim, requereu a condenação do réu pela prática do delito tipificado no art. 299 (desacato a militar) do CPM.

Por seu turno, a Defesa requereu (fls. 162/187) que fosse julgada improcedente a denúncia, arguindo, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar da União, bem como a aplicação da Lei nº 9.099/95. No mérito, aduziu que, ante a inexistência de provas e a possível dúvida de se imputar a autoria do delito ao acusado, a denúncia deveria ser julgada improcedente.

Em Sessão de 11 de setembro de 2012, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, à unanimidade, rejeitar as prelimina-

res de nulidade por incompetência da Justiça Militar da União e de inconstitucionalidade, por não aplicação da Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal, e, por maioria de votos (4x1), absolveu o civil do crime do artigo 299 do CPM, com base no artigo 439, alínea "e", do CPPM (fls. 201/215).

Embora não conste da Sentença os fundamentos do voto vencido, ficou registrado, sinteticamente: *"Votei vencido, pois condenei o acusado com base no art. 299, do Código Penal Militar."* – 1º Ten Wilson Lopes de Carvalho, Juiz-Militar.

Em 18 de setembro de 2012, o Órgão Ministerial tomou ciência dos termos da sentença absolutória (fl. 215), interpondo o presente recurso no dia 24 subsequente. Sustentou, em suas razões recursais (fls. 220/232), o que se resume a seguir:

I) O Órgão Ministerial **rechaçou as pretensões defensivas** que indicavam o escopo de esvaziamento da competência da Justiça Militar da União, bem como a alegada carência de amparo legal da ação dos militares atuantes no Morro do Alemão;

II) Que é indiscutível a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 *in casu*, conforme a boa doutrina e na trilha das decisões dos Tribunais Superiores;

III) Que a prova produzida delineou, de forma clara e precisa, a autoria e materialidade, conforme descrito na denúncia; e

IV) Enfatizou tratar-se de réu plenamente imputável e sujeito às penas da lei. Concluiu, requerendo a reforma da sentença apelada, para condenar o apelado nos termos em que foi deduzida a pretensão na exordial.

Em suas contrarrazões, pugna a Defesa (fls. 235/260) pelo desprovimento do recurso, de modo a confirmar a decisão recorrida, frisando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar da União, bem como a aplicação da Lei 9.099/95 e, no mérito, que a acusação não se desincumbiu do seu dever de desconstruir a presunção da inocência e provar que o acusado praticou o delito que lhe foi imputado.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o insigne Subprocurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas Júnior pelo parecer de fls. 267/270, opinando pelo provimento do recurso ministerial para condenar o apelado nos termos da pretensão inicial.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso foi interposto em tempo hábil e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Primeiramente, aprecio a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela Defensoria Pública da União.

I – DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR POR INCONSTITUCIONALIDADE DO EMPREGO DOS MILITARES NAS FORÇAS DE PACIFICAÇÃO:

Submeto à apreciação da Corte, nos termos do art. 79 do Regimento Interno deste Tribunal, a arguição da Defesa, em suas razões recursais, de inconstitucionalidade do emprego das Forças Armadas em ações de segurança pública.

Nessa questão aventada para fins de prequestionamento de eventual recurso constitucional, confirmo a constitucionalidade do emprego das Forças Armadas em ação de segurança local, para a **garantia da lei e da ordem**, conforme o art. 142 da CF/88. Esta Corte Superior Militar registra inúmeros precedentes acerca da matéria. Visando abreviar os termos deste voto, transcreve-se somente o seguinte fragmento:

> *"EMENTA. HABEAS CORPUS. DESACATO A MILITAR (CPM, ART. 299). COMPETÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. INAPLICABILIDADE. Civil respondendo a processo perante a Justiça Militar da União, acusado de desacatar militares da Polícia do Exército que se encontravam no desempenho de atividade de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, legalmente requisitada, e em obediência a determinação legal superior. Crime, em tese, definido no art. 299 do CPM e, segundo expressa previsão contida no art. 9º, III, 'd', do citado diploma legal c/c o art. 142 da CF. Inaplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/95, por força da Lei nº 9.839/99, art. 90-A, reputada pela Suprema Corte em conformidade com o texto constitucional. O Tribunal, por unanimidade, conheceu e denegou a Ordem, por falta de amparo legal."* (HC 7-82.2012.7.00.0000/RJ. Relator Min. Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes. DJE 7/3/2012).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União.

II – DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 90-A DA LEI Nº 9.099/95 ARGUIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO:

Em relação ao reconhecimento de benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, ao argumento de que a infração penal, sob a ótica do Recorrido, apresentava menor potencial ofensivo, são cabíveis e pertinentes os seguintes esclarecimentos:

a-) Mesmo antes do advento da Lei nº 9.839/99, pela qual foi inserido o art. 90-A no texto original da Lei nº 9.099/95, ao estabelecer que as disposições desta Lei dos Juizados Especiais *"[...] não se aplicam no âmbito da Justiça Militar"*, este Pretório Castrense já vinha firmando entendimento refratário à aplicação das regras contidas na referida Lei nº 9.099/95.

b-) Em decorrência da convicção de seus eminentes Ministros, mesmo à revelia do entendimento esposado pela Suprema Corte que, por inúmeras vezes, reformou decisões deste Colegiado Superior Castrense, insistindo na aplicação das disposições da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar, esta Corte se mostrou firme quanto à inaplicabilidade do disposto na Lei dos Juizados Especiais no processo penal militar.

Com esse sólido posicionamento, este Tribunal demonstrou que a jurisprudência pode constituir fonte do direito, conforme já ensinava JORGE ALBERTO ROMEIRO[48], quando, calcado na doutrina alemã, já dizia:

> ***"Consideram-se como fontes mediatas ou secundárias do direito penal militar*** *o costume e* ***a jurisprudência."*** (destaquei aqui).

Assim foi que o Legislador Pátrio, sensibilizado com os insistentes e sólidos fundamentos adotados por este Tribunal, houve por bem editar a Lei nº 9.839/99.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95.

III – DO MÉRITO:

Ultrapassada a preliminar, passo à análise do mérito.

Trata-se de apelo interposto pelo *Parquet* Militar, irresignado com a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM que, por maioria de votos, absolveu o civil JEUVANDO

---

[48] JORGE ALBERTO ROMEIRO, *in* "Curso de Direito Penal Militar - Parte Geral", Ed. Saraiva, 1994, p. 14.

BEZERRA VITORIANO da imputação pelo crime de desacato a militar, previsto no art. 299 do CPM.

Em suas Razões de Apelação (fls. 220/232), o Órgão Ministerial alega haver nos autos provas suficientes para a condenação do Acusado, em especial as declarações dos Ofendidos e os depoimentos das testemunhas referidas.

Não assiste razão ao Ministério Público Militar, como passo a expor.

Consta dos autos que, no dia 5 de abril de 2011, por volta de 5h10, no Morro da Fé, localizado no Complexo do Alemão (Rio de Janeiro/RJ), uma equipe de militares do Exército encontrava-se em patrulhamento quando, atendendo a reclamações de moradores, pediram aos participantes de uma festa – dentre os quais estava o Acusado – que diminuíssem o volume do som, no que foram prontamente atendidos. No entanto, assim que esses militares se retiraram do local, alguém que estava na festa proferiu xingamentos contra a tropa. Diante desse fato, os militares retornaram, procederam à revista de alguns dos participantes e deram voz de prisão a FÁBIO, civil, que foi indicado como autor das mencionadas ofensas verbais. No momento em que FÁBIO era levado pela viatura, foi dada voz de prisão a JEUVANDO, ao argumento de que, nesse instante, ele teria proferido palavras de baixo calão contra o 3º Sargento CARLOS HENRIQUE DOS SANTOS PEREIRA, o Cabo PAULO HENRIQUE SACRAMENTO DOS SANTOS e o Soldado RAFAEL OLIVEIRA DA SILVA CABRAL.

De início, é relevante lembrar que, para a reconstrução dos fatos na busca de saber se ocorreu ou não o delito penal, o julgador deve considerar todos os pontos regrados pela lei, analisando as provas dos fatos apresentadas pelas partes. Nesse mister, ganha destaque a análise das provas apresentadas pela parte acusatória que, no presente caso, não se mostram robustas, ou seja, capazes de alicerçar uma condenação penal. Senão vejamos.

O Acusado, em Juízo (fls. 71/72), negou a prática do delito denunciado. Alegou que, contrariamente ao afirmado na Denúncia, não proferiu, em nenhum momento, xingamentos contra os Ofendidos. Afirmou que, na verdade, os militares, ao ouvirem as palavras de baixo calão proferidas por FÁBIO, quebraram copos, derrubaram mesas, empurraram o Apelado e apontaram armas para seu rosto. Disse, ainda, que seguiu a viatura com a finalidade de pedir que os militares o levassem para regis-

trar um boletim de ocorrência contra as agressões que sofreu, não tendo ofendido verbalmente os Ofendidos nem mesmo nesse momento.

Essas alegações foram corroboradas pelas testemunhas de Defesa, DAIANA SANTANA DE SIQUEIRA (fls. 126/127) e WAGNER BARROS DA SILVEIRA (fls. 128/129), ao afirmarem que, diferentemente de FÁBIO, o Acusado em nenhum momento proferiu palavras de baixo calão contra a tropa, tendo, na realidade, sofrido com a truculência dos militares.

Os Ofendidos, por sua vez, sustentaram que, no momento em que levavam na viatura outra pessoa que acabara de ter sido presa em flagrante delito por desacato (FÁBIO), o ora Acusado proferiu xingamentos contra eles.

No entanto, ainda que os depoimentos dos Ofendidos apontem para a confirmação dos fatos narrados na Denúncia, há de se ter em conta que essas declarações não possuem valor legal de prova testemunhal. De fato, embora o depoimento da vítima possa ser decisivo quando se tratar de crimes contra os costumes (estupro e atentado violento ao pudor), conforme a doutrina e a jurisprudência, no presente caso não há como atribuir a ela o pretendido valor probante, uma vez que as supostas palavras ofensivas foram dirigidas diretamente aos militares ofendidos.

Ora, por razões lógicas, em tese, os Ofendidos sentiram-se insultados, ultrajados ou até mesmo menosprezados pela suposta conduta do Acusado. Desse modo, não se pode considerar que haja nessas declarações a imparcialidade necessária para o verdadeiro esclarecimento dos fatos denunciados, haja vista se mostrar inegável o interesse dos Ofendidos no litígio, ou seja, na condenação do Acusado.

Conclui-se, assim, que se torna inadmissível atribuir aos depoimentos dos Ofendidos valor probatório capaz de servir como fundamento para a condenação do Acusado.

Da mesma forma, os depoimentos das testemunhas referidas também não são elementos aptos a sustentar a pretendida condenação do Acusado. Isso porque nenhuma delas presenciou a suposta agressão verbal perpetrada pelo civil JEUVANDO, consoante se observa dos seguintes trechos de suas declarações em Juízo:

- TIAGO HONÓRIO CARVALHO, Soldado do Exército (fl. 94):

> *"(...) que o depoente não presenciou o acusado dizer as palavras ofensivas mencionadas na Denúncia; que o depoente ouviu uma discussão entre os soldados e os moradores da Praça*

da Fé, tendo escutado que aquelas pessoas diziam: 'vai tomar no cu, as esposas de vocês devem estar com outro na rua, vocês não têm moral para isso, que não tinham poder para aquilo'; que o depoente se encontrava atrás da casa fazendo a segurança e não viu o momento em que o acusado foi abordado; (...) que não presenciou o momento em que foi dada a voz de prisão ao acusado; que o depoente viu o acusado aqui presente no meio das pessoas que proferiam as ofensas, o qual é conhecido pelo nome de 'turba'; que ficou sabendo que o acusado fora preso pelo Cabo Sacramento, que deu voz de prisão a ele".

- BRUNO HENRIQUE DA SILVA, Cabo do Exército (fl. 95):

"(...) que não presenciou o acusado proferindo as palavras mencionadas na Denúncia; (...) que o depoente ouviu os xingamentos mas não sabe informar quem foi o responsável por ele; que retornaram, então, ao local da festa para saber o autor das ofensas, tendo se iniciado uma discussão entre o já citado sargento e pessoas da festa; que nesse momento já estava fazendo parte da patrulha o Ten Magalhães, momento em que um dos participantes da festa, que não era o acusado, disse ter sido o autor das ofensas; que o tenente foi falar com essa pessoa que veio exaltada para cima do tenente, proferindo os xingamentos, tendo o oficial lhe dado voz de prisão; (...) que 20 minutos após chegar na 22ª delegacia, na Base da Coca-Cola, o depoente viu o acusado chegando lá preso; (...) que o Cb Sacramento comentou com o depoente que o réu fora preso por desacato e ofensas; (...)".

- DANIEL NERIS FEIJÓ, Cabo do Exército (fl. 96):

"(...) que no momento em que o acusado foi preso, o depoente se encontrava na Base da Coca-Cola para onde fora levar outro rapaz que fora preso na mesma festa no Morro da Fé; (...) que o depoente acompanhou os militares até o local em que se realizava a festa da qual o acusado estava participando; que o outro rapaz preso foi quem assumiu a autoria dos xingamentos proferidos na festa; que posteriormente encontrou o acusado na delegacia militar e ficou sabendo que ele fora preso porque também xingara a tropa; (...) que várias pessoas xingavam a tropa, porém somente um assumiu a autoria, enquanto o depoente ali estava presente".

Dessa forma, esses depoimentos apenas permitem concluir que foram proferidas palavras de baixo calão contra a tropa no momento que

se seguiu ao pedido dos militares para que o volume do som fosse diminuído. No entanto, consoante se observa tanto dessas declarações das testemunhas referidas quanto dos demais elementos dos autos – especialmente os depoimentos das testemunhas da Defesa e a Decisão do Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM que determinou o arquivamento do APF nº 85/11 (fls. 141/142) –, o autor dos referidos xingamentos não foi o ora Acusado, mas FÁBIO ANDRADE CORTES DA CONCEIÇÃO, também indiciado pelo delito de desacato.

Quanto às palavras de baixo calão que JEUVANDO teria proferido contra os militares em um segundo momento, ou seja, no momento em que FÁBIO era levado pela viatura, há de se observar que os depoimentos das testemunhas referidas não são aptos a comprová-las. De fato, consoante se vê dos trechos acima transcritos, nenhuma dessas testemunhas estava presente quando o suposto desacato foi por ele cometido, tampouco quando lhe foi dada voz de prisão.

Cabe dizer que na aferição do conjunto probatório deve pesar sempre a harmonia, a confiabilidade e a segurança para que se firme a convicção da certeza do juízo, a quem a prova é endereçada, ressaltando-se, sempre, que não se mede a prova pela quantidade, mas sim pela qualidade e pela idoneidade.

Com efeito, excluído o valor probante dos depoimentos dos Ofendidos e das testemunhas referidas, observa-se nos autos que, não obstante haver vários militares e civis no local dos fatos, não consta qualquer outro tipo de prova que demonstre a materialidade e a autoria do delito ora em análise.

Portanto, não estando demonstrado no contexto probatório que o Acusado dolosamente desacatou os Ofendidos, não pode ser condenado. Isso porque somente a prova robusta é capaz de alicerçar uma condenação penal. Assim já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA: Apelação. Desacato a militar. Ausência de provas. Conjunto probatório deficiente. A conduta descrita pelo Órgão acusador é insuficiente para indicar a imputação da prática do crime de desacato a militar. Inexistência de comprovação da prática da conduta delituosa pelo Acusado. Elementos probatórios insuficientes para comprovar a materialidade e a autoria. A prova oral não permitiu concluir com segurança que o Acusado tenha praticado o crime previsto no art. 299 do CPM. Ausentes os elementos formadores do crime de desacato a militar, impõe-se a mantença da Sentença absolutória, com fulcro no art. 439,*

alíneas e, do CPPM. Apelo ministerial desprovido. Decisão unânime." (Apelação nº 101-48.2011.7.07.0007/PE, Relator Min. RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO, Decisão de 5/9/2012, publicada no DJE de 27/9/2012).

No mesmo sentido tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. HIPÓTESES. INCISO I DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONTRA A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. FRAGILIDADE EVIDENTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMUTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. PRIMAZIA DO DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A revisão criminal retrata o compromisso do nosso Direito Processual Penal com a verdade material das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados. 2. Em matéria penal, a densificação do valor constitucional do justo real é o direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). É dizer: que dispensa qualquer demonstração ou elemento de prova é a não culpabilidade (que se presume). O seu oposto (a culpabilidade) é que demanda prova, e prova inequívoca de protagonização do fato criminoso. 3. O polêmico fraseado 'contra a evidência dos autos' (inciso I do artigo 621 do CPP) é de ser interpretado à luz do conteúdo e alcance do Direito Subjetivo à presunção de não culpabilidade, serviente que é (tal direito) dos protovalores constitucionais da liberdade e da justiça real. 4. São contra a evidência dos autos tanto o julgamento condenatório que ignora a prova cabal de inocência quanto o que se louva em provas insuficientes ou imprecisas ou contraditórias para atestar a culpabilidade do sujeito que se ache no polo passivo da relação processual penal. Tal interpretação homenageia a Constituição, com o que se exalta o valor da liberdade e se faz justiça material, ou, pelo menos, não se perpetra a injustiça de condenar alguém em cima de provas que tenham na esqualidez o seu real traço distintivo. 5. Ordem concedida."* (Habeas Corpus nº 92435/SP, Relator Min. CARLOS AYRES BRITTO, Julgado em 25/3/2008, Primeira Turma, Publicado em 17/10/2008).

Além disso, cabia ao órgão acusador o ônus probatório da materialidade e da autoria do crime, haja vista ter o Acusado em seu favor a presunção constitucional de inocência.

Dessa forma, não havendo certeza quanto aos fatos, que é a verdade que se persegue no processo penal, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, haja vista as provas produzidas no presente caso serem insuficientes para a condenação do Acusado.

Não há, assim, como impor ao civil JEUVANDO a condenação pelo crime de desacato, nos termos do art. 299 do CPM, diante da falta de provas.

Ante o exposto, nego provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a Sentença absolutória recorrida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União, para processar e julgar o feito; em rejeitar, por maioria de votos, a segunda preliminar defensiva, de inconstitucionalidade do art. 90-A da Lei nº 9.099/95; no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a sentença absolutória recorrida.

Brasília, 22 de maio de 2013 – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
APELAÇÃO Nº 84-77.2011.7.01.0201-RJ

Votei vencido, divergindo da douta maioria, ao acolher a preliminar defensiva de inconstitucionalidade parcial da vedação contida no art. 90-A da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, para desconstituir a Sentença e o processo desde o recebimento da Denúncia e determinar a remessa dos autos ao Órgão Ministerial de 1ª instância, para que pudesse se manifestar em relação à providência contida no art. 76 da Lei nº 9.099/95 (proposta de transação penal) e, posteriormente, se fosse o caso, quanto à providência constante do art. 89 da referida Lei (proposta de *sursis* processual).

É importante ressaltar que, naquele momento, esta Corte ainda não havia se pronunciado sobre o mérito do feito. Portanto, ainda não era do meu conhecimento que a absolvição do Acusado seria mantida.

Por esses motivos, apesar de meu entendimento ter ficado prejudicado pela posterior absolvição do Acusado por esta Corte, acolhi a referida preliminar arguida pela Defesa do civil JEUVANDO BEZERRA VITORIANO.

Conforme é cediço, a transação penal e o *sursis* processual são institutos despenalizadores inseridos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito dos Estados, em cumprimento à determinação constante do art. 98 da Constituição da República.

A transação penal, em linhas gerais, consiste na proposta por parte do Ministério Público de uma pena não privativa de liberdade ao agente indicado como suposto autor de infração penal de menor potencial ofensivo, assim considerada aquela cuja pena máxima não exceda a 2 (dois) anos (art. 61 da Lei nº 9.099/95). Se aceita pelo suposto autor do fato, a transação é homologada pelo juiz e o processo penal não é deflagrado (art. 76 da Lei nº 9.099/95).

O *sursis* processual, também de iniciativa do Ministério Público, consiste na proposta de suspensão condicional do processo ao acusado da prática de crime cuja pena mínima não exceda a 1 (um) ano. A proposta é feita por ocasião do oferecimento da denúncia, a teor do que dispõe o art. 89 da referida lei. Se aceita pelo acusado, o processo é suspenso por 2 (dois) a 4 (quatro) anos e, após o cumprimento das condições, é declarada a extinção da punibilidade do agente (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

A despeito da existência de entendimentos acerca da possibilidade de concessão daqueles benefícios pelo juiz, de ofício ou mediante provocação do interessado, prevalece o entendimento segundo o qual a proposta deve ser de iniciativa do Ministério Público, como titular da ação penal.

Interessante, nesse sentido, é a posição do Supremo Tribunal Federal. Ao tratar da proposta de *sursis* processual, sedimentou que incumbe ao Ministério Público a palavra final sobre o assunto, mesmo quando o magistrado discorda de seu posicionamento. É o que se depreende do enunciado da Súmula nº 696, *in verbis:*

> *"Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal."*.

No âmbito desta Corte, sempre prevaleceu o entendimento contrário à adoção dos dispositivos da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares, muito embora o Supremo Tribunal Federal, antes da publicação da Lei nº 9.839/99, reconhecesse a possibilidade de incidência daqueles institutos despenalizadores nos feitos da Justiça Militar, inclusive abrangendo os crimes propriamente militares, *in verbis*:

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. HOMICÍDIO CULPOSO. CPM, ART. 206. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: LEI 9.099/95, ART. 89. I. - Aplica-se ao processo militar o art. 89 da Lei 9.099/95, que prevê a suspensão condicional do processo (ou* sursis *processual). Precedentes: RHC 74.547-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, 'DJ' 20/5/97; HC 75.706-AM, Min. Maurício Corrêa, 'DJ' 19/12/97. II. - HC deferido".* (Habeas Corpus nº 77.037/AM, Relator o Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, 16/6/1998. DJ de 14/8/1998).

A posição do Superior Tribunal Militar ganhou força a partir da publicação da Lei nº 9.389/99, que acrescentou o artigo 90-A à Lei nº 9.099/95, determinando a vedação da incidência desta Lei aos crimes militares, nos seguintes termos: *"as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar"*.

Como o mencionado art. 90-A não excepciona o crime militar praticado por civis, esta Corte firmou o posicionamento segundo o qual aquela determinação legal obsta, de forma genérica, a aplicação dos institutos da transação penal e do *sursis* processual no âmbito da Justiça Militar da União, independentemente da situação jurídica do agente (militar ou civil) e da natureza do crime praticado (propriamente militar ou impropriamente militar).

O fundamento constante das decisões desta Corte reside na especificidade da natureza dos bens jurídicos tutelados na órbita penal militar, em especial a hierarquia e a disciplina, incompatíveis com os referidos institutos despenalizadores. É o que se depreende dos julgados abaixo transcritos:

> *"HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CRIME PRATICADO POR CIVIL CONTRA MILITAR EM SERVIÇO. OCUPAÇÃO DO EXÉRCITO EM MISSÃO DE PACIFICAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI Nº 9.099/1995) COM OS PRECEITOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (...) Os dispositivos contidos na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) são incompatíveis com os princí-*

pios da hierarquia e da disciplina, os quais se fazem presentes nos bens jurídicos tutelados pela norma penal castrense (...) Ordem denegada. Decisão unânime." (Habeas Corpus n° 4-30.2012.7.00.0000/RJ, Relator o Min. Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, julgado em 15/2/2012).

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA. NULIDADE. (...) A norma contida no art. 90-A, da Lei nº 9.099/95, estabelecendo a sua não aplicação ao jurisdicionado da Justiça Militar, tem como sua razão de ser a natureza dos bens jurídicos tutelados na órbita penal militar, inexistindo qualquer razão para excepcionar da incidência dessa regra o civil que comete crime militar. Denegação da Ordem. Decisão unânime." (Habeas Corpus n° 5-15.2012.7.00.0000/RJ, Relator o Min. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, julgado em 14/2/2012).

A questão até então adormecida volta à discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É o que depreende do registro que ficou consignado incidentalmente nos autos do HC nº 99.743/RJ, (Relator Min. MARCO AURÉLIO). De acordo com a declaração *obiter dictum* dos Ministros LUIZ FUX, AYRES BRITTO e CELSO DE MELLO, foi reconhecida a *"inconstitucionalidade da norma que veda a aplicação da Lei n. 9.099 ao civil processado por crime militar"*.

É certo que aquela vedação legal está em consonância com as peculiaridades da vida na caserna, pois não é possível vislumbrar uma transação penal ou outra proposta tendente a mitigar os princípios norteadores das atividades militares – hierarquia e disciplina. No entanto, é necessário discutir a razoabilidade do afastamento da incidência daqueles benefícios legais dos civis, uma vez que estes não se subordinam às exigências que a condição de militar impõe. Sua situação jurídica é diferente!

A isonomia está presente de forma reiterada em nosso texto constitucional, como princípio norteador da atividade legislativa. Ela obriga o legislador à elaboração de normas iguais para as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica.

Interessantes, nesse sentido, as lições de CANOTILHO (*in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 382), destacando o seguinte:

"(...) quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situa-

ções de fato iguais ou igual regulação de situações de fato desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária".

Com efeito, na hipótese em que um civil pratica desacato contra um militar das Forças Armadas que exerce atividade voltada para a garantia da ordem pública, deveria ser conferido àquele civil o mesmo tratamento que teria na hipótese de ter dirigido suas ações contra um policial civil ou federal, sob pena de lesão ao princípio da isonomia.

Mas não é isso que vem ocorrendo, em razão da restrição genérica imposta pelo art. 90-A da Lei nº 9.099/95 e acatada pelo Superior Tribunal Militar. Tratar genericamente de situações que demandam tratamento individualizado caracteriza inequívoca ofensa ao princípio da isonomia, com reflexos diretos e significativos sobre a almejada proporcionalidade.

Exemplificando: se em determinada operação conjunta realizada no complexo do Alemão estivessem presentes um militar do Exército, o Secretário de Segurança Pública e o Chefe de Polícia Civil, e um civil resolvesse, deliberadamente, desacatar somente aquelas autoridades civis do Estado do Rio de janeiro, seria lavrado um termo circunstanciado pelo crime previsto no art. 331 do Código Penal (com dispensa da formalização do flagrante delito, em razão da pena aplicada ao crime, de 6 meses a 2 anos), que seguiria para o Juizado Especial Criminal, onde seria possível a proposta de transação penal (em razão da pena máxima igual a 2 anos) e, posteriormente, a proposta de *sursis* processual (em razão da pena mínima menor que 1 ano). Se o desacato fosse dirigido ao militar, independente de seu posto ou graduação, o civil seria preso em flagrante delito, sem direito à transação penal e ao *sursis* processual.

Os exemplos indicam que a opção pelo desacato àquelas autoridades civis traz para o agente uma gama de benefícios penais que ele não teria se a vítima do desacato fosse o militar do Exército, em razão das restrições impostas pelo artigo 90-A da Lei nº 9.099/95. Nesse caso, fica evidente que o tratamento dispensado pelo legislador infraconstitucional para situações muito semelhantes é totalmente distinto e desproporcional.

Imaginemos ainda a hipótese de uma operação conjunta supervisionada pelo Ministro da Defesa: enquanto um simples soldado aborda um civil, este resolve demonstrar seu descontentamento por meio do desacato. Se tivesse frieza e perspicácia no momento de optar por sua vítima, a quem dirigiria suas ofensas, considerando a restrição da incidência dos institutos da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares?

A problemática envolvendo o princípio da isonomia em relação aos aspectos da Lei nº 9.099/95 já foi objeto de calorosos debates entre os operadores do Direito e guarda relação com os exemplos acima citados, o que culminou em outra alteração daquela Lei. Isso porque a redação original do art. 61 estabelecia que as infrações de menor potencial fossem assim consideradas quando a pena máxima não excedia a 1 (um ano), *in verbis*:

> *"Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima* ***não superior a um ano****, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial."* (Grifo nosso).

Por ocasião da criação dos Juizados Especiais Federais, a Lei nº 10.259/01 estabeleceu o seguinte conceito para as infrações de menor potencial ofensivo no âmbito da justiça federal:

> *"Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.*
>
> *Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei* ***comine pena máxima não superior a dois anos****, ou multa."* (Grifo nosso).

A partir de 2001, portanto, o ordenamento jurídico passou a conviver com dois conceitos de infração de menor potencial: aquele do art. 61 da Lei nº 9.099/95, para as infrações penais com pena máxima até 1 (um) ano; e aquele do art. 2º da Lei nº 10.259/01, para as infrações penais com pena máxima até 2 (dois) anos. Com efeito, para o agente que praticava crime de competência da justiça comum, o alcance da norma era menor, ao passo que o agente que cometia crime de competência da justiça federal tinha mais possibilidade de ser contemplado pelos benefícios penais.

O problema, nesse caso, residia na distinção de tratamento prevista no art. 2º da Lei nº 10.259/01, ocasionando algumas aberrações jurídicas, considerando que estabeleceu uma definição legal diversa daquela já sedimentada na jurisprudência e na doutrina acerca do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Exemplificando: um desacato praticado contra um policial civil sujeitava o agente à prisão em flagrante sem direito ao benefício da transação penal, ao passo que o desacato contra um policial federal gerava o

simples registro de um termo circunstanciado, com dispensa do flagrante delito e com a possibilidade do benefício da transação penal.

À época, antecipou-se a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer, por unanimidade, que deveria ser ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo no âmbito da Justiça Estadual, em isonomia às regras estabelecidas para os Juizados Criminais Federais, *in verbis*:

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 DA LEI DE TÓXICOS. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL LESIVO. TRANSAÇÃO PENAL. LEI Nº 10.259/01 E LEI Nº 9.099/95. I – Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito. II – Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. Ordem concedida."* (Habeas Corpus nº 25195/SP. Relator o Min. Felix Fischer, 5ª Turma, Julgamento em 27/5/2003, DJ de 30/6/2003, p. 274).

Com a publicação da Lei nº 11.313/06, estabelecendo um conceito único para as infrações penais de menor potencial ofensivo, findaram-se aquelas discussões. A nova redação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 assim passou a dispor:

> *"Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."*.

Com o tempo, a jurisprudência foi se consolidando no sentido de reconhecer que o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo (infração penal com pena máxima até dois anos) deveria ter incidência também no âmbito dos juizados estaduais, com fundamento nos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A partir desse histórico, que culminou com a alteração da Lei nº 9.099/95 no tocante à definição das infrações de menor potencial ofensivo, é possível estabelecer uma linha de raciocínio coerente e pertinente para os feitos submetidos à justiça castrense envolvendo os civis.

Aqui, o princípio da isonomia também deve ser o farol, sinalizando para a conclusão segundo a qual a restrição genérica estabelecida por meio da Lei n° 9.389/99, que acrescentou o art. 90-A à Lei nº 9.099/95, deve sucumbir diante da Constituição da República.

Isso porque a esfera jurisdicional não pode servir de critério determinante para a incidência dos institutos despenalizadores. O *discrimen*, nesse caso, deve levar em conta a situação do agente e não a natureza do crime (militar ou civil). Aceitar tratamento distinto para situações muito semelhantes configura verdadeira agressão à isonomia constitucional, por permitir que o *status* de militar da vítima possa influir nos benefícios legais que serão alcançados pelo agente civil. Diante dessa evidente contradição legislativa, cabe ao intérprete afastar a incidência da indesejada discriminação. Nesse sentido, destaca-se o oportuno registro de LUIZ FLAVIO GOMES:

> *"Não se pode admitir o disparate de um desacato contra policial federal ser infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras respectivas) e a mesma conduta praticada contra um policial militar não o ser. Não existe diferença valorativa dos bens jurídicos envolvidos. O valor do bem e a intensidade do ataque é a mesma. Fatos iguais, tratamento isonômico."* (GOMES, Luiz Flávio. *Lei dos Juizados Especiais Federais* (10.259/2001): Aspectos Criminais (WUNDERLICH, Alexandre. org. *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 223/235).

Assim, pelos mesmos fundamentos invocados nas discussões que culminaram na alteração do conceito de infração de menor potencial ofensivo, não existe razão plausível para a exclusão dos civis da incidência dos institutos da Lei nº 9.099/95. A caracterização do crime militar, que desloca a competência do julgamento dos civis para a Justiça Militar da União, seja pela natureza das atividades desempenhas no Complexo do Alemão seja pelo contexto fático de outras ações praticadas em tempo de paz, não pode constituir obstáculo para a incidência dos benefícios penais que o agente faria jus em outra instância penal.

Interessantes as observações de GERALDO PRADO quando aborda a questão do réu que goza do foro por prerrogativa de função e, por essa razão, não pode ser julgado no âmbito do Juizado Especial Criminal, *in verbis*:

> *"Se o réu gozar de foro por prerrogativa de função e, portanto, tiver de ser processado e julgado originariamente por um*

> *tribunal, neste tribunal terão de ser aplicadas as 'vantagens' assim concebidas, no caso a conciliação civil com efeitos penais, a transação penal e a suspensão condicional do processo"* (PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 132).

Sustentar que as disposições da Lei nº 9.099/95 não se aplicam no âmbito da Justiça Militar, seja qual for a situação do agente, militar ou civil, configura tendenciosa interpretação destacada do contexto do Estado Democrático de Direito, pois aquela vedação deve incidir somente nos feitos envolvendo acusados militares, diante das especificidades da carreira militar.

Ademais, corolário do princípio da isonomia é o postulado constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República. Em breve síntese, dessa norma constitucional extrai-se que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas, não só de acordo com as circunstâncias dos crimes praticados, mas, especialmente, à luz das características pessoais do agente. O princípio da individualização da pena consiste em tornar individual uma situação genérica, no intuito de distinguir alguém dentro de um contexto. Como leciona EDGAR MAGALHÃES NORONHA (*in Direito Penal: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 250):

> *"O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também a pessoa do criminoso, para individualizar a pena. (...) A pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o Juiz considerar a pessoa de quem praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinqüir, ou a periculosidade.".*

Por essas razões, a restrição imposta por meio da Lei nº 9.839/99, que alterou a Lei nº 9.099/95, impedindo a incidência dos benefícios despenalizadores no âmbito da Justiça Castrense, deve alcançar tão somente os militares acusados da prática de crime militar, uma vez que não existe razão para excepcionar o civil que comete crime militar.

Levando em conta os momentos previstos nas disposições da Lei nº 9.099/95 para as propostas dos benefícios legais objeto do presente estudo, mas com os olhos postos nas especificidades do processo penal militar e nas disposições da Lei de Organização Judiciária Militar, poder-se-ia

esboçar o *modus operandi* da sistemática a ser observada nos feitos da Justiça Militar no tocante à aplicação daqueles benefícios aos civis:

- quanto à transação penal, uma vez proposta pelo Ministério Público Militar e aceita pelo acusado, esta poderia ser homologada pelo Juiz-Auditor, sem a necessidade de convocação dos Conselhos de Justiça, por representar medida que antecede a instauração do processo penal;

- em relação ao *sursis* processual, considerando que o momento da proposta coincide com o oferecimento da denúncia e pressupõe a instauração de processo criminal, com recebimento da denúncia e efetivação da citação do acusado, esta somente poderia ser homologada por decisão do Conselho de Justiça;

- no tocante às atribuições da polícia judiciária militar, em se tratando de crime praticado por civil que se amolde ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, poderia ser adotada a sistemática do termo circunstanciado, conforme as diretrizes estabelecidas pelo art. 69 da Lei nº 9.099/95, *in verbis:*

> *"Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.*
>
> *Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (...)".*

- a exemplo do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, aquele termo circunstanciado evitaria a formalização da prisão em flagrante e dispensaria a instauração de inquérito policial militar (conforme determinado no § 1º do art. 77 da Lei nº 9.099/95). Como estas providências estão inseridas nas atividades secundárias das Forças Armadas, a adoção da nova sistemática teria ainda o condão de permitir a diminuição dos encargos colaterais relacionados às atividades de polícia judiciária militar, viabilizando, por consequência, o exercício de outras atividades relacionadas à segurança.

Diante do exposto, com fundamento no princípio da isonomia, votei pelo reconhecimento do pleito defensivo de inconstitucionalidade parcial do art. 90-A da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, para desconstituir a Sentença e o processo desde o recebimento da Denúncia, e determinar a remessa dos autos ao Órgão Ministerial

de 1ª instância, para que pudesse se manifestar em relação à providência contida no art. 76 da Lei nº 9.099/95 (proposta de transação penal) e, posteriormente, se fosse o caso, quanto à providência constante do art. 89 da referida Lei (proposta de *sursis* processual), devendo ser observado, também, se fosse o caso, o estabelecido no enunciado da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 22 de maio de 2013.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro-Revisor

_____

APELAÇÃO Nº 87-48.2010.7.01.0401-RJ

Relator – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Revisor e Relator p/o Acórdão – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante – Ester do Patrocínio Brito, Civil, condenada à pena de 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 24/7/2012.

Advogado – Dr. Godofredo Nunes Filho, Defensor Dativo.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO. PENSÃO MILITAR DE DESERTOR. AUSÊNCIA DE ELEMENTARES DO CRIME. 1. A pensionista de desertor que deixa de comunicar à Administração Militar que seu ex-marido se reapresentou ao serviço ativo não comete crime de estelionato. 2. A suspensão do pagamento da pensão a pensionista de desertor é de exclusiva responsabilidade, competência e controle da Administração Militar, que não pode repassar a terceiros. ***Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria.***

DECISÃO

A Presidente, na forma do art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, proclamou Decisão, nos termos do voto do Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), dando provimento ao Apelo da Defesa, para reformar a Sentença *a quo* e absolver a Apelante da imputação contida no art. 251 do CPM, com fundamento no art. 439, alíneas "c" e "e", do CPPM. Os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (Relator), Alvaro Luiz Pinto, Marcos Martins Torres e Cleonilson Nicácio Silva davam provimento parcial ao Apelo da Civil Ester do Patrocínio Brito para, mantendo o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, excluir a alínea "b" das condições impostas, mantendo na íntegra os demais termos da Sentença *a quo*, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Relator para Acórdão Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor). O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (Relator) fará voto vencido.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Fernando Sérgio Galvão e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 60ª Sessão, 22/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO, condenada à pena de 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade.

Narra a peça acusatória, *in verbis*:

> *"Segundo restou apurado, em 25 de maio de 2002, o Cb BRITO passou à situação de desertor e ficou agregado à Companhia de Comando da 15ª Brigada de Infantaria Motorizada, por ser militar com estabilidade. Um ano após, o militar fora excluído do serviço ativo do Exército, em virtude de ter completado 1 ano na situação de agregado por motivo de deserção. Em 5 de fevereiro de 2004, a Sra. Ester do Patrocínio, ora denunciada, preencheu requerimento no Comando da 1ª RM (SIP/1), solicitando junto ao Sr. Comandante 5ª RM/15ª DE, onde está enquadrada a SIP/5, a habilitação à pensão do Cb Brito.*
>
> *Em 18 de novembro de 2004, foi expedido o Título de Pensão Militar n° 238/04, da SIP/5, concedendo pensão militar à ora denunciada na condição de 'viúva ficta', a contar de 25 de maio de 2002, com o valor da pensão relativa à remuneração de Cabo.*
>
> *Em 28 de agosto de 2006 o CB Valter apresentou-se, voluntariamente, e foi reincluído ao serviço ativo com o direito de voltar a receber a remuneração a qual fazia jus.*
>
> *Apesar disso, o Chefe do Estado-Maior da 15ª Bda Inf. Mtz, apenas em 20 de outubro de 2008, foi informado a respeito do fato da ora denunciada estar recebendo sua pensão concomitantemente com os proventos do CB Brito (fl.124 anexo 1). A exclusão da ora denunciada se deu em 1º de dezembro de 2008,*

conforme comprova a ficha financeira do referido ano (fl. 210 anexo 1).

Das informações constantes da Perícia Contábil (fls. 32/73) destacou-se que o valor, atualizado, depositado em favor da ora denunciada, no período de 20 de agosto de 2006 a 30 de novembro de 2008, é de R$ 51.748,78 (cinquenta e um mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e oito centavos), a atualização se deu até 29 de janeiro de 2010.

Restou apurado no IPM que a ora denunciada tinha pleno conhecimento da reinclusão do CB Brito no Exército e discernimento suficiente para saber que a pensão que recebia não lhe era devida, sendo que, ao não solicitar o cancelamento da Pensão militar ao seu órgão pagador (SIP/1), teria agido de má-fé, ao manter a Administração Militar em erro (fls. 78/84).

As informações constantes da Quebra de Sigilo Bancário (apenso 1) mostram que houve créditos de salários do Serviço de Inativos e Pensionistas do Exército nos meses de agosto de 2006 a novembro de 2008 e que os valores indevidos somam a quantia de R$ 46.755,20 (quarenta e seis mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e vinte centavos) com valores atualizados em 29/1/2010, o montante é de R$ 51.748,78 (cinquenta e um mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e oito centavos), e que os valores foram retirados por meio de saques, transferências, pagamentos de boletos, faturas bancárias e, ainda, na modalidade débito com o uso de senha pessoal.

Em assim agindo, mantendo a administração militar em erro ao deixar de comunicar que continuava a receber os proventos relativos a sua pensão concomitantemente com os proventos do Cb Brito (omissão que fora o elemento que entrara na formação material do estelionato) com o propósito inequívoco de obter vantagem ilícita, logrando êxito na empreitada, praticou a denunciada, em tese, o crime tipificado no art. 251 do CPM.

Isto posto, requer o Parquet *Militar, uma vez recebida a presente exordial, se proceda a citação da denunciada para se ver processar perante essa Justiça Especializada, até final julgamento, cuja condenação ora se requer."* (fls. 02/04).

Os autos do IPM contêm as seguintes peças principais: Portaria nº 17909-AjG 1.2-IPM determinando a instauração do IPM (fl. 11); Solução de Sindicância (fls. 15/17); cópia de termo de inquirição da testemunha ouvida no IPM, VALTER DA SILVA BRITO (fl. 32); Laudo Pericial (fls.

44/47); Fichas Financeiras (fls. 48/50 e 68/70); Planilha de proventos pagos pelo CPex no período de agosto de 2006 a novembro de 2008 (fls. 51/52 e 71/74); Demonstrativo de Débito atualizado referente ao período de 4 de setembro de 2006 a 29 de janeiro de 2010 (fls. 53/59 e 73/79); Laudo Pericial – Considerações finais (fls. 64/67); Termo de Inquirição da testemunha ESTER DO PATROCÍNIO BRITO (fls. 81/83); Relatório e Conclusão de IPM (fls. 84/90) e Solução de IPM (fl. 92).

Em 22 de março de 2010, os autos foram encaminhados ao Juiz-Distribuidor da 1ª CJM com o Ofício nº 169-DIV/1-JM, pelo Comandante da 1ª Região Militar.

À fl. 95, certidão atestando que nada consta na Justiça Militar da União, em nome da civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO.

O Ministério Público Militar, em manifestação de 13 de abril de 2010, requereu a quebra de sigilo bancário da conta-corrente nº 173.480, agência nº 56.562, em nome da Acusada, com fundamento no art. 1º, § 4º, inciso VI, da LC 105/2001 (fls. 101/102).

Com o Ofício nº 059-Sgte.2, o Comandante da Companhia C, 15ª Brigada Infantaria Motorizada, encaminhou o termo de inquirição referente à testemunha VALTER DA SILVA BRITO (fls. 109/110).

Em 21 de junho de 2010, o Ministério Público Militar ofereceu denúncia, em separado, em desfavor da civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO (fl. 113), que foi recebida pela Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, em 5 de julho do mesmo ano (fl. 115).

Citada, em 12 de julho de 2010 (fl. 119), qualificada e interrogada, a Ré declarou, *in verbis*:

> *"(...) que no período indicado na denúncia estava no Rio de Janeiro* ***e mantinha contato com o Cb Brito****, pois tinham um imóvel em comum; que nesse período o imóvel foi vendido e a ora acusada foi chamada para assinar a escritura; que nunca foi processada anteriormente;* ***que recebeu a pensão de 2004 a 2008; que é verdadeira a imputação que lhe é feita;*** *que na realidade entende que a imputação é verdadeira em parte, que na realidade desconfiava que seu marido tivesse retornado, mas não tinha certeza absoluta;* ***que sabia que não era viúva;*** *que não sabia que seu marido tinha retornado à ativa; que pelo que se lembra, no início de 2002, retornou ao Rio de Janeiro, pois morava antes em Cascavel/PR, e requereu uma pensão na Vara de*

Família, tendo a juíza determinado que fosse descontado 20% dos proventos do Cb Brito; que o Exército comunicou que não poderia fazer o desconto, pois o militar não fazia mais parte do seu quadro, que ele se encontrava na situação de desertor; que através da advogada do Cb Brito, soube que o mesmo se encontrava no exterior, mas a interroganda até hoje não sabe se ele se ausentou do país; que tinha contato com diversos militares e soube que quando o militar é desertor, para o Exército é considerado morto; ***que requereu como viúva ficta o beneficio****, mas foi informada no Paraná que deveria esperar pelo menos um ano;* ***que a pensão foi deferida a partir de 2004; que sabia que o marido tinha retornado em 2006,*** *mas ignorava o fato dele ter voltado ao serviço ativo; que pelo que se lembra em 2006, ao assinar a venda da casa,* ***seu marido comentou que estava detido e tinha que retornar ao batalhão, pois tinha conseguido uma licença apenas para resolver a venda da casa;*** *que voltou a trabalhar em 2005; que de 2002 a 2004 veio morar com sua mãe no Rio de Janeiro e passou a vender cachorro quente, na porta da casa da mãe; que fazia o recadastramento regularmente, sendo que em* ***ago/2008 esteve na SIP e fez o recadastramento, apresentando o contracheque onde constava a sua condição de pensionista do CB Brito;*** *que não sabia que seu marido era desertor, que como disse, morava em Cascavel; que ao chegar ao Rio de Janeiro seu filho teve dengue e ao levá-lo ao HCE, foi comunicado que ele não era mais dependente do Cb Brito, que não constava no sistema o cartão dele; (...) que leu muitos regulamentos;* ***que em ocasiões especiais o acusado tinha contato com o filho****; que acredita que o marido soubesse que ela recebia a pensão como viúva ficta;* ***que seu marido mandava, raramente, uma quantia para a interroganda;*** *que não se lembra de ter dito ao marido para não se preocupar, pois recebia uma pensão; que na realidade as quantias eram encaminhadas ao filho, que pelo que se lembra era de 700 reais; que seu marido, pelo que se lembra, nunca perguntou se a acusada tinha uma fonte de renda e como sustentava o filho; que desde 2005 é funcionária pública; que não soube, oficialmente, quando o marido retornou ao serviço ativo, apenas ao receber o aerograma que cancelava a sua pensão; que ao assinar a escritura não se recorda de ter lido sobre qual era a atividade de seu marido, quando o mesmo foi qualificado; que na sua colocou funcionária pública; que não sabe dizer se o marido permanece no Exército; que já*

fez um requerimento ao Exército no sentido de ser informada se o marido permanece na ativa; que declarou imposto de renda até 2009; que atualmente seu salário de funcionaria pública não alcança a quantia que a obriga a declarar; que entende que não agiu de má fé." (fls. 124/126).

A Defensoria Pública da União, por meio de sua representante, requereu ao Juízo da 4ª Auditoria da 1ª CJM, diante da reticência da Ré em chancelar a Ata pertinente à Audiência de Qualificação e Interrogatório, que fosse designada nova data a fim de que ela fosse reinquirida, sob pena de violar o art. 5º, inciso XXXVIII, letra "a", da Constituição Federal[49] (fl. 133).

Em Despacho de 27 de agosto de 2010 (fl. 134), a Juíza-Auditora indeferiu o pleito defensivo e determinou a inquirição, na qualidade de informante, do filho da Ré, DAVYSON DOUGLAS DO PATROCÍNIO BRITO (fls. 136/137), que, ouvido na 4ª Auditoria da 1ª CJM, declarou, *in verbis*:

> *"(...) que é filho do CB Brito e da acusada; que veio do Paraná para o Rio em 2001, trazido por sua mãe, que a partir desse período passou a ter contatos telefônicos esporadicamente, em torno de uma vez por ano, até 2006; que nesses contatos avisava que estava mandando umas quantias como presente, sendo também dado ao declarante um violão; que quem recebia as quantias encaminhada era sua mãe; que em 2006, foi com sua mãe até o Paraná, pois estava sendo vendida uma casa e havia necessidade da assinatura dela; que pelo que sabe a quantia foi dividida meio a meio; que quem resolveu tudo sobre a venda foi o pai; que pelo que sabe sua mãe nunca ligou para a OM, que quem ligou foi seu pai, pedindo para ela ir ao Paraná; que não sabia que no mesmo dia seria assinado o divórcio, que sabe que sua mãe não assinou os papéis; que sabe que depois de 2006 era feito um depósito de pensão alimentícia; que em 2006 ainda era menor de idade e quem recebia era sua mãe; que sabia que sua mãe também recebia uma pensão como viúva ficta; que*

---

[49] Artigo 5º
XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
a) a plenitude de defesa; (...).

sabia que seu pai tinha ido para os Estados Unidos; que seu pai ligava esporadicamente; que ao retornar, o numero de ligações permaneceu o mesmo; que pelo que se lembra o período que estava seu pai nos Estados Unidos, recebeu o violão; que a partir de 2001, passou a morar com sua mãe e com sua avó; que até hoje recebe pensão alimentícia, que estuda na faculdade Estácio; que tem um pequeno desconto, mas paga mensalidade; que antes da venda da casa no Paraná, ainda em 2006, seu pai passou no Rio de Janeiro, mas não fez qualquer comentário sobre o fato de ter retornado ao Exército; que em torno de 2006 tomou conhecimento, através de um telefonema que seu pai lhe deu, que o mesmo estava detido no quartel; que chegou a comentar com sua mãe que se pai estava detido devido ao fato de ter desertado; que no Paraná o declarante, sua mãe e seu pai viviam numa comunidade de militares; que no Rio o declarante não tinha contato com militares; que quando seu pai retornou dos Estados Unidos ele esteve no Rio e foi até a casa de sua mãe tendo levado o declarante para casa de alguns parentes dele; que conversa de vez em quando com suas primas através de MSN, que não retornou a casa dos parentes de seu pai; que atualmente sua mãe trabalha num consultório dentário da Prefeitura; que pelo que se lembra foi a partir de 2005; que de 2001 a 2004 sua mãe foi merendeira num colégio; que tem certeza que foi seu pai quem ligou para sua mãe informando, em 2006, que seria depositada uma pensão alimentícia para a declarante, que até então pelo que sabe era sua mãe que o sustentava como merendeira; que sua mãe antes tinha comentado que recebia uma pensão como viúva ficta, que pelo fato de seu pai ter desertado, o quartel disse que era normal ela receber a pensão. (...) que em 2006 sua mãe não assinou os papéis do divórcio alegando que gostaria que seu advogado lesse os documentos; que também alegou que o nome dela não estava correto, que até hoje sua mãe não assinou o divórcio.".

Durante a 42ª Sessão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, a Defesa arrolou testemunhas e o Conselho deferiu abertura de prazo para apresentação do respectivo rol. Determinou, ainda, que se oficiasse à OM em que serve o Cb VALTER DA SILVA BRITO, esposo da Acusada, no sentido de requisitar as cópias dos contracheques de 2007 e 2008 e da declaração de imposto de renda, referente ao ano calendário-base 2007/2008 (Ata às fls. 138/140).

A Defensoria Pública da União requereu que fosse juntado aos autos cópia da certidão de casamento da Acusada (fl. 145); certidão expedida pelo Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná – Delegacia da Mulher, certificando que foi registrado, naquela delegacia, comunicação em que a Acusada informa que seu esposo, em 7 de agosto de 2001, saiu de casa, levando consigo seus pertences pessoais e documentos e que, após essa data, ele vem a ameaçando de machucá-la, para que desocupe o local onde mora, e que ele invadiu sua residência e que vem ameaçando, também, sua irmã, Ruth Cruz (fl. 146); procuração e cópia de ação de divórcio (fls. 147/154); procuração da Acusada nomeando como procurador VALTER DA SILVA BRITO, em 8/9/2006, para representá-la em assembleias de condomínio, dentre outros poderes, afetos à parte ideal correspondente a 50% do imóvel que possui em comum com seu marido (fls. 155/156) e contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel (fls. 157/159).

Em nova manifestação, à fl. 160, a Defensoria Pública da União apresentou rol de testemunhas a serem ouvidas em Juízo.

Com o Ofício nº 551-Sgte.5, o Comandante da Companhia de Comando da 15ª Brigada de Infantaria Motorizada encaminhou à Auditoria as fichas financeiras, referentes aos anos de 2007 a 2010, bem como as cópias das declarações de Imposto de Renda do Cabo VALTER DA SILVA BRITO, marido da Acusada, informando, ainda, que as cópias dos contracheques foram substituídas pelas fichas financeiras por conter os mesmos dados equivalentes àqueles (fls. 164/183).

As testemunhas arroladas pela Defesa declararam, *in verbis*:

LUIZ GUILHERME PEREIRA DOS SANTOS (fls. 195/196):

> *"(...) que foi procurado pela acusada que pelo que se lembra em 2006, tendo a mesma dito que tinha recebido um telefonema do marido, pois seria vendida uma casa, que ambos tinham em Cascavel/PR; que a acusada foi até lá, tendo sido realizada a venda, (...) que não sabe informar se houve alguma separação de corpos, mas pelo que se lembra existia uma pensão oferecida ao filho; que pelo que se lembra o pai ligava para o filho no aniversário e no final de ano, e nunca ouviu dizer que ele desse qualquer quantia; que notou que quanto à pensão Ester não tinha profundo conhecimento sobre o assunto; que ouviu dizer que Ester foi ao Exército algumas vezes fazer recadastramento; que nunca ouviu falar que tenha acontecido separação*

de corpos, nem oferecimento de pensão por parte do Cb Brito. (...) que ouviu dizer que o Cb Brito estava desaparecido, que lhe foi dito pela própria Ester; que afirmou não saber o paradeiro do marido; que Ester não comentou se o marido estava ou não reengajado, nem que ao assinar a escritura de compra e venda se o marido tinha estado ou não preso no Exército; que pelo que sabe Ester só soube que ele tinha retornado ao Exército, quando a mesma recebeu uma carta informando a suspensão da pensão. (...) que não conhece o Cb Brito; que conhece a família de Ester, os irmãos; que não sabe informar se Ester se casou no Rio; que não se lembra de ter visto a escritura de compra a venda; que não prestou o serviço militar obrigatório; que na realidade viu a escritura de compra e venda; que sabia que o marido era do Exército; que não sabe informar se Ester recebia ou não pensão do Cb Brito; que Ester disse que sustentava o filho com a ajuda dos parentes e que fazia bijuterias e vendia cachorro quente na casa dos pais, mas nunca viu qualquer bijuteria ou a mesma vender cachorro quente; que só veio a ter contato com a família de Ester no ano de 2000; que antes disso só tinha contato com uma irmã da acusada; que ficou sabendo que a esposa de todo o desertor tem direito a pensão, apesar de não ter atuado na área.".

RUTH CILENE DO PATROCÍNIO CRUZ RIBAS (fls. 197/198):

"(...) que pelo que se lembra sua irmã foi viver na casa da mãe em 2001; que sua irmã veio morar com a mãe, pois não tinha condições de residir com o Cb Brito, existindo, inclusive, risco de vida; que vindo de Rondônia passou no Paraná e pode constatar que sua irmã estava passando por uma situação difícil, inclusive com risco de agressões, tanto assim que ficou no Paraná, junto com seu marido, mais tempo que pretendia para dar apoio a irmã, que num dos dias ao entrar na casa com a irmã, viu o Cb Brito deitado no sofá, que o mesmo alegou que de lá não sairia, aí telefonaram para o Cmt, que mandou uma viatura; que na OM prestaram depoimento a declarante, seu marido, sua irmã e o Cb Brito; que nessa oportunidade o Cb Brito não morava no apartamento que era uma OM do Exército, tendo o Cmt declarado que ele teria que dar uma pensão ao filho, que a época o menino tinha 9 anos; que pelo que sabe o Cb Brito apesar de não ter gostado da determinação cumpriu a mesma; que posteriormente quando sua irmã veio para o Rio teve que ingressar com pedido de pensão na justiça e ao ser informada que esse pedido deveria

ser dirigido ao Exército, tomou tal providência, tendo sido informada que o Cb Brito não fazia mais parte dos seus quadros; ***que o Cb Brito telefonava esporadicamente para o filho e dizia que estava nos Estados Unidos, mas a declarante entendia que não se podia acreditar no que estava sendo dito; que sabe que o Cb Brito esteve no Rio,*** *não sabendo se antes da venda da casa ou depois; que o Cb Brito ao vir ao Rio disse que era empresário, que tinha várias casas e vários carros; que acredita que o filho tivesse entre 16 e 17 anos quando o Cb Brito veio ao Rio, tanto assim que o Cb Brito queria colocá-lo como sócio de uma empresa, mas isso não ocorreu;* ***que o Cb Brito quando ligava para o filho, nunca indicou qualquer endereço;*** *que não se lembra se sua irmã comentou que o Cb Brito tinha estado preso no Exército quando foi assinar a escritura de compra e venda;* ***que acompanhou sua irmã quando a mesma requereu a pensão do Exército,*** *tendo o militar dito que ela deveria requerer a pensão, pois para o Exército ele estava morto; que não foi dito que se o Cb Brito aparecesse a pensão seria suspensa; que meses antes da efetiva suspensão da pensão,* ***sua irmã fez recadastramento e atualizou endereço****; (...); que sua irmã só tomou conhecimento que o Cb Brito tinha voltado para a ativa, quando foi suspensa a pensão; que a acusada se dirigiu ao Exército para saber qual o motivo do corte do pagamento; que sempre pedem orientação ao Dr. Luiz Guilherme sobre assuntos jurídicos, mas não foi ele quem disse que sua irmã tinha direito a pensão; que podem ter conversado sobre o fato com ele. (...); que entende que a sua irmã poderia pedir a pensão no Exército para ela, pois continuava casada com o Cb Brito, apesar de separada de fato, tendo inclusive dado uma entrada na justiça com pedido de separação de corpos; (...) que pelo que se lembra o resultado da venda do imóvel do Paraná foi dividido; que sua irmã quis abrir mão de sua parte para comprar um imóvel para o filho, mas o Cb Brito não concordou; (...) que antes de vir para o Rio a acusada residiu no seu imóvel, que já tinha sido desocupado, pelo inquilino, tendo ficado no imóvel por cerca de 5 meses;".*

Na fase do art. 427 do CPPM, o Ministério Público Militar requereu (Fls. 202/203), in *verbis*:

> *"(...) Considerando que a Acusada é funcionária pública, requer a vinda de cópias autenticadas da íntegra de seus registros funcionais, inclusive, dos valores recebidos desde seu ingresso.*

2) Requer a expedição de ofício à OM do CB BRITO, intimando o mesmo a encaminhar os comprovantes da contribuição mensal que afirmou ter realizado a favor do filho, para o sustento do mesmo de 2001 a 2006, até porque, alega desconhecer que a Acusada recebia pensão.

3) Na ata de fls. 139 foi determinada a vinda dos contracheques, requer assim a complementação da diligência, para que inclua o ano de 2006.

4) A expedição de ofício ao Cartório de Cascavel para a vinda escritura de venda do imóvel do casal conforme consta das fls. 155/159.

5) Considerando o documento juntado pela Defesa às fls. 146 requer a expedição de ofício à Delegacia da Mulher de Cascavel para que encaminhe cópia autenticada da íntegra de qualquer procedimento envolvendo a Acusada e o CB BRITO, devendo ser informado no ofício a qualificação dos dois.

6) Requer, considerando o contido nos autos da QSB que o banco informe os beneficiados pelos TEFs, conforme fls. 23 do Apenso 1.

7) Requer, ainda, considerando que os autos visam a determinar o conhecimento da Acusada quanto ao recebimento indevido da pensão, que a quebra de sigilo seja desde a separação de corpos, ou seja, 2001, é que devemos identificar se a mesma já recebia pensão antes da deserção, se tal foi suspenso; transferências de dinheiro que o marido tenha realizado para arcar com as despesas do filho; a frequência das mesmas etc. No caso de deferimento, requer desde logo a realização de perícia para apurar e identificar os depósitos e possíveis fluxos entre contas. O banco deve de qualquer sorte informar se há aplicações e/ou poupança ou outros investimentos, encaminhando os extratos no período deferido para a quebra, mesmo quanto ao período já deferido pelo Juízo, até mesmo porque não foi identificado nos extratos encaminhados montante obtido com a venda da casa." (fl. 203).

Em Decisão proferida em 26 de outubro de 2010, a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, após analisar o requerimento do MPM, indeferiu os itens 4 e 5 por entender que tais diligências em nada acrescentariam aos autos além do que foi dito pelas testemunhas; deferiu os itens 1, 2 e 3 quanto ao ano de 2006; deferiu, ainda, os itens 6 e 7, devendo ainda ser oficiado ao Banco Itaú para complementação da quebra de sigilo bancário, já deferida por decisão de 28/4/2010 (fl. 212).

Às fls. 226/229, foram juntados os comprovantes mensais de rendimentos de VALTER DA SILVA BRITO, encaminhados por meio do Ofício nº 693-Sgte.2, pelo Comando da 15ª Brigada de Infantaria Motorizada (fl. 225).

Mediante o Ofício nº PGM/GAB/CCC 1311 (fl. 232), o Procurador-Geral do Município de Duque de Caxias, cumprindo diligência requerida pelo MPM, encaminhou as cópias autenticadas dos registros funcionais de ESTER DO PATROCÍNIO CRUZ, que foram anexadas às fls. 236/325.

Em nova manifestação (fl. 329), o *Parquet* requereu ao Comando da 15ª Brigada Motorizada que informe os dados da conta bancária onde foram creditados os valores atinentes à pensão judiciária (Z99) que constam das fichas financeiras de fls. 165/166, em favor de DAVYSON DOUGLAS DO PATROCÍNIO BRITO, e a vinda dos extratos da referida conta, atinentes ao período de março de 2007 a dezembro de 2008, o que foi deferido pelo Juízo da 4ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 333) e atendido conforme o Ofício nº 016-OPIP/15, do Comando da 15ª Brigada de Infantaria Motorizada (fl. 335).

Em 28 de março de 2011, o Supremo Tribunal Federal encaminhou telex ao Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, bem como cópia da Medida Cautelar em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor da Acusada, no qual o Ministro CELSO DE MELLO deferiu o pedido para suspender, cautelarmente, o andamento do processo-crime nº 87-48.2010.7.01.0401, por ausência de intimação pessoal quanto à data da sessão de julgamento do *Habeas Corpus*, impetrado pela DPU em favor da Acusada, e determinar que outro julgamento seja realizado, com prévia e pessoal intimação do Defensor Público da União (fls. 346/359).

Em Despacho de 14 de maio de 2012, o Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, considerando o contido no Ofício 354/2011-DPU/RJ, o qual informa que não há Defensor Público Federal designado para o Juízo, nomeou o Dr. Godofredo Nunes Filho para atuar na defesa dativa da Acusada ESTER DO PATROCÍNIO BRITO (fl. 387).

Em Alegações Escritas (fls. 392/394), o Representante Ministerial, diante do exposto e por todas as provas que foram produzidas no curso da presente ação penal, requereu a condenação da Ré pela prática do delito constante no art. 251 do CPM.

A Defesa, por sua vez, após aduzir que o depoimento da Acusada guarda coerência com o das testemunhas, postulou pela sua absolvição, na forma do art. 439, alínea "e", do CPPM. Em segunda opção, não

sendo o caso entendido como de absolvição, requereu seja-lhe aplicada a pena no grau mínimo, concedendo-lhe o benefício do *sursis* (fls. 396/397).

Em Sessão de 24 de julho de 2012, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, condenou a civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO à pena de 2 (dois) anos de reclusão, com base no artigo 251 do CPM, concedendo o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos e o direito de apelar em liberdade (Ata às fls. 401/402).

É da Sentença (fls. 404/412):

> *"(...) A acusada Ester faltou com a verdade ao informar que não tinha qualquer contato com o Cabo Brito, já que o mesmo compareceu pessoalmente para assinar uma escritura referente a uma casa de ambos no Paraná, bem como se comunicava esporadicamente com o filho que era menor.*
>
> *Ao comparecer, o Cabo Brito disse que estava detido, tendo a acusada recebido um aerograma do Exército Brasileiro, informando que o citado militar tinha se apresentado voluntariamente no dia 28 de agosto de 2006.*
>
> *O MPM ressaltou a má-fé da acusada ao ingressar com o pedido de pensão como viúva ficta e o recebimento de dupla pensão.*
>
> *Em correspondência ao Chefe do Estado-Maior às fls. 135 do anexo I, Ester alega que conseguiu uma pensão de viúva ficta, pois o pai se mudara para o exterior e, posteriormente, disse não saber se o marido tinha ido ou não para o exterior.*
>
> *Ester, na realidade, omitiu à SIP/1 o conhecimento da reinclusão ao serviço ativo de seu marido, pois tal informação anularia sua pensão militar.*
>
> *Em razão dessa omissão, a acusada, que é funcionária pública, ensejou em benefício próprio a obtenção de uma vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar.*
>
> *O Cabo Brito tinha sido reincluído ao Exército Brasileiro em 28 de agosto de 2006, como se vê às fls. 136 do anexo I o recebimento do aerograma com a assinatura da acusada aposta no mesmo.*
>
> *O filho do casal, Davyson, disse saber que a mãe recebia pensão em seu nome, e a exclusão da ré só ocorreu em dezembro de 2008, quando o Chefe do Estado-Maior tomou conhecimento de que a Ester recebia pensão concomitantemente com os proventos do Cabo Brito.*
>
> *De dezembro de 2006 a novembro de 2008 a acusada recebeu R$ 51.748,78 (cinquenta e um mil, setecentos e qua-*

renta e oito reais e setenta e oito centavos), quantia atualizada até 29 de janeiro de 2010.

As demonstrações de créditos do Serviço de Inativos e Pensionistas do Exército encontram-se no Apenso I.

Está provado o estelionato (artigo 251, do CPM), pois Ester manteve a Administração Militar em erro ao deixar de comunicar que continuava recebendo os proventos do Cabo Brito e a sua pensão, obtendo, destarte, uma vantagem ilícita.

A acusada é ré primária, pelo que o Conselho Permanente de Justiça resolve, por unanimidade de votos, julgar procedente a denúncia para CONDENAR a civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO à pena de dois anos de reclusão com base no artigo 251 do Código de Penal Militar. O Conselho, ainda, concede o benefício do sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, considerando-se a primariedade da ré, e o direito de apelar em liberdade.

O benefício da suspensão condicional do cumprimento da pena privativa de liberdade, por 2 (dois) anos, obriga a apenada ao cumprimento das seguintes condições:

a) apresentar-se, trimestralmente, ao juízo da execução da pena;
b) manter ocupação lícita, não retornando à residência após às 22 horas;
c) não se ausentar do território da jurisdição do Juízo, sem prévia autorização;
d) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender, salvo em serviço;
e) não mudar de residência, sem prévio aviso à autoridade competente;
f) não frequentar casas de bebidas alcoólicas".

À fl. 413, consta o Termo de Audiência Admonitória.

Em Sessão de 30 de julho de 2012, estando presentes a Ré, o MPM e a Defesa, foi lida e publicada a Sentença e, em seguida, assinado o Termo de Audiência Admonitória (fl. 415).

Irresignado, recorre, tempestivamente, o Defensor Dativo (fl. 416), com razões às fls. 418/420.

Alega que a Acusada reconhece, em parte, como verdadeira a imputação que lhe é feita; que não sabia que seu marido tinha retornado nem que não sabia que não era viúva; que requereu, como viúva ficta, em Juízo de Família, pensão que lhe foi deferida no valor correspondente

a 20% dos vencimentos de Cabo; que a pensão foi requerida a partir de 2004 e que ignorava que o marido tivesse voltado ao serviço ativo. Aduziu que o depoimento da Acusada *"guarda coerência"* com o das testemunhas.

Requereu, por fim, considerando a primariedade da apelante ESTER DO PATROCÍNIO BRITO, as alegações escritas e as razões da Defesa em sede de sustentação oral, a reforma do decreto condenatório e, por consequência, sua absolvição, com fulcro no art. 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (fls. 419/420).

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar, após aduzir que a Apelante enganou a administração militar, fazendo-se passar por *viúva ficta,* e, em um segundo momento, manteve-a em erro ao omitir o retorno do Cabo BRITO, com o único intuito de continuar a receber pensão a que não fazia jus, requereu a manutenção da sentença condenatória (fls. 424/426).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 436/437, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. ROBERTO COUTINHO, diante da omissão dolosa da Ré a respeito do retorno do Cabo BRITO, para continuar a receber a pensão militar como "viúva ficta", manifesta-se pelo desprovimento do apelo interposto.

É do Parecer:

> *"(...) Condenada por ter percebido indevidamente, no período de agosto de 2006 a dezembro de 2008, pensão militar na condição de viúva ficta, a civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO apela tempestivamente (fls. 414/416) a esse eg. Tribunal, postulando sua absolvição com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM (fls. 419/420).*
>
> *Sem razão, contudo.*
>
> *Após a deserção de seu ex-marido, o Cabo do Exército Valter da Silva Brito, a ré, em fevereiro de 2004, habilitou-se para o recebimento de pensão militar na condição de viúva ficta.*
>
> *Ocorre que, em agosto de 2006, o militar apresentou-se voluntariamente e foi reincluído no serviço ativo do Exército, passando a receber novamente o soldo respectivo.*
>
> *A apelante, então, foi procurada pelo ex-marido para regularizar a partilha de um imóvel do casal e efetivar o divórcio.*
>
> *E é ela própria quem confirma tal informação quando ouvida em Juízo, ao reconhecer que 'sabia que o marido tinha re-*

tornado em 2006' (fl. 125), deixando, contudo, de comunicar a Administração Militar do levantamento de sua condição de viúva ficta.

Além disso, a acusada ainda confirmou ter comparecido à SIP em 2008 para efetuar o recadastramento da pensão, 'apresentando o contracheque onde constava a sua condição de pensionista do CB Brito' (fl. 125).

Não o suficiente, seu filho, também em Juízo, afirmou que a apelante percebeu, por certo tempo, concomitantemente, a pensão militar e a pensão alimentícia paga pelo militar do Exército (fls. 136/137).

Diante, portanto, da omissão dolosa da ré a respeito do retorno do Cabo Brito para continuar a receber a pensão militar como viúva ficta, parece correta sua condenação pela prática de estelionato, razão pela qual a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo desprovimento do apelo interposto.".

O ilustre Defensor Dativo foi intimado de que o feito está em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se de Apelação interposta pela Civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO, condenada à pena de 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas razões recursais (fls. 418/420), a Defesa aduziu, em síntese, que não existe qualquer prova de que a Acusada tenha efetivamente agido com dolo de fraudar, pois desconhecia o momento do retorno do ex-marido ao serviço ativo e se havia sido condenado ou não pelo crime de deserção.

Em suas contrarrazões (fls.424/426), o Ministério Público Militar alegou que restou comprovada a fraude perpetrada pela Apelante, em razão de não ter avisado à Administração Militar o retorno do marido ao serviço ativo do Exército e de seu novo estado civil de "divorciada", tendo continuado a receber a pensão militar como se "viúva ficta" fosse.

Assiste razão à Apelante. A autoria que lhe foi imputada na Denúncia não restou comprovada.

Em 2001 (fls. 229/231, Anexo 2), o Cabo VALTER DA SILVA BRITO, à época marido da Apelante, requereu a separação de corpos na Vara de Família de Cascavel/PR por não mais desejar a convivência.

Posteriormente, o Cabo BRITO propôs a Ação de Oferecimento de Pensão Alimentícia (fls. 232/237, Anexo 2) em favor do filho menor DAVYSON DOUGLAS DO PATROCÍNIO BRITO. No entanto, a Apelante, representante do menor, mesmo depois de inúmeras tentativas, não foi encontrada, em razão de ter mudado seu domicílio para o Rio de Janeiro (fl. 238/v, Anexo2). Por essa razão, o processo foi arquivado em 2003 (fl. 240v).

Concomitante à separação de corpos, o Cabo BRITO requereu a devolução do Próprio Nacional Residencial (PNR) que ocupava com a família, sendo-lhe deferido o pedido, conforme Sindicância publicada em suas Alterações (fl. 87, Anexo1).

A Apelante mudou-se com o filho para o Rio de Janeiro e requereu pensão alimentícia no Juízo da 8ª Vara de Família da Capital, o que lhe foi deferido no percentual de 20% sobre os ganhos líquidos do militar, conforme publicação de fl. 103, Anexo 1.

Em abril de 2002, o Cabo BRITO requereu licença para tratar de assunto particular. Em maio do mesmo ano, foi submetido à inspeção de saúde para fins de concessão da referida licença (fl. 104, Anexo 1). Entretanto, teve sua deserção consumada dia 25 de maio do mesmo ano (fls. 104/106, Anexo 1). Foi agregado e, passado um ano, excluído do serviço ativo do Exército (fls. 109/111, Anexo 1).

A Apelante requereu, na Seção de Inativos e Pensionistas da 5ª Região Militar, habilitação para pensão militar do marido desertor (fl. 10, Anexo 1), a qual, inicialmente, foi indeferida por ausência de previsão legal. No entanto, a consulta foi submetida à Diretoria de Civis, Inativos e Pensionistas do Exército (fl. 112, Anexo 1).

Após consulta, a referida Diretoria encaminhou resposta concedendo pensão militar à Sra. ESTER DO PATROCÍNIO BRITO em razão da deserção do marido (fls. 113/114; fls. 118/120; e fl. 127, Anexo1), inclusive sendo-lhe determinado o pagamento dos valores devidos desde sua agregação (fl. 115, Anexo1).

Toda a documentação referente à pensão militar foi remetida à Seção de Inativos e Pensionistas (SIP) do Rio de Janeiro, em consequência

da declaração de residência feita pela pensionista, que passou a ser vinculada à referida SIP (fl. 117, Anexo1).

Em 28 de agosto de 2006, o Cabo BRITO apresentou-se voluntariamente à sua Unidade de origem (fl. 152, Anexo1), foi submetido à inspeção de saúde, considerado apto para o serviço ativo e reincluído às fileiras do Exército (fl. 258, Anexo 2).

Em outubro de 2008, após consulta no Sistema de Pagamento do Exército, foi verificada duplicidade no pagamento da remuneração do Cabo VALTER DA SILVA BRITO e da pensão militar de sua suposta "viúva ficta", ESTER DO PATROCÍNIO BRITO.

Em novembro de 2008, foi determinada a suspensão do pagamento da pensão indevida (fl. 123, Anexo 1).

Após essa determinação, a Apelante solicitou, por intermédio de carta sem data (fl. 135, Anexo1), esclarecimentos e avaliações sobre a suspensão do pagamento da pensão, alegando que não fora informada do retorno do ex-marido, que o corte de recurso foi inesperado, sem aviso prévio, e que isso acarretou sérios problemas financeiros.

Foi aberta Sindicância para apurar as responsabilidades pelo ressarcimento dos valores pagos indevidamente (fl. 04 e fl. 140, Anexo 1). O procedimento administrativo concluiu que todas as unidades militares envolvidas na exclusão do Cabo BRITO e na implantação da pensão militar à Apelante adotaram os procedimentos previstos para cada evento, sendo detectadas imperfeições no sistema que propiciaram a duplicidade de pagamento, não podendo imputar a nenhum servidor a responsabilidade de tais atos.

A referida Sindicância constatou, ainda, que a pensionista sabia, mesmo que informalmente, da reinclusão do ex-marido ao serviço ativo, o que caracterizaria, em tese, sua má-fé, visto que requereu a pensão militar justamente por causa da deserção (fls. 15/17).

Em seu interrogatório (fls. 124/126), confirmou ser verdadeira, em parte, a acusação. Afirma que desconfiava de que seu marido havia aparecido, mas que ignorava o fato de ele ter retornado ao serviço ativo e que fazia o recadastramento regularmente. Entretanto, relata que, por ocasião da venda da casa que tinham em comum, o militar comentou que estava detido e que deveria retornar ao quartel porque havia conseguido uma licença apenas para resolver as questões sobre a venda da casa.

O crime de estelionato previdenciário militar, imputado à Acusada, consiste na conduta de obter vantagem ilícita em prejuízo do patrimônio sob a administração militar, induzindo-a e mantendo-a em erro, durante o lapso temporal pertinente, utilizando-se, para tanto, de um artifício, de um ardil, ou mesmo de outro meio fraudulento.

Está claro que ocorreu o prejuízo, mas não há qualquer elemento nos autos que comprove o ardil, a fraude e o induzimento a erro, por parte da Apelante.

A existência de deficiências no sistema de pagamentos do Exército, que facilitou a sua duplicidade e culminou com o pagamento de pensão de forma irregular, não pode levar a Administração Militar a atribuir a outrem a responsabilidade pelo prejuízo causado.

Por ocasião da habilitação à pensão, a Apelante não suprimiu nenhuma informação sobre a condição do ex-marido, nem omitiu informação que pudesse levar a Administração a erro. Solicitou pensão como esposa de militar desertor. Fez requerimento formal (fl. 10, Anexo1) informando de próprio punho que o militar não era falecido, mas excluído do Exército, por deserção.

O Cabo BRITO foi reincluído no serviço ativo em 28 de agosto de 2006, quando se apresentou voluntariamente. A pensão só veio a ser suspensa em novembro de 2008. O Exército reincluiu o desertor e reativou seu pagamento sem, contudo, suspender a pensão recebida pela Acusada.

O MPM, em suas contrarrazões (fls. 424/425), alega que a fraude ficou evidenciada, uma vez que a Apelante sempre soube que o marido estava vivo e mesmo assim requereu a pensão como "viúva ficta".

Não merece prosperar essa alegação do MPM, já que restou comprovado nos autos que a Apelante declarou que não era viúva quando requereu a pensão e que estava pleiteando o benefício em razão da deserção do marido e não por sua morte.

O silêncio da Apelante não pode ser considerado crime. Não há que falar em ardil ou induzimento a erro por se manter silente sobre um assunto que não lhe dizia respeito. Até porque depreende-se dos autos que a Acusada não tinha a certeza absoluta de que o Cabo BRITO estava, efetivamente, reincluído às fileiras do Exército.

Assim, para se exigir de alguém uma obrigação, há que existir previsão legal, por força do princípio da legalidade estabelecido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, como se pode observar:

> *"Art. 5º (...)*
>
> *II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;".*

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, representando um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

Não é razoável, diante das falhas do sistema de pagamento, que a Administração Militar se esquive da responsabilidade de seus próprios erros e a transfira a terceiros.

A responsabilidade criminal exige prova de efetiva participação ou consciente colaboração para a prática delitiva, ou mesmo tentativa em acobertar a conduta, em tese, criminosa, fato que não foi comprovado nos autos.

Não há que falar em estelionato no presente caso, uma vez que não houve fraude. A pensão foi requerida de forma legal e concedida depois de consulta aos órgãos centrais. Não houve ardil, pois a Apelante não falseou a verdade ou a encobriu ao fazer seu requerimento, como também não houve induzimento ao erro da Administração. Portanto, não estão presentes as elementares do crime.

E não havendo o suporte probatório mínimo que justifique uma condenação, merece acolhida a tese defensiva. Trata-se da legítima aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do Recurso da Defesa, para reformar a Sentença *a quo* e absolver a Apelante da imputação contida no art. 251 do CPM, com fulcro no art. 439, alíneas *c* e *e*, do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao Apelo da Defesa, para reformar a Sentença *a quo* e absolver a Apelante da imputação contida no art. 251 do CPM, com fundamento no art. 439, alíneas "c" e "e", do CPPM.

Brasília, 22 de agosto de 2013 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS
APELAÇÃO Nº 87-48.2010.7.01.0401-RJ

Votei vencido, divergindo dos meus eminentes pares pelas razões que passo a expor.

Insurge-se a Defesa contra a Sentença que condenou a civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO à pena de 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar em liberdade.

Não merece prosperar o apelo defensivo.

Em síntese, VALTER DA SILVA BRITO, ex-marido da Apelante, Cabo do Exército, passou à condição de desertor em 25 de maio de 2002. Dado como desaparecido, em fevereiro de 2004, a Apelante requereu pensão militar na condição de "viúva ficta", o que foi atendido, pelo que passou a receber pensão militar a partir de 18 de novembro de 2004, cujo valor correspondia à remuneração de um Cabo, tendo perdurado até o mês de novembro de 2008, conforme Fichas Financeiras acostadas às fls. 210/214, do Anexo II.

Acontece que, em agosto de 2006, o cabo BRITO, voluntariamente, se apresentou à organização a que servia, pelo que foi reincluído ao serviço ativo e passou a receber remuneração militar, oportunidade em que ESTER deixou de ostentar a condição de "viúva ficta".

A Apelante foi então procurada pelo ex-marido, em 2006, com a finalidade de regularizar a partilha de um imóvel que juntos possuíam e efetivar o divórcio. Nessa ocasião, deixou de avisar à administração militar o retorno do marido, dado como se morto estivesse, e do seu novo estado civil de "divorciada", pois tal informação anularia sua pensão militar. Continuou, então, a receber a pensão militar como se ainda fosse *"viúva ficta"*. Desse modo, enganou a administração militar, mantendo-a em erro, com a finalidade única de se locupletar dos valores que sabia não ter direito, nem lhe pertencerem.

Porém, no decorrer do divórcio, ficou estabelecida pensão alimentícia para o filho da Apelante e do ex-marido, na proporção de 20% da remuneração de Cabo. Ao ser implementada no contracheque do militar, veio a lume a fraude perpetrada pela Apelante, pelo que o pagamento foi suspenso em 1º de dezembro de 2008, conforme comprova a ficha financeira de 2008, acostada à fl. 210 do anexo.

Corroborando com os fatos acima elencados, constam das fls. 189/191, do Anexo I, as fichas financeiras que demonstram, sem deixar dúvidas, que a Apelante recebeu, de maneira indevida, o benefício, no período compreendido entre agosto de 2006 a dezembro de 2008, concomitantemente ao recebimento de remuneração pelo Cb BRITO.

O dolo consiste justamente no silêncio sobre a comunicação do aparecimento do seu ex-marido à Administração Militar, que, mantida em erro, continuou a efetuar o pagamento da pensão à Apelante, no período compreendido entre 28 de agosto de 2006 e 30 de novembro de 2008, como se ainda ostentasse o estado civil de "viúva ficta".

Ao ser inquirida, a Apelante declarou saber que seu marido tinha ido para o exterior em 2002; que se encontrou no ano de 2006, com o Cb VALTER DA SILVA BRITO, seu ex-marido; que, apesar de estranhar que a pensão alimentícia que recebia referente ao seu filho menor constava como "proventos", no extrato bancário, como não houve comunicação formal do Exército, continuou a receber normalmente a pensão; que houve contato no ano de 2006 com o Cb BRITO para agendar assinatura dos documentos relativos à venda do imóvel (fls. 83).

Na fase de instrução, em seu depoimento, admitiu, *in verbis (fls. 124/126):*

> *"que no período indicado na denúncia estava no Rio de Janeiro* ***e mantinha contato com o Cb Brito****, pois tinham um imóvel incomum (sic); que nesse período o imóvel foi vendido e a ora acusada foi chamada para assinar a escritura;* ***que recebeu a pensão de 2004 a 2008; que é verdadeira a imputação que lhe é feita;*** *que na realidade entende que a imputação é verdadeira em parte, que na realidade* ***desconfiava que seu marido tivesse retornado****, mas não tinha certeza absoluta;* ***que sabia que não era viúva;"*** (sem negrito no original).

De observar que, no mesmo depoimento, a Apelante se contradiz ao dizer que ignorava o fato de o Cabo BRITO ter voltado ao serviço ativo, para, logo em seguida, afirmar que, *"pelo que se lembra* ***em 2006****, ao assinar a venda da casa,* ***seu marido comentou que estava detido e tinha que retornar ao batalhão, pois tinha conseguido uma licença apenas para resolver a venda da casa****"* (sem negrito no original).

Admitiu, ainda, que fez o recadastramento na SIP, em agosto de 2008, tendo apresentado, na ocasião, o contracheque em que constava

sua condição de pensionista do Cb BRITO, omitindo o fato de que não era viúva e que, portanto, não fazia jus a continuar recebendo a pensão.

Corroborando com o fato de que a Apelante sabia que seu marido estava vivo, no período em que recebia pensão como se "viúva ficta" fosse, a testemunha arrolada em sua defesa, LUIZ GUILHERME PEREIRA DOS SANTOS (fls. 195/196), declarou, *in verbis*:

> *"que foi procurado pela acusada que, pelo que se lembra,* ***em 2006, tendo a mesma dito que tinha recebido um telefonema do marido, pois seria vendida uma casa, que ambos tinham em Cascavel/PR;****"*.

Já a irmã da Apelante, também arrolada como testemunha pela Defesa, afirmou que "*o Cb Brito* ***telefonava esporadicamente para o filho e dizia que estava nos Estados Unidos,*** *mas a declarante entendia que não se podia acreditar no que estava sendo dito;* ***que sabe que o Cb Brito esteve no Rio****."*.

No mesmo sentido, em contrarrazões, aduz o Representante do Ministério Público Militar, *in verbis* (fl. 425):

> *"Com efeito, ao ser interrogada a apelante confessou ter tomado conhecimento do retorno do marido, mesmo porque foi procurada pra efetivar o divórcio.* ***Confessou ter realizado o recadastramento de pensionista em agosto de 2008, mesmo na condição de divorciada e não de viúva.*** *Disse também que,* ***durante a ausência do marido, recebia notícias esporádicas e, algumas vezes, algum dinheiro para o filho, o que evidencia ainda mais a fraude perpetrada uma vez que ela sempre soube que o Cabo Brito estava vivo e mesmo assim requereu a pensão como 'viúva ficta'****."* (sem negrito no original).

Ao ser ouvido nos autos da Sindicância instaurada no Comando da 15ª Brigada de Infantaria Motorizada, na qualidade de testemunha, o Cb BRITO, ex-marido da Apelante, declarou que, após desertar, foi para o Rio de Janeiro, Estados Unidos, João Pessoa e, finalmente, se apresentou na 15ª Bda Inf Mtz em Cascavel. Que, no período em que esteve fora, se comunicava com seu filho para saber como estava; que com a Apelante somente para informar que já havia depositado a pensão. Ao ser perguntado sobre qual o período em que mandava pensão para seu filho, respondeu que "*No período em que estive fora do Exército.* ***Desde o primeiro mês nunca deixei de mandar.*** *Ele é meu único filho."*.

Declarou, ainda, *in verbis* (fls. 149/150-Anexo I):

> *"PERGUNTADO SE sabia que a senhora ESTER DO PATROCÍNIO BRITO havia solicitado e tinha passado a receber a pensão que tinha direito como viúva ficta sua, RESPONDEU QUE: '**Não sabia e nem imaginava. Nunca imaginei que ela tinha direito a isso.'.** PERGUNTADO quando voltou a receber seu salário após ter se apresentado voluntariamente, RESPONDEU QUE: 'Eu me apresentei em agosto de 2006 e **voltei a receber meu pagamento no início de outubro.** Quando eu recebi o meu contracheque, percebi que não constava a pensão do meu filho **e solicitei que essa pensão fosse incluída'.**".*

Como se extrai do depoimento do Sindicado, Cb BRITO, a Apelante tinha pleno conhecimento de que ele se encontrava vivo, em lugar sabido, e, mesmo assim, silenciou sobre o fato, mantendo em erro a Organização Militar.

Finalmente, ao depor em Juízo, o filho do casal DAVYSON DOUGLAS DO PATROCÍNIO BRITO (fls. 136/137), na qualidade de informante, confirmou que manteve contatos esporádicos por telefone com seu pai, entre o período de 2001 e 2006, durante uma vez por ano, quando veio do Paraná para o Rio de Janeiro, e que, nesses contatos, avisava que estava mandando algumas quantias em dinheiro como presente, além de um violão.

Afirmou saber que, após o ano de 2006, era feito um depósito de pensão alimentícia e que, por ser menor, quem recebia era sua mãe. Afirmou, ainda, que tinha conhecimento de que sua mãe recebia, também, uma pensão como "viúva ficta".

Por todas as provas carreadas aos autos, não resta dúvida de que a Apelante tinha pleno conhecimento de que o Cb BRITO estava vivo, omitindo esse fato da Organização Militar ao se recadastrar na SIP em 2008, mantendo-a em erro, até ser descoberta a fraude, quando da implementação da pensão alimentícia de 20%, no contracheque do militar, em favor de seu filho.

A conduta do crime de estelionato é assim descrita no Código Penal Militar:

> *"Estelionato*
>
> *Art. 251. Obter, para si ou para outrem, **vantagem ilícita**, em prejuízo alheio, **induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:***
>
> *Pena - reclusão, de dois a sete anos.".*

Como visto, o agir da civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO amolda-se perfeitamente ao tipo penal ínsito no art. 251 do CPM. No caso, temos uma modalidade de estelionato conhecido como "estelionato previdenciário", em que o autor ilude a administração militar, mantendo-a em erro, para receber, de maneira contínua e indevida, proventos a título de pensão por motivo de falecimento de militar.

A Apelada causou um prejuízo à União no montante de R$ 46.775,20 (quarenta e seis mil, setecentos e setenta e cinco reais e vinte centavos), no período de dezembro de 2006 a novembro de 2008, atualizados monetariamente até 29 de janeiro de 2010, em R$ 51.748,78 (cinquenta e um mil, setecentos e quarenta e oito reais e setenta e oito centavos), conforme demonstra o Laudo Pericial colacionado às fls. 44/47, bem como o Demonstrativo de Débito, às fls. 53/59.

A autoria e a materialidade do delito encontram-se sobejamente comprovadas, não havendo falar em dúvida a favor da Apelante.

A pena foi bem aplicada pelo Juízo *a quo,* merecendo reparo apenas no tocante à exclusão da alínea "b" (manter ocupação lícita, não retornando à residência após às 22 horas), das condições impostas para a concessão do benefício do *sursis*.

Isto posto, dei provimento parcial ao recurso da civil ESTER DO PATROCÍNIO BRITO, para, mantendo o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, excluir a alínea "b" das condições impostas, permanecendo íntegros os demais termos da Sentença *a quo,* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 22 de agosto de 2013.

Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos
Ministro-Relator

APELAÇÃO Nº 95-44.2012.7.09.0009-MS

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante – Fernando Domingos Balbim, Sd Ex, condenado à pena de 6 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 9/4/2013.

Advogada – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Apelação. Crime de Deserção. Estado de Necessidade. Circunstância atenuante. ***Sursis*** *da pena. Desprovimento. Inconformismo da* ***Defesa*** *de condenado como incurso nas penas do delito de* ***Deserção****. Tratando-se a* ***Deserção*** *de delito de mera conduta, o dolo ressai do próprio agir objetivo do* ***Acusado****, confirmando-se pelo conteúdo do seu interrogatório em* ***Juízo****, induvidosamente denotativo da sua consciência e vontade de levá-lo a termo. Não merece acolhida a tese defensiva de que o* ***Acusado*** *teria procedido sob o manto exculpante do* ***Estado de Necessidade****: a* ***uma*** *porque os alegados problemas familiares que teriam motivado a sua deserção se encontram em total orfandade probatória, o que, de logo, chama para a espécie a Súmula nº 3 deste Tribunal; e, a* ***duas****, porque as demais alegações apresentadas longe estão de traduzir uma situação de perigo certo e iminente a, razoavelmente, condicioná-lo a adotar a conduta* ***sub censura****. Descabe reduzir a pena aquém do mínimo por conta da incidência de circunstância atenuante, como também não é possível aumentá-la além do máximo pela via da consideração de circunstâncias agravantes. A impossibilidade de concessão do* ***sursis*** *aos sentenciados pela prática do crime de* ***Deserção*** *e de outros relacionados ao art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, de nenhum modo maltrata a Constituição da República. Jurisprudência da Suprema Corte. Não se pode deixar de observar que a própria Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos seus artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmen-*

*te orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna. Desprovimento do **Apelo**. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo da Defesa, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 63ª Sessão, 3/9/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Apelação*** interposta pela ***Defesa*** do Sd Ex FERNANDO DOMINGOS BALBIM, inconformada com a ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 9/4/2013, que o condenou à pena de 6 meses de prisão, como incurso no artigo 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Narra a ***Denúncia*** de fls. 1/1-1/2, em essência, que o ***Acusado***, sem licença, ausentou-se de sua Unidade/Esquadrão de Comando da 4ª Brigada de Cavalaria Mecanizada, desde a revista de recolher do dia 11/10/2012 até o dia 11/2/2013, quando se apresentou voluntariamente.

A ***Exordial*** encontra-se amparada na ***Instrução Provisória de Deserção***, da qual se destacam os seguintes documentos:

- ***Parte de Ausência*** às fls. 2 e 33 (BI à fl. 16);

- ***Parte Acusatória*** à fl. 11;

- ***Inventário de Material*** às fls. 12/13 e 41/42 (BI às fls. 20/21);

- ***Termo de Deserção*** à fl. 14;

- ***Exclusão*** às fls. 14 e 15;

- ***Comunicação*** da apresentação voluntária às fls. 56 e 59;

- ***Inspeção de Saúde*** às fls. 57 e 60; e

- ***Reinclusão*** às fls. 63 e 77.

A ***Acusatória*** foi recebida à fl. 69.

O ***Acusado*** foi citado à fl. 84 (***Certidão*** à fl. 84v).

O Sd FERNANDO DOMINGOS BALBIM foi interrogado e qualificado às fls. 86/87.

A ***Defesa*** não arrolou ***Testemunhas*** (fl. 92).

O ***Julgamento*** foi realizado nos termos da ***Ata*** de fls. 106/107, com a prolação do veredito condenatório por unanimidade de votos.

A ***Sentença*** encontra-se às fls. 99/105.

O tempestivo ***Apelo*** da ***Defesa*** está à fl. 116.

Em suas ***Razões*** de fls. 121/128, sustenta a ***Defesa*** que o ***Acusado*** teria agido sob o manto exculpante do ***Estado de Necessidade*** previsto no art. 39 do CPM, já que teria se ausentado do quartel para cuidar de seus familiares. Argumenta que o art. 226 da Carta Magna define a família como base da sociedade, não se podendo exigir que um militar coloque seus deveres na Caserna acima da vida e da saúde de seus familiares. Pondera que a absolvição do ***Acusado*** não trará qualquer prejuízo ao sistema penal militar. Por outro lado, sustenta que, caso mantida a condenação, deve ser aplicada a atenuante prevista no art. 72, inciso I, do CPM, não só por força do princípio da individualização da pena, como também pela natureza mandatória da dicção do referido preceito. Pede, ao fim, pela absolvição do ***Acusado*** e, subsidiariamente, pela redução da pena que lhe foi imposta aplicando-se a prefalada atenuante.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 130/134, o ***MPM*** sustenta que não merece acolhida a tese defensiva de que o ***Acusado*** teria agido em ***Estado de Necessidade***, eis que, além do alegado fato gerador de sua deserção não traduzir perigo certo e atual, nada foi trazido ao processo para prová-lo. De outra parte, argumenta que a mera interpretação restritiva do art. 72 do CPM não autoriza a diminuição de pena já fixada no mínimo legal, até porque a própria dicção do art. 73 aponta em sentido contrário. Ainda a propósito, pondera que firme é a jurisprudência pátria "***no sentido da não aplicação da atenuante aquém da pena mínima***", destacando a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Adiante, também a respeito, explicita que, nesses termos, não há que se falar em ferimento

do princípio da individualização da pena ou da legalidade. Pede, por fim, pelo desprovimento do ***Apelo***.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 143/145, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opina no sentido do provimento parcial do ***Apelo*** "***para conceder ao Apelante o*** **sursis**".

É o Relatório.

VOTO

O ***Acusado***, conforme denotam particularmente o ***Termo de Deserção*** e a ***Comunicação de apresentação voluntária***, ausentou-se, sem licença, da Unidade em que serve/Esquadrão de Comando da 4ª Brigada de Cavalaria Mecanizada, desde o dia 11/10/2012 até o dia 10/2/2013, desenhando, destarte, no plano objetivo e com folga de tempo, a figura típica da ***Deserção*** prevista no art. 187 do Código Penal Militar.

Tratando-se a ***Deserção*** de delito de mera conduta, o dolo ressai do próprio agir objetivo do ***Acusado***, confirmando-se pelo conteúdo do seu interrogatório em ***Juízo***, induvidosamente denotativo da sua consciência e vontade de levá-lo a termo.

Por outro lado, não merece acolhida a tese defensiva de que o ***Acusado*** teria procedido sob o manto exculpante do ***Estado de Necessidade***: ***a uma*** porque os alegados problemas familiares que teriam motivado o ***Acusado*** a desertar encontram-se em total orfandade probatória, o que, de logo, chama para a espécie a Súmula nº 3 deste Tribunal, a qual estabelece que "***Não constitui excludente de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas***"; e, ***a duas***, porque, ***ainda que só para argumentar fossem admitidas como provadas as afirmações*** do ***Acusado – de que abandonou o quartel para ganhar mais dinheiro para saldar as suas dívidas e as de seu irmão que teria sofrido*** "***umas duas ameaças de cobradores de droga***" ***ou mesmo ainda para ajudar*** "***no sustento de sua mãe***" – longe estão de traduzir uma situação de perigo certo e iminente a, razoavelmente, condicioná-lo a adotar a conduta ***sub censura***.

No mesmo sentido, não há igualmente como prestigiar o posicionamento defensivo de que, ***in casu***, "***deve prevalecer a circunstância atenuante disposta no art. 72, I, do CPM, a fim de fixar a pena abaixo do mínimo legal***".

No ponto, impende de logo frisar que, ***em que pese o precitado dispositivo legal ser sugestivo de que a atenuante da menoridade deve ser "sempre" aplicada***, não pode o intérprete ceder ao fetiche da sua exclusiva literalidade, abdicando de ponderá-lo com outros dispositivos do mesmo Código, dentre eles, destacadamente, o artigo 73 – ***o qual dita que "quando a lei determinar a agravação ou atenuação sem mencionar o* quantum*, deve o juiz fixá-la entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime"*** – e o artigo 76 – ***que estabelece que "o juiz não ficará adstrito ao limite da pena atribuída ao delito, somente quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição***".

Nesse passo, ***isto é, na esteira de tal juízo de ponderação***, é prevalente não só nesta Corte, mas também no Supremo Tribunal Federal e nos demais tribunais pátrios o entendimento de que não é cabível reduzir a pena aquém do mínimo por conta da incidência da circunstância atenuante, como também não é possível aumentá-la além do máximo pela via da consideração de circunstâncias agravantes.

Nesse sentido, ***destacadamente por decidir matéria reconhecida como de repercussão geral***, o precedente da Suprema Corte, a seguir ementado:

> *"EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."* (**Recurso Extraordinário nº 597270 QO-RG/RS - Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário, Relator Ministro CEZAR PELUSO, julgado em 26/3/2009**).

Ainda no mesmo sentido, o julgado deste Tribunal, adiante ementado:

> *"APELAÇÃO. DESERÇÃO. VEDAÇÃO LEGAL DO* ***SURSIS****. TESE DEFENSIVA DE ATENUANTE DA MENORIDADE A ENSEJAR REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO PREVISTO. IMPROCEDÊNCIA. Negado o benefício de* ***sursis*** *aos crimes de deserção por expressa vedação legal, conforme art. 88, inciso II, alínea 'a', do CPM. A vedação da redução de pena aquém do mí-*

nimo previsto, por ser o réu primário, está pacificada nos Tribunais, não havendo justificativa, no caso concreto, para se questionar a modificação desse entendimento. Aplicação da súmula 231 do STJ. Decisão vergastada em plena harmonia com a excepcionalidade das garantias constitucionais em relação aos crimes propriamente militares. Apelo desprovido. Decisão unânime." (**Apelação nº 38-26.2012.7.09.0009/MS, Relator Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, julgada em 16/5/2013**).

De dizer-se, à guisa de fecho do ponto, que o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já editou a Súmula nº 231, definindo que "***a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal***".

Por fim, não há como chancelar a manifestação do ***Custos Legis*** para que seja concedido o ***sursis*** ao ***Acusado***, sob o fundamento essencial de que haveria incompatibilidade de dicção do artigo 88, inciso II, alínea "a", do CPM, "***com a nova ordem constitucional***".

A respeito, cumpre de início salientar que o ***Excelso Pretório***, ***guardião maior da Carta da República***, há muito vem se manifestando no sentido da constitucionalidade do artigo 88, inciso II, alínea "a", do CPM; daí ser impróprio afirmar que a vedação do ***sursis*** ao sentenciado pela prática do crime de ***Deserção*** assentar-se-ia exclusivamente na jurisprudência desta Corte. Confira-se:

> *"EMENTA: **HABEAS CORPUS**. PROCESSO PENAL MILITAR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. Inexiste conflito do art. 88, II, a, do Código Penal Militar com o disposto no art. 5°, XLVI da CF. A suspensão condicional da pena não se aplica em tempo de paz por crime de deserção. Aplica-se na Justiça Militar a regra do art. 89, da Lei n° 9.099/95. Para tanto, o acusado não pode estar sendo processado ou já ter sido condenado por outro crime. Ordem denegada."* (**Habeas Corpus nº 76.411-1/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 23/6/1998**).

> *"EMENTA: **HABEAS CORPUS**. CRIME MILITAR: PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, EM CONCURSO (CPM, ARTIGOS 235 E 237). ALEGAÇÃO DE CASSAÇÃO INDEVIDA DO REGIME ABERTO E DO **SURSIS** CONCEDIDOS PELA AUDITORIA MILITAR. 1. O Parquet*

*não apelou da decisão da Auditoria Militar nem houve manifestação do Tribunal **a quo** sobre o regime prisional aberto aplicado aos pacientes: matéria preclusa. Se os pacientes estão em regime fechado, o coator não é o Superior Tribunal Militar, e, assim, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para examinar a matéria. Habeas Corpus não conhecido nesta parte. 2. Não há incompatibilidade entre o artigo 88, II, a, do CPM, que veda a concessão de **sursis** aos condenados pelo crime do artigo 235, e outros, do mesmo Código, e o artigo 5º, XLVI, da Constituição. 3. **Habeas Corpus** conhecido, em parte, mas, nesta parte, indeferido."* (**Habeas Corpus nº 79.824-1/MS, Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 23/5/2000**).

*"**Habeas Corpus**. 2. Crime Militar. Ato libidinoso com agravante (art. 235, c/c art. 237, II, e art. 70, II, g, do CPM). Paciente condenado por acórdão do Superior Tribunal Militar a cumprir pena de 1 (um) ano de detenção, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, denegada a concessão de **sursis**, em face de expressa vedação do art. 88, II, alínea b do CPM. 3. Omissis. 4. Omissis. 5. Afastada a alegação de prescrição. O acórdão condenatório que reforma sentença absolutória também tem o condão de interromper o lapso prescricional. 6. Omissis. 7. Não há incompatibilidade entre o art. 88, II, b, do CPM e a Constituição Federal. Precedentes. 8. Ordem denegada."* (**Habeas Corpus nº 109.390/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/9/2012**).

À luz desses precedentes da Suprema Corte, o que se vê, pois, é que a impossibilidade de concessão do ***sursis*** aos sentenciados pela prática do crime de ***Deserção*** e de outros relacionados ao art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, de nenhum modo maltrata a Constituição da República.

Não se pode deixar de observar que a própria Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos seus artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna; e, com iguais traços de singularidade, dispõe, no seu artigo 5º, inciso LXI, que "***ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei***" (sem grifo no original).

Ora, na mesma linha de excepcionalidade está a dicção do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, sendo certo que, ao ditá-la, levou o legislador em conta a especial repercussão de determinados crimes propriamente militares na vida castrense, sobretudo na preservação dos seus pilares fundamentais, a hierarquia e a disciplina; por aí, pois, criou um requisito objetivo negativo, perfeitamente ajustado ao significado e aos efeitos particularmente deletérios que tais delitos projetam na Organização Militar.

Nessa senda, pois, não cabe sequer falar que a vedação do ***sursis*** ao condenado por crime de ***Deserção*** constituiria iniquidade ou afronta ao princípio da individualização da pena ou a quaisquer outros consagrados na Lei Maior.

Bem assentada nesse sentido está a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, destacando-se, a título de referência, os seguintes precedentes:

> *"**EMENTA**: APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. Comete o crime de **Deserção** o militar que se ausenta, sem licença, da unidade em que serve ou do lugar que deve permanecer, por mais de oito dias. Afastamento da **preliminar** de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, tendo em conta que, ao estabelecer a vedação ínsita nesse prefalado artigo para determinados crimes, **dentre eles o de Deserção**, sopesou o legislador, certamente, a especial repercussão de tais delitos na vida castrense, sobretudo na preservação dos seus pilares fundamentais, a hierarquia e a disciplina, criando, assim, um **requisito objetivo negativo**, perfeitamente ajustado ao significado e aos efeitos deletérios que os delitos enumerados no prefalado dispositivo penal projetam na Organização Militar. Delito, **in casu**, delineado e provado em todos os seus elementos, inexistindo traços materiais suficientes pra desenhar a figura do alegado **Estado de Necessidade**. Incidência, na hipótese, da causa especial de aumento de pena previsto no art. 189, inc. II, do CPM, uma vez que o delito foi praticado em área de fronteira. Rejeição da **preliminar**. Improvimento ao **Apelo** da **Defesa**. Decisão unânime."* (**Apelação nº 2009.01.051349-5/RS, Relator Ministro Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, julgada em 6/8/2009**).

"EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 88, II, 'a', DO CPM ARGUIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. Não assiste razão à arguição de inconstitucionalidade quanto à vedação expressa no Código Penal Militar de não concessão do sursis nos delitos de deserção. Trata-se de dispositivo devidamente recepcionado pela Lei Maior. Crime de grande reprovabilidade no âmbito militar. Mantido o acórdão proferido em sede de Apelação. Decisão por maioria." (**Embargos nº 152-09.2011.7.01.0401/DF, Relator Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares, DJE de 11/3/2013**).

*"EMBARGOS INFRINGENTES. DESERÇÃO. **SURSIS**. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 88, INCISO II, ALÍNEA 'A', DO CPM. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Os preceitos normativos inseridos no art. 88, inciso II, alínea 'a', do CPM e no art. 617, inciso II, alínea 'a', do CPPM são taxativos quanto à impossibilidade de suspensão condicional da pena nas condenações pela prática de deserção, haja vista sua incompatibilidade. Motivos de política criminal justificam tal obstrução ao benefício processual do **sursis**, já que a deserção encerra acentuado grau de violação à disciplina militar e produz grave risco de quebra da operacionalidade da Força, em evidente oposição aos valores mais caros cultuados na vida militar. Embargos infringentes rejeitados por decisão majoritária."* (**Embargos nº 7-06.2012.7.09.0009/DF, Relator Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos, DJE de 18/12/2012**).

"EMBARGOS INFRINGENTES. DEFESA. APLICAÇÃO DE SURSIS NO CRIME DE DESERÇÃO. O artigo 88 do Código Penal Militar, que entre outros crimes propriamente militares, veda a aplicação da suspensão condicional da pena – sursis ao crime de deserção, decorre de opção político-criminal e foi recepcionado pela Constituição Federal, art. 5°, inciso LXI. Embargos Infringentes rejeitados. Decisão unânime." (**Embargos nº 115-69.2011.7.09.0009/DF, Relator Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, DJE de 13/12/2012**).

É o quanto basta.

Posto isso.

Nego provimento ao ***Apelo*** da ***Defesa***, mantendo íntegra a ***Sentença*** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, ***por unanimidade*** de votos, em negar provimento ao Apelo da Defesa, mantendo íntegra a ***Sentença*** hostilizada.

Brasília, 3 de setembro de 2013 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 112-82.2011.7.03.0203-RS

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Apelante – Magnus Eliseu Dutra Martins, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano, 2 meses e 28 dias de reclusão, como incurso, por 10 (dez) vezes, no art. 240, *caput*, c/c o art. 72, inciso I, tudo do CPM, e c/c o art. 71 do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelado – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 8/5/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

CRIME CAPITULADO NO ART. 240, CAPUT, *DO CPM. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 439, ALÍNEA "D", DO CPPM. REVISÃO DA SENTENÇA NA PARTE REFERENTE À DOSIMETRIA DA PENA E PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PROVIMENTO PARCIAL. I – Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União arguida pela Defesa, tendo em vista que a prática do delito de furto, no presente caso, não anula a* vis attractiva *decorrente da especialidade do crime Militar, pois se trata de crime militar praticado por militar da ativa contra militar da ativa (competência* ratione personae*), na forma do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM. II – No mérito, no capítulo referente à condenação, ficaram demonstradas, de forma inconteste, a autoria e materialidade do furto, não obtendo êxito a Defesa na tentativa de justificar, em favor do Apelante, a sua conduta típica, antijurídica e culpável, sendo descabida a tese do estado de necessidade como excludente de culpabilidade, considerando que a Defesa não trouxe aos autos quaisquer elementos a comprovar que o apelante tivesse praticado o fato delituoso impelido pelas circunstâncias do momento. III – Não obstante, assiste razão ao apelante no tocante à revisão da dosimetria da pena, uma vez que o Juízo* a quo *exasperou a pena-base com suporte em circuns-*

tância judicial inexistente, além de inverter as fases do critério trifásico da dosimetria da pena, uma vez que a continuidade delitiva foi considerada na segunda fase para, logo após, incidir a atenuante da menoridade. IV – Reconhecida a competência da Justiça Militar para processar e julgar o feito, esvaziam-se as teses da Defesa no que dizem respeito à violação dos preceitos constitucionais insertos nos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos LVII e XLVI, e 124, todos da Constituição Federal. Preliminar de incompetência da Justiça Militar rejeitada. Decisão unânime. Apelo defensivo provido parcialmente. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa do ex-Sd Ex Magnus Eliseu Dutra Martins, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento parcial ao Apelo defensivo para, reformando a Sentença *a quo*, reduzir a pena imposta ao Apelante para 1 ano e 2 meses de reclusão, com fulcro no art. 240, *caput*, c/c o art. 71 do CP comum, mantidos os demais termos da Sentença. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira e Fernando Sérgio Galvão não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 10ª Sessão, 27/2/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor do ex-Sd Ex MAGNUS ELISEU DUTRA MARTINS, em razão de sua condenação à pena de 1 ano, 2 meses e 28 dias de reclusão, como incurso, por 10 (dez) vezes, no art. 240, *caput*, c/c o art. 72, inciso I, tudo do CPM, e c/c o art. 71 do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente

aberto, conforme a Sentença de fls. 206/219, publicada em 8/5/2012 (fls. 222/224). O Decreto condenatório baseou-se na Denúncia de fls. 02/05 e no conjunto probatório lastreado nos autos, reconhecendo que o apelante, por dez vezes, entre 8 e 14/8/2011, após subtrair o cartão magnético do Banco do Brasil pertencente ao seu companheiro de caserna, Sd EV QUELVIN MADRUGA SILVEIRA, realizou saques na conta-corrente do ofendido, por intermédio de operação no terminal de autoatendimento do Banco do Brasil, bem como efetuou empréstimos automáticos, totalizando um prejuízo no valor de R$ 2.070.00 (dois mil e setenta reais). As operações se deram na seguinte sequência: em 8/8/2011, com a realização de um empréstimo BB Crédito Salário no valor de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais); um saque de R$ 800,00 (oitocentos reais) e outro no valor de R$ 200,00 (duzentos reais); em 9/8/2011, um empréstimo BB Crédito Salário no valor de R$ 100,00 (cem reais) e um saque no valor de R$ 100,00 (cem reais); em 10/8/2011, um saque no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais); em 11/8/2011, três saques, todos no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais) cada um, totalizando-se R$ 150,00 (cento e cinquenta reais); e, em 14/8/2011, um saque de R$ 20,00 (vinte reais).

2. A Defesa do apelante interpôs o apelo em 9/5/2012 (fl. 227) e apresentou as razões de fls. 231/243, arguindo a preliminar de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o presente feito e, no mérito, requereu a absolvição do apelante, com fulcro no art. 439, alínea "d", do CPPM, ou, em caso de condenação, requereu a reforma da Sentença na parte referente à dosimetria da pena, bem assim a substituição da sanção penal por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP comum, uma vez que se trata de réu que ostenta, atualmente, a condição de civil. Suscitou o prequestionamento, para fins de acesso às instâncias superiores, dos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos LVII e XLVI, e 124, todos da Constituição Federal.

2.1 No que se refere à preliminar de incompetência da Justiça Militar, a Defesa do apelante sustenta que, tomando-se por base a proteção dos bens jurídicos específicos, o caso retratado nos autos não viola qualquer bem ou valor das Instituições Militares, por entender que os saques foram efetuados sem que o agente soubesse que o ofendido, titular da conta, era também militar.

2.2 Em relação à tese absolutória, argumenta a Defesa que, embora a conduta do apelante amolde-se à figura típica do furto, o agente agiu amparado por causa excludente de culpabilidade, escudando-se nos documentos acostados aos autos, os quais estariam a comprovar que o apelante possuía dívidas no comércio local, assim como na própria Orga-

nização Militar, além das despesas decorrentes da relação que mantinha com a sua companheira, a qual não possuía nenhuma fonte de renda. Justifica, então, que se utilizou de um cartão encontrado na rua, de propriedade até então desconhecida, para saldar as dívidas, tudo com o intuito de proteger bem jurídico próprio, qual seja, a honra e a imagem de bom pagador perante a sociedade e os seus superiores, o que justifica a absolvição do apelante com base no art. 439, alínea "d", do CPPM.

2.3 No que diz respeito à dosimetria da pena, defende o apelante que essa foi aplicada incorretamente, ensejando nulidade, considerando que o Conselho julgador ponderou cada um dos empréstimos, individualmente, como conduta autônoma de furto, o que é incompatível com o disposto no art. 240 do CPM. Aduziu a Defesa que, em relação à empreitada delituosa, o apelante praticou apenas 5 condutas e não 10, como consignado na Denúncia, considerando que 2 empréstimos não caracterizaram o furto, ressalvando que os saques realizados no mesmo dia, numa mesma sequência, poderiam configurar uma única conduta. Registrou, ainda, que o prejuízo causado foi de R$ 1.320,00 (mil trezentos e vinte reais) e não de R$ 2.070,00 (dois mil e setenta reais). Nesse contexto, enfatizou que a continuidade delitiva, por 5 vezes, mereceria apenas o aumento no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) pela continuidade delitiva. Assevera que houve incorreção na Sentença *a quo*, uma vez que, para a fixação da pena-base, a mera existência de sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição não importa o reconhecimento de maus antecedentes, conforme julgados da nossa Excelsa Corte. Ressalta que, mesmo na hipótese de ser mantido o aumento da pena-base em 2 (dois) meses, decorrente de maus antecedentes, tem-se que o Conselho não aplicou corretamente o critério trifásico de dosimetria da pena, pois a atenuante da menoridade deveria ter sido analisada na segunda fase de aplicação da pena, o que faria com que a pena-base retornasse ao patamar de 1 (um) ano e a definitiva ficasse em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, caso fosse reconhecido o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) decorrente da continuidade delitiva.

2.4 No tocante ao pedido de substituição da sanção penal por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP comum, defende o apelante que – segundo entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal – é socialmente recomendável, no caso dos autos, a substituição da pena imposta ao apelante por penas restritivas de direitos, uma vez que ele ostenta, atualmente, a condição de civil, aduzindo que os seus serviços e o pagamento de sanção pecuniária reverterão em benefício da comunidade.

2.5 Enfim, quanto ao prequestionamento dos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos LVII e XLVI, e 124, todos da Constituição Federal, argumentou que a avaliação negativa das circunstâncias subjetivas feita pelo Juízo *a quo* originou-se de único processo em grau de recurso, o que viola o princípio da presunção de inocência; que caberia, no caso, a substituição da pena por restritivas de direito e que a Justiça Militar não teria competência para processar e julgar o presente feito.

3. Em contrarrazões de fls. 249/252, o Ministério Público Militar pugnou para que fosse mantida a sentença condenatória imposta pelo Juízo *a quo*, resguardada uma análise e readequação das circunstâncias ao sistema trifásico de dosimetria da pena, caso seja o entendimento deste Tribunal. Sustentou o *Parquet* militar que esta Corte, nessas situações, não tem decidido pela incompetência da Justiça Militar da União, aplicando-se a alínea "a" do inciso II do art. 9º do CPM. Porém, no mérito, entende que assiste razão à Defensoria Pública da União na parte referente à dosimetria da pena.

4. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 262/272, da lavra da Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso de Apelação, a fim de que seja procedida à nova dosimetria da pena aplicada, prestigiando-se a Sentença condenatória no restante. Sustentou, ainda, que não procede a arguição de incompetência da Justiça Militar da União suscitada pela Defesa, uma vez que ficou demonstrado que o Apelante sabia, desde o início, que o proprietário do cartão era um colega de farda, concluindo que a hipótese amolda-se com perfeição à situação de crime militar praticado por militar da ativa contra militar da ativa, insculpido no art. 9º, inciso II, letra "a", do CPM.

5. O eminente Ministro-Revisor tomou ciência dos autos à fl. 275-v, com cópia deste Relatório, e, em 4/12/2012, coloquei os autos em mesa (fl. 276-v), determinando a intimação da douta Defensoria Pública da União, a qual se deu por intimada em 5/12/2012.

É o relatório.

VOTO

Verifico que a Defesa do Apelante tomou ciência da Sentença *a quo* em 8/5/2012 (fl. 224) e interpôs o recurso de apelação em 9 do mesmo mês (fl. 227). Portanto, o recurso é tempestivo. A parte é legítima, tem interesse em recorrer ante a sucumbência demonstrada nos autos e o recurso é adequado à espécie. Dessa forma, conheço da apelação, uma

vez que preenchidos os seus respectivos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

2. Antes de adentrar o mérito da *quaestio*, impende analisar a preliminar de incompetência da Justiça Militar arguida pela Defesa.

Preliminar de incompetência da Justiça Militar

3. Todavia, não assiste razão ao apelante, pois os seus argumentos não foram suficientes para refutar as razões de decidir do Juízo *a quo,* o qual julgou pela competência desta Justiça especializada, fazendo incidir a norma inserta no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, por considerar que o apelante tinha certeza de que a conta-corrente era mesmo de um conhecido soldado do Exército e, mesmo assim, continuou no seu intento, por 10 (dez) vezes, ciente e consciente de que estava lesando o patrimônio de um militar da ativa. O próprio apelante, no seu interrogatório, afirmou ***"que depois que efetuou os primeiros saques viu que a conta-corrente era de Quelvin"*** (fl. 153).

4. Acerca da alegação da Defesa de que Eg. Supremo Tribunal Federal já julgou pela incompetência desta Justiça castrense nos casos em que o militar não conhece a condição de militar do outro, ou quando o delito for motivado por questões alheias à instituição castrense, alinho-me às manifestações do Ministério Público Militar, seja como *dominus litis,* seja como *custos legis,* uma vez que não se cuida de posicionamento pacífico, considerando que há diversas outras decisões que chancelam a compreensão de que uma potencial ofensa aos valores militares permanece sempre configurada. Mas ainda, assim, tal entendimento não se aplicaria ao presente caso, já que o apelante tinha plena consciência de que estava furtando valores da conta-corrente de outro militar da ativa.

5. Portanto, não há dúvida de que a hipótese dos autos amolda-se à disposição inserta no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, conforme entendimento pacífico desta Corte, a exemplo do seguinte julgado, *in litteris:*

> *"EMENTA: CRIME CAPITULADO NO ART. 240, DO CPM, EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. ARGUIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO E DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE. NO MÉRITO, REQUER A DEFESA A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE PELA AUSÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA* A QUO.

I – Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União arguida pela Defesa, tendo em vista que a prática do delito de furto, no presente caso, fora de local sujeito à Administração militar não anula a vis attractiva *decorrente da especialidade do crime Militar**, pois se trata de crime militar praticado por militar da ativa contra militar da ativa (competência* **ratione personae***), na forma do art. 9º, inciso II, alínea 'a', do CPM.***

II – Rejeita-se, também, a preliminar, arguida pela Defesa, de violação ao princípio do devido processo legal, sob o argumento de não observância dos prazos processuais, uma vez que não houve violação, pelo Juízo a quo, *do art. 531 do CPPM, que trata do prazo de 10 dias para que o recorrente formule as razões do Apelo.*

III – No mérito, nega-se provimento ao Apelo defensivo, uma vez que não cabe qualquer reparo na Sentença a quo, *a qual se encontra em perfeita harmonia com o conjunto probatório carreado aos autos, ficando demonstradas, de forma inconteste, a autoria e materialidade do furto praticado pelo militar contra o seu colega de caserna, não obtendo êxito a Defesa na tentativa de justificar, em favor do Apelante, a sua conduta típica, antijurídica e culpável.*

Primeira e segunda preliminares rejeitadas. Decisão unânime.

Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime." (APELAÇÃO Nº 41-56.2010.7.02.0102/SP, Relator: Min. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Decisão de 8/3/2012). (grifos acrescidos).

6. Por essas razões, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar, arguida pela Defesa, por falta de amparo legal.

Mérito

7. No mérito, porém, assiste razão parcial ao apelante tão somente em relação à dosimetria da pena, como será demonstrado adiante.

8. Ora, de acordo com as razões do apelante, percebe-se que não há qualquer controvérsia acerca da autoria e materialidade do delito capitulado no art. 240 do CPM, em continuidade delitiva, ressaltando que a própria Defesa reconhece que a conduta dele se amolda à figura típica do furto, tratando-se de réu confesso e, principalmente, porque há nos autos outras provas que conduzem ao resultado inevitável da expedição do decreto condenatório.

9. A tese da Defesa prende-se, basicamente, ao argumento de que a conduta do apelante encontra-se justificada numa excludente de culpabilidade, cabendo a sua absolvição com base no art. 439, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 39 do CPM; na possibilidade da reforma da Sentença no que diz respeito à dosimetria da pena; e na possibilidade jurídica da substituição da sanção penal por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP comum.

9.1 Todavia, a tese absolutória fundada numa causa excludente de culpabilidade não se sustenta, tendo em vista que o apelante não obteve êxito em comprová-la nos autos, apesar de acreditar que produziu documentos para tal desiderato. Ou seja, não são plausíveis as justificativas do apelante no sentido de que praticou o delito com o objetivo de proteger bem jurídico próprio, cuidando da honra e da imagem de bom pagador perante a sociedade e os seus superiores, já que possuía dívidas no comércio local e na própria Organização Militar, além das despesas decorrentes da relação que mantinha com a sua companheira. Como bem ressaltou a ilustre parecerista, Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, *"o estado de necessidade exculpante previsto no art. 39 do CPM não se perfaz à míngua da inexistência de perigo causado pelo próprio agente, além de evitável de outro modo e sendo-lhe razoavelmente exigido conduta diversa",* sustentando essa assertiva em precedente desta Corte, *in litteris:*

> *"APELAÇÃO DA DEFESA. PECULATO-FURTO NA FORMA CONTINUADA (ART. 303, § 2º, DO CPM, C/C O ART. 71 DO CP). MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO REJEITADA. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO COMPROVADO.*
>
> *1. A Justiça Militar da União é competente para processar o presente feito, pois os bens subtraídos foram doados pela Receita Federal e estavam sob a administração militar. A lei penal militar tutela o patrimônio que esteja sob administração militar, independentemente da sua inclusão na carga do Exército;*
>
> ***2. Para que se possa alegar o estado de necessidade como excludente de culpabilidade é necessária a presença de algum de seus requisitos: perigo atual; proteção do direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição; involuntariedade na causação do perigo; ausência de outro modo de evitar o perigo e inexigibilidade de conduta diversa;***
>
> *3. A autoria e a materialidade do crime estão fartamente configuradas pela confissão, testemunhos e provas documentais;*

> *4. Preliminar rejeitada, por unanimidade, e, por maioria, negado provimento ao recurso."* (Apelação nº 2007.01.050796-5/PR, Relator: Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Decisão de 28/8/2008). (Os grifos não são do original).

9.2 Já em relação à incorreção da dosimetria da pena, assiste razão ao apelante.

9.2.1 Nesse diapasão, independentemente do fato de o apelante ter praticado 5 ou 10 condutas delituosas ou que o prejuízo causado ao ofendido tenha mesmo alcançado apenas o importe de R$ 1.320,00 (mil trezentos e vinte reais), ao invés de R$ 2.070,00 (dois mil e setenta reais), não paira qualquer dúvida de que o o delito foi praticado em continuidade delitiva. Todavia, o Juízo de origem laborou em equívoco na formulação da dosimetria da pena, uma vez que considerou os maus antecedentes como circunstância judicial para aplicação da pena-base, quando na verdade não havia condenação com trânsito em julgado, na data da expedição do decreto condenatório, que pudesse embasar a exasperação da pena. Além disso, foram invertidas as fases do critério trifásico da dosimetria da pena, uma vez que a continuidade delitiva foi considerada na segunda fase para, logo após, incidir a atenuante da menoridade. Vale dizer, na condenação do apelante pelo delito capitulado no art. 240, *caput*, do CPM, aplicou-se a pena-base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão em razão de maus antecedentes, aumentando-a em 1/3 (um terço) em razão de 10 (dez) operações realizadas em continuidade delitiva e, em seguida, essa pena foi diminuída de 1/5 (um quinto) em razão da menoridade, tornando-a definitiva em 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão. É nesse ponto que merece reforma a Sentença *a quo*, cabendo, consequentemente, a adoção de nova dosimetria da pena.

9.2.2 Nesse contexto, mantenho a condenação do apelante nas penas do art. 240 do CPM, aplicando-lhe a pena-base no patamar de 1 (um) ano de reclusão, considerando que lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, afastando-se a exasperação da pena pelos maus antecedentes, até porque a sua condenação pela prática do crime 161 do CPM perante a primeira instância ainda se encontra em grau de recurso, nesta Corte, nos autos da Apelação nº 60-86.2011.07.03.0203/RS, os quais estão conclusos com o Relator (Certidão de fl. 258). Ou seja, ainda milita em favor do apelante o princípio da inocência, conforme os seguintes precedentes do colento Superior Tribunal de Justiça e do Eg. Supremo Tribunal Federal, *in litteris:*

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A CRIMINALIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO.

ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Mostra-se devido o aumento na pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade, sobretudo porque o fato de a vítima ter amizade com o paciente evidencia uma conduta mais censurável do agente.

2. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

3. O fato de o paciente 'ser dado a ingerir bebidas alcoólicas nos bares' – peculiaridade que, em princípio, traz malefício a si próprio – é inadequado para avaliar a sua conduta social, circunstância judicial que está relacionada ao comportamento do agente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escolha etc.), ou seja, ao seu relacionamento no meio onde vive.

4. Da mesma forma, o fato de o acusado não ser 'afeto ao labor' também não constitui argumento apto a autorizar a elevação da pena-base a título de má conduta social, tendo em vista que, diante da realidade social brasileira, a falta de emprego é, na verdade, um infortúnio da maior parte da população, e não algo tencionado.

5. O fato de o crime ter acarretado consequências drásticas à sociedade como um todo, que se sente insegura e desamparada à vista de crimes dessa natureza, constitui elemento vago, genérico, que serviria para qualquer delito de homicídio abstratamente considerado.

6. A morte da vítima, ainda que precoce, constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo, por isso mesmo, ensejar o aumento da reprimenda-base.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir apenas em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 anos e 6 meses de reclusão." (Habeas Corpus nº 158.131/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/8/2012, Decisão publicada em 5/9/2012). (Os grifos não são do original).

*"EMENTA: '**HABEAS CORPUS'** – **ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA** DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA PENAL - **RECONHECIMENTO**, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, **DE QUE A EXISTÊNCIA** DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO, DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO **E** DE ABSOLVIÇÕES **LEGITIMA** A FORMULAÇÃO, **CONTRA** O SENTENCIADO, DE JUÍZO NEGATIVO DE MAUS ANTECEDENTES – **CONSEQUENTE EXASPERAÇÃO** DA PENA-BASE - **INADMISSIBILIDADE** – **OFENSA** AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (**CF**, ART. 5º, LVII) – **CONSEQUENTE REDUÇÃO** DA PENA AO SEU MÍNIMO LEGAL – **RESTABELECIMENTO**, QUANTO A ESSE FUNDAMENTO, DA CORRETÍSSIMA SENTENÇA **PROFERIDA** PELA MAGISTRADA **DE PRIMEIRA** INSTÂNCIA – **PEDIDO DEFERIDO**.*

*- **A mera sujeição** de alguém a simples investigações policiais (arquivadas **ou** não) **ou** a persecuções criminais **ainda** em curso **não basta**, só por si – **ante a inexistência**, em tais situações, de condenação penal **transitada** em julgado –, **para justificar** o reconhecimento de que o réu **não possui** bons antecedentes. **Somente** a condenação penal **transitada** em julgado **pode justificar** a exacerbação da pena, **pois**, com o trânsito em julgado, **descaracteriza-se** a presunção 'juris tantum' de inocência do réu, **que passa**, então, **a ostentar** o 'status' jurídico-penal de condenado, **com todas** as consequências legais daí decorrentes. **Precedentes**. **Doutrina**.*

*- **A presunção constitucional de inocência** no vigente ordenamento positivo brasileiro. **A evolução histórica desse direito fundamental** titularizado por qualquer pessoa, **independentemente** da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O 'status quaestionis' **no direito internacional**: **proteção** no âmbito regional **e** no plano global. **Presunção de inocência:** direito fundamental do indivíduo **e** limitação ao poder do Estado*

(***ADPF 144/DF***, *Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***Pleno****, v.g.).* ***Doutrina****.* ***Precedentes*** *(**STF**)."* (Habeas Corpus nº 97665, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 4/5/2010, Decisão publicada em 22/6/2011).

9.2.3 Na segunda fase, tendo em vista a inexistência de agravante, mas presente a atenuante genérica do art. 72, I, do CPM (menoridade), ante a impossibilidade de se proceder à redução da pena aquém do mínimo legal, mantenho a pena em 1 (um) ano de reclusão em observância ao art. 73 do CPM e segundo a orientação estampada no verbete da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"Art. 73. Quando a lei determinar a agravação ou atenuação sem mencionar o* quantum*, deve o juiz fixá-la entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime."*.
>
> ***"Súmula STJ nº 231:***
> *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*.

9.2.4 Na terceira fase, ausentes mojorantes e minorantes, mantenho a pena em 1 (um) ano de reclusão.

9.2.5 Por fim, no tocante à aplicação da continuidade delitiva, verifico que realmente o crime de furto não foi praticado por dez vezes, visto que as duas operações inerentes aos empréstimos BB Crédito Salário no valor, respectivamente, de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais) e R$ 100,00 (cem reais) não podem ser considerados como crime de furto, mas somente as operações relativas aos saques efetivamente realizados pelo apelante. Além disso, de acordo com os extratos bancários e com os dados consignados na Denúncia, percebe-se que as repetições de saques em determinados dias foram feitas, sucessivamente, em intervalos de minutos, por exemplo, nos dias 8 e 11 de agosto/2011. De qualquer sorte, não há possibilidade jurídica de se incidir 1/3 (um terço), a título de continuidade delitiva, no presente caso, considerando que a pena definitiva ficaria 1 ano e 4 meses de reclusão, acima, portanto, da pena imposta pelo Juízo de origem, o que só seria possível mediante recurso do Ministério Público Militar. Como o apelo é somente da Defesa, faço incidir a proporção de 1/6 (um sexto), tornando a pena definitiva em 1 ano e 2 meses de reclusão, com fulcro no art. 240, *caput*, c/c o art. 71 do CP comum, mantendo os demais termos da Sentença.

9.3 No tocante ao pedido de substituição da sanção penal por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP comum, defende o apelante que – segundo entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal – é socialmente recomendável, no caso dos autos, a substituição da pena corporal imposta ao apelante por penas restritivas de direitos, uma vez que ele ostenta, atualmente, a condição de civil, aduzindo que os seus serviços e o pagamento de sanção pecuniária reverterão em benefício da comunidade. Contudo, o entendimento desta Corte é no sentido de afastar essa possibilidade, conforme o seguinte precedente, assim ementado, *in litteris:*

> *"EMENTA: CRIME DE DESERÇÃO CAPITULADO NO ART. 187 DO CPM. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO 'A QUO'. CONCESSÃO DO* SURSIS. *IMPOSSIBILIDADE. TRANSFORMAÇÃO DA PENA DE PRISÃO PARA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.*
>
> *II – Defesa argumenta que o militar fazia jus ao benefício do* sursis *por ser crime de menor potencial ofensivo, bem como pelo fato de estar passando por problemas familiares. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.*
>
> *III – Pleito indeferido, respectivamente, ante a vedação legal ínsita no artigo 88, inciso II, letra 'a', do CPM,* e *a falta de previsão legal na legislação penal castrense. Não há que se comparar o crime de Deserção com crimes de menor potencial ofensivo, bem como aplicar-lhe institutos de Direito Penal comum, considerando a gravidade desse crime no âmbito castrense.*
>
> *Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime."* (APELAÇÃO Nº 98-97.2010.7.08.0008/PA, Brasília, 26 de março de 2012).

10. No que diz respeito ao prequestionamento dos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos LVII e XLVI, e 124, todos da Constituição Federal, vale tecer algumas considerações.

10.1 Evidentemente que o princípio da dignidade humana agrega diversos direitos e garantias, todos plasmados na nossa Carta Política, principalmente para fins penais. No caso dos presentes autos, não vislumbro qualquer violação desse princípio, uma vez que só foram verificadas algumas incorreções no decreto condenatório, na parte referente à dosimetria da pena, o que foi prontamente reconhecido.

Assim, não há qualquer violação do inciso III do art. 1º da Constituição Federal.

10.2 O mesmo raciocínio aplica-se ao prequestionamento do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, considerando que esse preceito constitucional foi corretamente observado com a revisão da dosimetria da pena por esta Corte, apesar de não ter sido possível admitir a substituição da sanção penal por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP comum, conforme o entendimento deste Tribunal já demonstrado anteriormente.

10.3 Em relação à alegação de que foi violado o inciso LVII do mesmo art. 5º, ou seja, que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, essa matéria também já foi enfrentada anteriormente, quando esta Corte, reformando a Sentença *a quo,* deixou de considerar os maus antecedentes como circunstância judicial para aplicação da pena-base, quando na verdade não havia condenação com trânsito em julgado, na data da expedição do decreto condenatório, que pudesse embasar a exasperação da pena.

10.4 E, por fim, em relação à violação do art. 124 da Constituição Federal, a matéria foi debatida em sede de preliminar, ocasião em que foi sustentada a competência desta Justiça castrense para processar e julgar o feito, fazendo incidir a disposição contida no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, por se tratar de crime praticado por militar contra militar da ativa.

Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao Apelo defensivo para, reformando a Sentença *a quo,* reduzir a pena imposta ao apelante para 1 ano e 2 meses de reclusão, com fulcro no art. 240, *caput*, c/c o art. 71 do CP comum, mantendo os demais termos da Sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pela Defesa do ex-Sd Ex Magnus Eliseu Dutra Martins, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito e, no mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Apelo defensivo para, reformando a Sentença *a quo*, reduzir a pena imposta ao Apelante para 1 ano e 2 meses de reclusão,

com fulcro no art. 240, *caput*, c/c o art. 71 do CP comum, mantidos os demais termos da Sentença.

Brasília, 27 de fevereiro de 2013 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 117-70.2012.7.03.0203-RS

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – Vital de Lima Rodrigues, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 26/2/2013.

Advogados – Dr. Fernando Corrêa Krüger e Dr. Vilson Farias.

EMENTA

APELAÇÃO. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. 1. Substância apreendida e encaminhada para a Delegacia de Polícia Federal. Testes químicos preliminares efetuados com o "Teste de Scott", resultando positivo para cocaína. 2. A simples alegação de que trazia a droga consigo inocentemente, por tê-la tirado de um amigo para jogar fora, não descaracteriza o tipo penal. 3. A ausência de exame toxicológico, a fim de comprovar o uso do entorpecente, não descaracteriza o tipo penal, uma vez que a materialidade do delito caracteriza-se pela ação de "trazer consigo" substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar. 4. Recurso defensivo a que se nega provimento. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao apelo da Defesa, para manter na íntegra a Sentença de primeira instância, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e José Américo dos Santos não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 53ª Sessão, 1º/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelos Advogados Fernando Corrêa Krüger e Vilson Farias, inconformados com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, de 26 de fevereiro de 2013, que condenou à pena de 01 (um) ano de reclusão, com direito a detração nos moldes do artigo 67 do CPM, o Apelante VITAL DE LIMA RODRIGUES, ex-Sd Exército, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, sendo concedido ao réu a suspensão condicional da execução da pena pelo prazo de 2 (dois) anos.

A Denúncia (fls. 2/4), oferecida pelo MPM em 17 de dezembro de 2012, e recebida no dia 19 de dezembro de 2012 (fl. 59), narra, em essência, que:

> *"No dia 4 de dezembro de 2012, por volta das 21h30min, no portão das armas do QG da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, em Pelotas/RS, o 3º Sgt Maiander Melo dos Santos percebeu a chegada do Sd EV Vital de Lima Rodrigues ao aquartelamento, interpelando-o acerca do motivo por que não estaria usando sua boina. Como o Sd Vital respondesse, em tom alterado, que havia perdido, o 3º Sgt Maiander disse ao ora denunciado que o aguardasse enquanto terminava o pernoite para depois falar com ele.*
>
> *Após realizada a divisão das tarefas de ronda, o 3º Sgt Maiander procedeu uma revista no Sd Vital, encontrando no bolso esquerdo superior da gandola deste último um saquinho plástico contendo substância com características de cocaína.*
>
> *Em seguida, o 3º Sgt Maiander, acompanhado do 2º Sgt Leonardo Sienra Martins, Adjunto ao Oficial-de-Dia, e do 3º Sgt Yuri Mello dos Santos, Comandante-da-Guarda, conduziu o ora denunciado até o Oficial-de-Dia, 2º Ten Yuri Barcellos Jorge Crizel, passando-se à lavratura do flagrante.*

A substância apreendida foi encaminhada para a Delegacia de Polícia Federal em Pelotas, sendo constatado tratar-se de uma (1) peteca confeccionada em material plástico de cor transparente, contendo em seu interior, substância em pó na cor branca, suspeita de conter cocaína em sua composição, com massa bruta de 0,84g (oitenta e quatro centigramas). (...) Os testes químicos preliminares foram efetuados com o Teste de Scott, resultando ***positivo*** *para o alcaloide* ***cocaína****. A* ***COCAÍNA*** *é uma substância entorpecente, de* ***USO PROSCRITO NO BRASIL,*** *podendo causar dependência física e/ou psíquica, em conformidade com a* ***Portaria nº 344/98-svs/MS,*** *de 12/5/98, republicada no DOU em 1º/2/99 (...)*

Assim, o agente trazia consigo substância entorpecente, sem autorização, em local sujeito à administração militar (...)".

Acompanharam a Inicial os seguintes documentos, dentre outros: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 08/16); Ofício nº 01-Cmt/Cia C, solicitando o Laudo Preliminar de Substância Entorpecente (fl. 12); Laudo Pericial Preliminar de Constatação nº 190/2012 – UTEC/DPF/PTS/RS (fls. 38/39); Laudo Pericial Definitivo nº 1602/2012 – SETEC/SR/DPF/RS (fls. 96/99), do Departamento de Polícia Federal.

O MPM arrolou como testemunhas: 2º Ten Yuri Barcellos Jorge Crizel; 2º Sgt Leonardo Sienra Martins; 3º Sgt Yuri Mello dos Santos; 3º Sgt Maiander Melo dos Santos e o Sd EV Rafael Consentins Gouveia.

Consta dos autos o Termo de Qualificação e Interrogatório (fls. 109/111), no qual alega o Réu, em síntese:

"Que são verdadeiros os fatos narrados na Denúncia; que apenas utilizou droga, no caso maconha, uma única vez e fora do quartel; que não é usuário de drogas; que estava residindo no quartel e quando terminou o expediente saiu do quartel para visitar um amigo, cujo nome prefere não revelar; que ao chegar à residência deste amigo, o mesmo estava com cocaína e ofereceu ao depoente, que disse que não usava drogas, e também pediu para seu amigo que não a utilizasse; que tomou a droga de seu amigo, para que ele não a utilizasse, tendo colocado a cocaína no bolso de sua farda; (...) que em nenhum momento se lembrou que estava com a droga no bolso; que, inclusive, teria tido tempo suficiente para descartar a droga; (...) que o Sgt Maiander tocou nos bolsos do interrogado e encontrou a droga em um deles; que foi só neste momento que percebeu que a droga

ainda estava no bolso; que realmente estava sem cobertura quando entrou no quartel, pois havia esquecido a mesma na casa de sua mãe; (...)".

O 2º Tenente YURI BARCELLOS JORGE CRIZEL, após prestar o compromisso legal, alegou:

> *"Que estava de Oficial de Dia na data dos fatos; que estava realizando o pernoite quando notou que o Sd Vital estava chegando ao quartel sem portar sua boina, em um moto-táxi; que o Sgt Maiander abordou o Sd Vital; que o Sd Vital foi ríspido ao responder ao Sgt Maiander que havia esquecido a boina; (...) que tomou as providências para remeter a substância à Polícia Federal, fins constatar se realmente era droga; que mais tarde conversou com o Vital e o mesmo informou que a substância realmente era droga, mas que ele pretendia jogá-la fora e não levá-la para o quartel.* ***DADA A PALAVRA AO MPM, PR.:*** *que foi o depoente que figurou como presidente do APF; que Vital disse ao depoente que pretendia jogar a droga fora e não levá-la para o quartel, em uma conversa informal, quando o depoente foi perguntar se o mesmo queria informar a seus familiares sobre a prisão; que, ao ser ouvido formalmente no APF, o Sd Vital não repetiu essa afirmação; que Vital disse que não era usuário de drogas, ressaltando que somente utilizava drogas porque estava com alguns problemas familiares; que Vital não especificou se estava usando drogas naquele período do flagrante.".*

A Defesa não arrolou testemunhas (fl. 122).

No prazo do art. 427 do CPPM, nada foi requerido pelo Ministério Público Militar (fl. 126) e pela Defesa (fl. 128).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar (fls. 133/137) requereu a condenação do Réu VITAL DE LIMA RODRIGUES, ex-Sd do Exército, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, na modalidade "trazer consigo" substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar, nos seguintes termos:

> *"(...) a autoria do delito restou devidamente comprovada pela confissão dos acusados (*sic*), bem como pelos depoimentos das testemunhas.*
>
> *A materialidade resta cristalizada pelo Laudo de Perícia Criminal Federal de fls. 96/99, o qual concluiu que a substância apreendida é Cocaína, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, (...).*

O artigo 290 da Lei Penal Militar, pelo qual o réu está sendo processado, tipifica 11 (onze) formas de conduta, sendo que basta ao agente cometer uma delas para prática do crime de 'Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar'. Assim, o delito em tela não exige que se comprove que o militar fez ou faria uso da droga no interior do aquartelamento. Já que o simples fato de 'trazer consigo' a substância já é suficiente para configurar o crime.".

A Defesa, em alegações escritas (fls. 140/146), requereu a absolvição do crime previsto no art. 290 do CPM, por entender que:

"(...) a conduta do acusado em trazer consigo uma ínfima quantidade de substância entorpecente é incapaz de causar risco de lesão à saúde pública, que é o único bem jurídico tutelado no artigo 290 do Código Penal Militar.

Devendo-se aplicar, portanto, o princípio da Insignificância Penal, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal (...)".

Em 26 de fevereiro de 2013, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército condenou à pena de 1 (um) ano de reclusão, com direito a detração nos moldes do art. 67 do CPM, o ex-Sd do Exército VITAL DE LIMA RODRIGUES, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, sendo concedido ao réu a suspensão condicional da execução da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, com base no art. 84 do CPM c/c o art. 606 do CPPM, observadas as condições do art. 626 do CPPM (exceto alínea "a"), além do comparecimento trimestral em juízo, aplicando, ainda, o § 4º do artigo 608 do CPPM, consistindo na obrigação de caráter pedagógico no sentido de entregar a quantia de R$ 100,00 (cem reais) à entidade beneficente. Foi concedido direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, conforme regra do art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, a ser aplicado na hipótese do réu não aceitar as condições estabelecidas para o *sursis* ou, vindo a aceitá-las, o benefício vier a ser revogado, na forma da lei (fls. 177/179).

Em 1º de março de 2013, a Defesa interpôs recurso de Apelação (fl. 187).

Nas Razões de Apelação (fls. 188/196), a Defesa pugna pela reforma da Sentença para absolver o Apelante do crime previsto no art. 290 do CPM, alegando que o mesmo não teria ingressado na caserna com o entorpecente, vez que o 3º Sgt Maiander determinou que o aguardasse enquanto terminava o pernoite.

Alegou, ainda, que não foi realizado exame toxicológico no acusado, o que confirmaria as alegações do mesmo em não ser usuário de drogas.

Também suscitou a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, alegando que o artigo 290 do CPM não faz distinção entre usuário e traficante, aplicando a mesma pena para os delitos. Requer, ainda, a aplicação do Princípio da Insignificância, tendo em vista a ínfima quantidade de entorpecente apreendida, e, por fim, a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06, considerando-a como *Lex Mitior*.

Em contrarrazões (fls. 208/213), o Ministério Público Militar entendeu que a autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas, não só pela confissão do Apelante, mas, também, pela confirmação das informações no conjunto probatório carreado aos autos.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de 7 de maio de 2013 (fls. 223/226), da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opina pelo não provimento do Recurso interposto, para manter inalterada a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos, uma vez que, *in verbis*:

> *"(...) Materialidade e autoria plena e cabalmente comprovadas, não havendo base para acolher a pretensão recursal. Confessado o crime não há dúvidas da autoria, também assim, a materialidade, pela prova técnica, sendo justa a reprimenda. (...)"*.

É o relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Consta nos autos que o Sd Ex VITAL DE LIMA RODRIGUES, no dia 4 de dezembro de 2012, por volta das 21h30, chegou fardado, em um "moto-táxi", ao portão das armas do QG da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, em Pelotas/RS. O 3º Sgt MAIANDER, ao perceber que o referido militar não estava fazendo uso de sua boina, interpelou-o acerca do motivo.

O Sd VITAL, em tom alterado, respondeu que havia perdido, quando, então, o 3º Sgt MAIANDER determinou que o aguardasse enquanto terminava o pernoite para depois falar com ele.

Depois de realizada a divisão das tarefas de ronda, o 3º Sgt MAIANDER procedeu revista no Sd VITAL, encontrando no bolso de sua gandola um saco plástico contendo substância com características de cocaína.

Em seguida, o 3º Sgt MAIANDER, acompanhado do 2º Sgt Leonardo Sienra Martins, Adjunto ao Oficial de Dia, e do 3º Sgt Yuri Mello dos Santos, Comandante-da-Guarda, conduziu o Sd VITAL até o Oficial de Dia, 2º Ten Yuri Barcellos Jorge Crizel, passando-se à lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

A substância apreendida foi encaminhada para a Delegacia de Polícia Federal. Os testes químicos preliminares foram efetuados com o Teste de "Scott", resultando **positivo** para **cocaína.**

Da análise processual, depreende-se que, de fato, ficam comprovadas a autoria e a materialidade do delito, vez que a simples alegação de que trazia inocentemente a droga consigo, por tê-la tirado de um amigo para jogar fora, não descaracteriza o tipo penal em tela.

Não procede a alegação da Defesa quanto ao não ingresso do Réu na OM com o entorpecente, vez que o mesmo já estava em local sujeito à administração militar, pois, ao ser interpelado e revistado pelo 3º Sgt MAIANDER, o Sd VITAL já teria adentrado pelo Portão das Armas do QG da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada.

Quanto à alegação da não realização do exame toxicológico no Acusado, a fim de comprovar que o mesmo não seria usuário de drogas, entendo que de nada adiantaria, uma vez que a materialidade do delito caracterizou-se pela ação de "trazer consigo" substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar.

Com relação à aplicação do Princípio da Proporcionalidade, suscitado pela Defesa, alegando que o artigo 290 do CPM não faz distinção entre usuário e traficante, por consequência, aplicando-se a mesma pena para os delitos, trago à baila o trecho do parecer da douta PGJM, *in verbis:*

> *"(...) ao pretender-se aplicar as premissas da Lei nº 11.343/06 no âmbito do Direito Penal Militar, tão somente aos usuários, cria-se uma norma híbrida, estranha ao ordenamento jurídico, já que o CPM concede ao traficante um tratamento mais brando que a referida Lei, sendo tal prática expressamente vedada pela regra do art. 2º, § 2º, daquele Diploma Legal. (...)".*

Com relação à aplicação do Princípio da Insignificância aos delitos de porte de entorpecente em local sujeito à administração militar, esse tem sido o entendimento desta Corte:

> *"APELAÇÃO. DEFESA. POSSE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE DOLO E DE IMPUTABILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de posse de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar, em respeito aos princípios da hierarquia e da disciplina. Não houve revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343, vez que se aplica o princípio da especialidade para a legislação militar, não havendo retroatividade da lei mais benéfica. Alegação do acusado de 'esquecimento' da substância entorpecente em sua carteira não é suficiente para afastar o dolo da conduta. A mera condição de usuário ocasional de substância entorpecente não gera inimputabilidade, não se podendo excluir a culpabilidade da conduta criminosa. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime."* (STM – Apelação nº 23-94.2012.7.11.0011/DF, Relator o Ministro Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES, julgado em 21/3/2013, publicado no DJe em 12/4/2013).

Coaduna desse entendimento o Supremo Tribunal Federal, adotado no *Habeas Corpus* nº 107688/DF, Segunda Turma, Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em 7/6/2011, Decisão unânime:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não se define pela quantidade, nem mesmo pelo tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. (...)".*

Por fim, a Defesa postula a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06, considerando-a como *Lex Mitior*.

Nesse aspecto, ainda em Parecer, a douta PGJM dispõe que:

> *"(...) a Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06) é incompatível com a matéria disciplinada no artigo 290 do Código Penal Militar, sendo que o critério adotado, neste caso, é o da especialidade e não o da retroatividade da lei penal mais benéfica, tudo também conforme jurisprudência consolidada deste E. Tribunal. (...)".*

Diante de tudo, não há como admitir a tese defensiva que pleiteia a reforma da Sentença para absolver o Apelante VITAL DE LIMA RODRIGUES pelo crime tipificado no art. 290 do CPM.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e não provimento do Recurso da Defesa para manter íntegra a Sentença de 1ª Instância por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença recorrida.

Brasília, 1º de agosto de 2013 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 129-83.2011.7.08.0008-PA

Relator – Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Pébel Augustus Brasil da Silva, S2 Aer, do crime previsto no art. 187 do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 13/8/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ARTIGO 187 DO CPM. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. Recurso Ministerial pleiteando a condenação do Réu pelo crime de deserção. Trata-se da hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, prevista no Art. 39 da Lei Penal Militar, a excluir a culpabilidade do agente. As provas produzidas pela Defesa, tanto testemunhal quanto documental, são harmônicas entre si, de modo a fazer crer que a difícil circunstância familiar impossibilitou o Apelado ao cumprimento do dever militar. Apelo ministerial a que se nega provimento. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso ministerial, para manter na íntegra a Sentença que absolveu o S2 Aer Pébel Augustus Brasil da Silva, do crime tipificado no art. 187 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Ministro Luis Carlos Gomes Mattos não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente a Subprocuradora-Geral de Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Carlos Alberto Marques Soares e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 22/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, irresignado com a Sentença *a quo* que absolveu o Soldado da Aeronáutica PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA do crime de **deserção**.

Narra a exordial acusatória que o Militar, servindo no Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Belém/PA, ausentou-se de sua OM, sem autorização, desde o expediente do dia 27 de maio de 2011, sendo excluído a partir de 05 de junho seguinte e capturado no dia 3 de setembro daquele ano (fls. 02/03).

É da Denúncia:

> *"No dia 27/5/2011, no Quartel do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Belém (BINFAE-BE), em Belém/PA, constatou-se a falta do S2 SNE PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, praça de 3/8/2009 (fl. 5).*
>
> *O ORA DENUNCIADO não retornou à sua Unidade, passando a figurar na condição de ausente.*
>
> *Às fls. 9-10, encontra-se juntado o Termo de Arrolamento de Bens deixados e extraviados pelo S2 SNE PEBEL.*
>
> *Após transcorrerem mais de oito dias, contados do dia seguinte ao da verificação da ausência injustificada do ORA DENUNCIADO e, não tendo este se apresentado em sua Unidade, passou a situação de DESERTOR, ensejando a lavratura do Termo de Deserção de fl. 11, bem como sua exclusão do Serviço Ativo da Aeronáutica (fls. 11/13).*
>
> *Em 30.09.2011(*sic*), o nominado desertor foi capturado, sendo levado à inspeção de saúde, que o considerou 'apto' (fls. 57), razão pela qual foi reincluído ao serviço ativo da Aeronáutica Brasileira (fl. 58), sendo recolhido ao xadrez da sua unidade (fl. 48).*
>
> *Ao se ausentar da Unidade onde servia, sem justificativa ou autorização legal, por mais de 8 (oito) dias, incorreu o ORA DENUNCIADO no delito de Deserção, consubstanciado no artigo 187 do Código Penal Militar.*
>
> *Pelo exposto, requer o Ministério Público Militar seja recebida e autuada a presente DENÚNCIA, com a citação do S2 SNE PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar, para se ver processar e julgar, com final condenação, observadas as formalidades legais"* (fls. 02/03).

Serviu de base à Denúncia a Instrução Provisória de Deserção, contendo as seguintes principais peças: Parte nº 420/BINFAEBE constan-

do falta injustificada do Réu e inclusão de seu nome em folha de Pernoite (fl. 05/06); Parte de Ausência (fl. 07); Cópia da Folha de Pernoite de Militar Ausente constando que o Acusado faltou ao expediente do dia 28 de maio ao dia 4 de junho de 2011 (fl. 08); Parte Acusatória (fl. 10); Inventário de Bens (fls. 11/12) e Termo de Deserção com a determinação de exclusão (fl. 13); boletim interno que publicou o termo de deserção e a exclusão do militar a partir 5 de junho de 2011 (fl. 14).

O Juízo *a quo,* atendendo ao pedido do MPM (fl. 20), determinou a juntada das cópias autenticadas das Folhas de Alterações e da Ficha de Identificação do Acusado. Determinou, também, que fosse realizada diligência no endereço informado pelo Desertor para se saber o seu paradeiro para fins de captura (fl. 23).

A diligência foi realizada em 18 de agosto de 2011, no entanto, o Acusado não foi encontrado no endereço informado por ele.

A Ficha de Identificação e as Folhas de Alterações foram juntadas às fls. 31/47.

O Desertor foi capturado em 3 de setembro de 2011 (fl. 50). Submetido à Inspeção de Saúde pela Junta Médica da OM, foi considerado apto (fl. 59), sendo determinada sua reinclusão a contar da data da captura (fl. 60).

Por ocasião do oferecimento da denúncia, o *Parquet* requereu a juntada dos antecedentes criminais do Indiciado relativos às Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral (fl. 67). Este pedido não foi atendido.

A Denúncia foi recebida em 3 de outubro de 2011 (fls. 70/71).

Devidamente citado (fl. 78), qualificado e interrogado em 10 de outubro de 2011, o Réu declarou que é praça da Aeronáutica desde o dia 3 de agosto de 2009; que, no período compreendido de 27 de maio a 5 de junho de 2011, estava na casa de sua mãe, em Belém, mas, como sabia que estava praticando crime militar e que seria capturado, foi para a casa de uma amiga, em Belém; que a acusação contida na denúncia é verdadeira; que os fatos que o levaram a deserção estão relacionados com problemas de saúde de sua irmã e também de sua mãe; que seus pais são separados, mencionando que sua irmã mais velha morava com o pai, enquanto que, com a mãe, moram o Depoente e outra irmã; que sua mãe é professora e trabalhava dando aulas de manhã e de tarde; que, antes da deserção, no mês de abril/2010, sua irmã mais nova apareceu com um tumor na cabeça, sendo internada no Hospital Saúde da Mulher, onde foi submetida a uma cirurgia no cérebro, mencionando que teve

sequelas perdendo a visão; que, após a cirurgia, sua irmã passou a apresentar inúmeros problemas, pois esquecia o que estava acontecendo, tinha crises de desmaios, às vezes caía e até fazia necessidades fisiológicas no próprio quarto; que, em decorrência dos problemas, sua mãe passou a trabalhar apenas pela parte da tarde, largando o emprego que tinha pela parte da manhã; que, ainda em 2010, sua irmã mais velha também passou por problemas de saúde apresentando um tumor, provavelmente no útero, e por esse motivo faleceu em janeiro/2011; que sua mãe também teve um problema de saúde, relacionado à pedra na vesícula; que o Depoente estava com férias programadas para abril, que foram transferidas para maio e depois riscaram seu nome da lista de militares que estariam de férias; que nessa época sua irmã piorou muito, ficou magra, sendo que o Depoente tinha que ajudar sua mãe e sua irmã doente, por isso resolveu se ausentar sem autorização da OM onde servia, sabendo que estava praticando um crime militar; que hoje ficou sabendo, no recinto da prisão, através de sua mãe, que sua irmã voltou a ser hospitalizada, estando em coma no Hospital Saúde da Mulher; que sua avó vez por outra ia ajudar sua mãe, mencionando que suas tias pouco podiam ajudar, pois elas têm suas obrigações em suas casas e como era o mais próximo que poderia ajudar, resolver fazer o que fez, complementando que estava na casa de sua amiga, mas ia ajudar sua mãe e depois retornava para a casa da amiga; que, ao ser capturado, estava na casa de sua amiga; que não lembra quando sua irmã recebeu alta da cirurgia, mas, após a cirurgia, ela ainda permaneceu por uma semana no Hospital; que sua irmã possui plano de saúde; que, com os proventos que recebe da Aeronáutica, ajuda sua mãe, pois compra alimentos para casa; que, quando teve suas férias remanejadas para maio, chegou a conversar com o seu Chefe, no entanto não lhe relatou os problemas que passava em casa; que não lembra qual o mês de 2010 em que solicitou o engajamento; que tinha conhecimento que, ao ser declarado desertor, seria excluído da Força e ficaria sem vencimentos; que, na época em que solicitou o engajamento, sua irmã já estava operada, mas não apresentava as crises que hoje apresenta; que não tinha condições de contratar uma empregada para cuidar da irmã, mencionando que sua mãe chegou a contratar uma pessoa para essa tarefa, pelo que pagava cinquenta reais, entretanto, como não deu certo, sua mãe dispensou tal pessoa; que não chegou a comunicar os problemas a sua chefia, porque pensou que iria tirar suas férias no mês de maio; que não chegaram a procurar outra pessoa para ajudar a sua irmã, porque não tinham mais condições da pagar outra pessoa, até porque tinha parado de receber; que sua mãe se afastou do trabalho, em decorrência da pedra na vesícula; que chegou a ser hospitalizada e operada, mencionando que

tem documentação médica para provar o que está dizendo; que não teve conhecimento do motivo pelo qual não gozou suas férias; que não houve publicação no Boletim para gozar férias no mês de abril nem no mês de maio, complementando que até hoje ainda não tirou férias; que nunca respondeu a processos, nem teve envolvimento com a Polícia Civil (fls. 81/84).

Em Sessão de 10 de outubro de 2011, o MPM requereu que fosse feita a retificação da data da captura do Desertor, que consta da Denúncia 30/9/2011, para 3/9/2011. A Defesa, por sua vez, requereu a juntada aos autos de cópias de vários documentos médicos e Certidão de Óbito referentes à irmã do Acusado. O Juízo *a quo* determinou que fosse dada vista dos autos ao MPM, para analisar os documentos apresentados pela Defesa. Em seguida, a Defesa pediu vista dos autos para arrolar testemunhas, sendo deferido o pleito. Requereu, ainda, a Liberdade provisória do Acusado, tendo o MPM se manifestado contrário ao deferimento do pedido (Ata de fls. 85/86).

Foram juntadas aos autos cópias dos seguintes documentos: Certidão do Óbito de EROTILDES SHIRLEY PEREIRA DA SILVA, irmã do Acusado (fl. 88); Relatório de Exame Anátomo-Patológico (fl. 89), Ultrassonagrafia Pélvica Ginecológica (fl. 90); Pedido de Exame Osmolalidade Urinária e Sérica (fls. 91 e 93); Resultados de exames de sangue e urina (fl. 92, 94/104, 107); Receita de medicamentos (fl. 105); Relatório de Ressonância Magnética do Crânio (fl. 106) e RG (fl. 109/109v) referentes à BELPE CINTHIA BRASIL DA SILVA; Comprovante de inscrição no Plano de Assistência à Saúde em nome de PEDRO PAULO PEREIRA DA SILVA, pai do Acusado, e PETRUS PAULUS COSTA DA SILVA, PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, BELPE CINTHIA BRASIL DA SILVA e MARIA DE JESUS P. DA SILVA como dependentes (fl. 108/108v); e Contracheque de aposentadoria em nome de PEDRO PAULO PEREIRA DA SILVA (fl. 110/110v).

Em 20 de outubro de 2011, a Defesa requereu a oitiva das seguintes testemunhas: ANA LÚCIA TENÓRIO, BELPE CINTHIA BRASIL DA SILVA e ISABEL VAZ BRASIL, e tendo conhecimento do limite máximo de três testemunhas para depor em Juízo, caso alguma testemunha citada não comparecesse, requereu a intimação de GISELE SUANY BRASIL (fl. 113).

Em Sessão de 25 de outubro de 2011, o Juízo *a quo* deliberou no sentido do relaxamento da prisão do Acusado, determinado a expedição do Alvará de Soltura se por outro motivo o Réu não estivesse preso (fls.

116/117). O Alvará de Soltura foi devidamente cumprido no mesmo dia (fls. 124 e 137).

À fl. 125, encontra-se um laudo médico, daquele dia 25, atestando que o Acusado apresentava, em geral, um bom estado de saúde.

A Certidão de Óbito de BELPE CINTHIA BRASIL DA SILVA, irmã do Acusado, foi juntada à fl. 153. Ela faleceu no dia 9 de janeiro de 2012 sendo a causa da morte parada cardiorrespiratória e neoplasia de sistema central.

Em Sessão do dia 10 de fevereiro de 2012, foram inquiridas as testemunhas arroladas pela Defesa, ANA LÚCIA BALIEIRO TENÓRIO e ISABEL VAZ BRASIL.

E declararam:

- ANA LÚCIA BALIEIRO TENÓRIO: que conhece o Acusado desde o mês de julho de 2009, pois seu irmão era namorado da mãe dele e por isso considera o Réu como seu sobrinho; que, em relação à ausência desautorizada em maio de 2011, teve conhecimento do fato, mencionando que nessa época o Réu ia muito a sua casa e por isso sabe dizer que ele ficou em casa para ajudar sua irmã BELPE, a qual sofria com um tumor no cérebro; que ela sofria com alucinações, mencionando que passaram por uma fase difícil, pois a irmã do Réu, que tinha 19 anos de idade, teve uma piora no seu estado de saúde e passou algum tempo acamada; mencionou que ela se sujava e que precisavam carregá-la até o banheiro para lavá-la e que o Soldado PÉBEL é que tinha força para carregar a irmã até o banheiro; que por algum tempo ela foi medicada, tendo alguma melhora e voltou a andar; que, durante o tempo em que o S2 PÉBEL ficou ausente do quartel, ele não exerceu qualquer atividade que não fosse cuidar da irmã em casa, mencionando que ele nem estudava; que teve conhecimento da captura do Acusado, pois a patrulha da Aeronáutica foi até sua residência, onde capturaram o Soldado e o conduziram para o quartel; que a irmã do Acusado chamada BELPE faleceu no dia 9/1/2012; que tem conhecimento, pois o Réu lhe relatou durante sua ausência que estava ajudando sua mãe, mas sabia que ia *"se dar mal no quartel"* (fls. 178/179).

- ISABEL VAZ BRASIL: que sabe dizer que seu filho incorporou na Aeronáutica no ano de 2009, embora não lembre o mês da incorporação; que, após o serviço militar obrigatório, seu filho pediu prorrogação e por isso foi engajado em 2010; que tem conhecimento que seu filho não era dado a chegar atrasado ao quartel nem a faltar ao serviço e que ele

cumpria com a sua obrigação, chegando nos horários determinados; que também teve conhecimento da segunda ausência desautorizada de seu filho em maio de 2011, mencionando que o motivo dessa segunda ausência refere-se ao estado de saúde da irmã do Acusado, BELPE; que, no dia 3/5/2011, ela passou mal e foi levada ao Hospital Saúde da Mulher; que ela continuou passando mal e sempre era levada para hospitais, tendo, inclusive, atendimento no Hospital Porto Dias; que nesse período seu filho PÉBEL sempre esteve ao seu lado a ajudando com o problema de sua filha; que a situação dela se agravou até que não conseguiu mais andar, sendo recomendada que a Depoente adquirisse uma cadeira de rodas, sendo que não tinha dinheiro para comprar tal cadeira; que sua filha era de vez em quando levada ao Hospital onde tomava soro e depois retornava para casa; que o estado dela se agravou, chegando ao ponto de não comer mais, de não reagir, não raciocinar, tendo inclusive que ser carregada para se lavar, quando passou a usar fraldas; que seu filho PÉBEL sempre a ajudou carregando a irmã, mencionando que em certo momento teve que voltar para o trabalho e PÉBEL ficou cuidando de sua filha em casa; que, após seu filho ter sido preso, foi visitá-lo por duas vezes na companhia de sua sobrinha GISELE, informando a ele que sua irmã estava mal; que, por último, no mês de janeiro deste ano, sua filha BELPE foi internada no Hospital Camilo Salgado, onde veio a falecer (fls. 180/181).

Durante aquela Sessão, a Defesa manifestou-se pela desistência da testemunha GISELE SUANY BRASIL. O MPM requereu que fossem requisitados ao Hospital Saúde da Mulher e Hospital Camilo Salgado os prontuários médicos relacionados à doença pela qual foi acometida a Sra. BELPE, irmã do Acusado, bem como fosse ouvido em Juízo, na qualidade de testemunha, o Dr. REGINALDO NASCIMENTO BRITO, médico que assistiu a irmã do Acusado, durante o seu tratamento, a fim de prestar esclarecimentos acerca do estado de saúde daquela Paciente à época. Os pleitos foram deferidos pelo Juízo que decidiu também determinar a quebra de sigilo médico de BELPE para detalhar todo o histórico relacionado ao tumor cerebral. Determinaram-se, ainda, as diligências pertinentes para a oitiva da testemunha arrolada pelo MPM, Dr. REGINALDO NASCIMENTO BRITO. Por fim, foi decidido que os processos referentes às duas Deserções do Acusado deveriam seguir separadamente, sendo que a Defesa pleiteou, na oportunidade, a unificação para melhor apreciação acerca da continuidade delitiva (Ata de fls. 182/188).

Em 5 de março de 2012, o Comandante do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Belém enviou o Ofício nº 30/BINFAE-

BE/8072 para o Juízo *a quo* informando que o Acusado responde ao processo de deserção nº 13-77.2011.7.08.0008 além do presente processo; passou à situação de ausente à 00h00min do dia 3 de março de 2012 (fl. 197) e que no dia 7 do mesmo mês apresentou-se na OM (fl. 202).

No dia 18 de maio de 2012, o Comandante do Batalhão de Infantaria da Aeronáutica Especial de Belém enviou um novo Ofício para o Juízo *a quo* informando que o Réu estava insistindo em praticar transgressões disciplinares, tais como faltas, atrasos e ausências não autorizadas, o que resultou em 82 (oitenta e dois) dias de prisão disciplinar, durante o período de janeiro a maio de 2012 (fls. 209/210).

Em Sessão de 31 de maio de 2012, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica decidiu adiar a sessão de julgamento, para designação de data para a oitiva da testemunha Dr. REGINALDO NASCIMENTO BRITO. O MPM requereu que fosse requisitado a OM a complementação das folhas de alterações do Acusado, bem como da cópia da Certidão de Óbito de EROTILDES, irmã do Acusado, sendo tudo deferido. Ao final, o Juiz-Auditor chamou a atenção do Acusado em relação às transgressões disciplinares por ele cometidas, advertindo-o sobre as possíveis consequências, tais como prisão preventiva e reflexos na aplicação da pena (Ata de fls. 212/213).

Em 13 de junho de 2012, o Comandante da OM reafirmou que o Acusado persistia na prática de transgressões disciplinares, passando a situação de ausente em 12 de junho, completando 48 horas de ausência naquele dia (fls. 217/218).

Às fls. 225/246, foi juntada a complementação das Folhas de Alterações do Acusado requerida pelo MPM.

Em Sessão do dia 13 de agosto de 2012, foi ouvida a testemunha arrolada pelo MPM, Dr. REGINALDO NASCIMENTO BRITO, que declarou que recebeu como paciente BELPE CINTIA, sendo diagnosticada com um tumor no cérebro, pelo que foi submetida a uma cirurgia de alto risco e complexidade; que, após a cirurgia, realizada no dia 14 de abril 2010, BELPE foi conduzida para tratamento intensivo, ficando internada na UTI do Hospital Saúde da Mulher por aproximadamente três dias; que, após esse fato, foi conduzida para enfermaria permanecendo hospitalizada até o dia 5 de maio 2010, quando recebeu alta; que posteriormente acompanhou o tratamento ambulatorial que perdurou por um tempo aproximado de dois a três meses, mencionando ter perdido o contato após o período retro citado; que, em face do tumor cerebral, BELPE sofreu sequelas perdendo completamente a visão dos dois olhos; que não sabe

dizer se durante o período de internação o Acusado acompanhava a irmã, pois não permanecia todo tempo no Hospital, contudo, lembra que durante o tratamento hospitalar mantinha contato com o pai de BELPE; que não teve conhecimento do falecimento de BELPE; que a perda da visão de BELPE se deu antes da cirurgia, mencionando que ela precisava de auxílio para se locomover; que, após ter vista da fl. 153, onde consta cópia da Certidão de Óbito de BELPE, o Depoente mencionou que a causa da morte tem relação com a patologia por ela apresentada; que, em face do quadro apresentado por BELPE, observou antes da cirurgia que ela apresentava distúrbio hormonal, com menor produção de hormônio, contudo, ela tinha consciência e mantinha todos os movimentos preservados; que, em face do tumor, no futuro, BELPE poderia ter seus movimentos prejudicados; que é possível ter ocorrido, em face de ser a patologia progressiva: esquecimento, perda de memória, piora no quadro geral a ponto de ficar acamada, inclusive fazendo necessidades fisiológicas na cama, precisando ser ajudada para ir ao banheiro; que complicações em face da patologia com a presença de convulsões e perda de memória é possível de ter ocorrido no caso de BELPE e, embora não tenha tido conhecimento desse fato que foi mencionado pelo Acusado e pela testemunha, sabe dizer que a complicação poderia ter ocorrido (fls. 270/271).

Naquela mesma Sessão, por ocasião do Julgamento, em alegações orais, MPM sustentou não haver nos autos uma justificativa para a conduta do Acusado; que não existe informação robusta de que, no período de ausência injustificada, tenha dedicado efetiva assistência às irmãs doentes; que o Acusado não levou ao conhecimento do Quartel os problemas que passava; que há nos autos informação de que o Acusado não permaneceu por muito tempo na casa de sua mãe, levando a conclusão de que não houve a ajuda alegada pelo Réu. Ao final, pediu a condenação do Réu pelo crime de deserção. A Defesa, por sua vez, arguiu, em preliminar, o arquivamento do primeiro processo, pois não houve o licenciamento do Militar, padecendo o processo do vício da nulidade ante a falta de procedibilidade, já que no período de ausência o Acusado perdera a condição de militar. Quanto ao segundo processo, depois de todas as provas testemunhais e materiais carreadas aos autos, não há como sustentar uma condenação ao Acusado, pois as declarações do Réu se harmonizam com as declarações das testemunhas ouvidas, além das provas materiais; que também se devia levar em conta a continuidade delitiva já que, no crime, o agente e o lugar são os mesmos. Por fim, requereu a absolvição do Acusado. O Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa quanto ao

primeiro processo e julgou improcedentes as ações penais militares nº 129-83.2011.7.08.0008 e nº 13-77.2011.7.08.0008 para absolver o Acusado PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA das acusações contidas nas denúncias, com fulcro no art. 439, letra "d", do CPPM[50], combinado com o art. 39 do CPM[51] (Ata de fls. 272/276).

A Sentença absolutória encontra-se às fls. 281/292.

Dela, extraem-se os seguintes fundamentos:

> *"(...) Sob julgamento deste CPJAer é colocado o S2 PEBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, o qual se ausentou do BINFAE, sem autorização, permanecendo ausente por mais de 8 (oito) dias.*
>
> *Na precisa lição de Esmeraldino Bandeira, em Curso de Direito Penal Militar, Ed. Francisco Alves, RJ 1915, deserção vem de deserdo, que por sua vez deriva de deserere, que significa abandonar, desamparar. No Direito Romano, desertor era aquele que após ter vagado por muito tempo vem conduzido. Desertor est, qui per prolixum tempus vagatur reducitur.*
>
> *Diz-se que não há crime sem conduta, nullum crimen sine conducta. A doutrina mais aceita assevera que crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável, é a conhecida definição analítica.*
>
> *Típica é a conduta que se amolda perfeitamente à norma penal incriminadora.*
>
> *Antijurídica ou ilícita é a conduta típica, contrária ao direito e que fere o bem juridicamente tutelado pela própria norma, de forma tão grave que impõe a reparação penal pelo Estado.*
>
> *Culpável é a conduta do agente que, podendo agir de acordo com o direito, age de forma contrária, é o juízo de re-*

---

[50] Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:
(...)
d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar) (...).

[51] Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

provação pessoal dirigido ao autor que realiza um fato contrário ao direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente.

Presentes as três características do conceito, a conduta do réu é crime, impondo-se a condenação. Ausente qualquer delas, há que se absolver o acusado.

(...)

Compõe, ainda, o conjunto probatório cópia de Certidão de óbito, fl. 88, de HEROTILDES SHIRLEY PEREIRA DA SILVA, que faleceu no HSM, em 09JAN2011, por falência progressiva de órgãos, choque séptico refratário, pós-operatório apendicectomia e colostomia, peritonite, insuficiência renal dialítica, neoplasia; além de cópia do prontuário médico de BELPE CINTIA BRASIL DA SILVA, irmã do acusado, arrolada como testemunha a qual não chegou a ser inquirida pelo CPJAer, pois veio a falecer em 09JAN2012, fl. 153.

Como se vê, o Termo de Deserção, aliado à confissão do acusado em juízo, comprovam que a conduta do réu está perfeitamente adequada à norma expressa no art. 187 do CPM. Assim, não há como negar a ***tipicidade*** *da conduta.*

O ***dolo*** *está representado pela vontade* ***livre e*** *consciente* ***do autor*** *em ausentar-se, sem licença e por prazo superior ao definido na lei, e inclusive sabia das consequências de sua conduta.*

No que diz respeito à ***antijuridicidade****, as provas dos autos atestam que a conduta contrariou norma penal. O bem juridicamente tutelado – o dever militar – foi atingido pela ação do acusado, o qual resolveu espontaneamente furtar-se à obrigação que assumiu ao ser incorporado, engajado. A conduta trouxe prejuízo para o BINFAE o qual teve de suportar o ônus de ter seu efetivo diminuído. Eis aí o prejuízo ou o risco de prejuízo que a conduta do réu trouxe para a Organização Militar.*

Ao agir como agiu, o acusado violou norma penal deixando de cumprir o dever militar e o serviço a que estava obrigado a executar na Unidade Militar, até o término do tempo de serviço, não havendo qualquer circunstância que possa excluir o caráter ilícito da conduta. Sendo assim, verifica-se o desvalor da ação, o que indica a existência da ***antijuridicidade.***

No que diz respeito à ***CULPABILIDADE*** *é de se observar tratar-se de réu IMPUTÁVEL, nada existindo nos autos que possa afirmar o contrário.*

Verifica-se que tinha capacidade de autodeterminação com POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE de sua conduta,

pois, consoante afirmou em Juízo, ao se ausentar sem autorização tinha ciência de que seria considerado desertor e que ficaria preso.

No que concerne à INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA, alguns aspectos peculiares a este caso devem ser analisados com devida cautela. Em primeiro lugar, as provas produzidas em defesa do réu, testemunhais e documentais, corroboram suas afirmações em Juízo. Verificando as alterações militares, observa-se que ele incorporou em 10 de agosto de 2009. Engajou no período de julho 2010 a julho de 2012. Até dezembro de 2010, nenhum registro de ausência injustificada, atrasos, ou registro de outra transgressão disciplinar. Contudo é fato conhecido e provado que a situação familiar do réu o levou à ausência injustificada. Filho de pais separados, o réu morava com a mãe e a irmã mais nova BELPE. A mãe trabalhava como professora de manhã e de tarde. A irmã mais velha EROTILDES que morava com o pai, apresentou um problema de saúde, e logo em seguida a irmã mais nova apresentou um tumor no cérebro. Esses fatos ocorreram antes das ausências injustificadas. Lógico que a situação familiar colocou o réu em situação difícil para o cumprimento do dever militar. Teve, então, que fazer uma escolha, cumprir com o dever militar ou se ausentar para ajudar as irmãs e a mãe. Escolheu em dois momentos distintos ajudar a família. Não obstante a irmã EROTILDES faleceu em 9 de janeiro de 2011, por falência progressiva de órgãos, e BELPE faleceu um ano depois, no mesmo dia, 9 de janeiro de 2012, com parada cardiorrespiratória e neoplasia do sistema central. Considerando a difícil situação familiar por que passava o acusado, vendo pessoas com quem tinha estreita relação de parentesco sofrendo com doenças graves e simultaneamente, a irmã EROTILDES sofria com câncer no útero e BELPE com um tumor cerebral sendo submetida a uma cirurgia em 14/4/2010, que a deixou com graves sequelas, precisando de auxílio para se locomover, fica claro a perturbação mental em ter que ajudar a família e cumprir sua obrigação militar. Escolheu ajudar a família em detrimento do cumprimento do dever castrense.

(...)

É exatamente o caso dos autos, onde se vê um acusado que passava por situação familiar complexa, tendo duas irmãs sofrendo graves problemas de saúde, precisando de sua ajuda

como evidenciado nas declarações do réu e das testemunhas; situações que não provocou e nem podia de outro modo evitar, sacrificou o dever militar em defesa da ajuda familiar. É claro que de um jovem, com pouca experiência de vida, não se poderia exigir outra conduta senão a por ele adotada, abandonou seu trabalho para ajudar suas irmãs. Trata-se então da hipótese de inadmissibilidade de conduta diversa, àquela prevista na lei penal militar, a excluir a culpabilidade do agente, e o próprio crime.

Como se vê, há circunstância capaz de excluir a culpabilidade.

Conveniente, então, reconhecer a improcedência da denúncia, já que se trata de conduta típica, antijurídica, todavia, praticada sem culpabilidade, impondo-se a absolvição.

ISTO POSTO:

Decide o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, a unanimidade, julgar improcedente a denúncia e, por consequência, decide ABSOLVER o S2 PEBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, considerando ter praticado a conduta em circunstância que excluiu a culpabilidade, tudo com fundamento no art. 439, letra 'd' do CPPM, e art. 39 do CPM." (fls. 281/292).

A Sentença foi lida e publicada no dia 29 de agosto de 2012. As Partes estavam ausentes e foram intimadas posteriormente (Ata de fls. 294/295).

Irresignado, recorre, tempestivamente, o Ministério Público Militar (fl. 301).

Nas razões de recurso, aduz que incontestável foi a doença que acometeu BELPE, porém inexistem provas justificativas da conduta do Apelado, ou seja, de que realmente desertou para ajudar sua irmã, principalmente, porque houve diligência na residência de sua mãe e lá não foi encontrado (fl. 25); que o Apelado foi capturado em local diverso, qual seja, na residência da testemunha ANA LÚCIA BALIEIRO TENÓRIO, que mora na Passagem Guajará, nº 15, Bairro do Coqueiro, em Ananindeua-PA; veja-se que o endereço do Acusado é em Belém, na Passagem Santo Antônio, nº 424, Bairro do Barreiro, em Belém-PA, ou seja, tais endereços distam cerca de 20 Km; que consta da fl. 26, verso, que no dia 29/8/2012 foi feita diligência no endereço da mãe do Apelado, tendo sido informado pelos vizinhos que o referido Militar há muito tempo não aparecia no endereço; que, em contato telefônico, a mãe do Apelado

disse aos militares que ele fica mais tempo fora do que em sua residência; que, nesse caso, o Réu não poderia alegar que ajudava sua irmã BELPE se não estava na casa; que, em 21 de julho de 2010, o Réu requereu engajamento, sendo deferido até a data 1º de julho de 2012; que ele poderia pedir o seu licenciamento, quando completasse um ano de engajamento, *ex vi* do art. 37, II, do Decreto 3.690/2000, ou seja, em 21/7/2011 – cerca de um mês lhe faltava –, mas não o fez, preferindo desertar antes de completar o tempo de engajamento; que o Réu tinha a possibilidade de requerer o licenciamento, mas optou pela deserção; que, se passava por problemas familiares, teria, antes de tudo, de esgotar todos os meios postos à sua disposição, ou seja, poderia relatar o fato aos superiores e pedir dispensa ou até pedir o licenciamento, mas nada foi falado e decidiu por uma segunda deserção; que o art. 39 do CPM, justamente por ser uma excludente de culpabilidade, exige, para ser reconhecido, que não lhe era exigível outro caminho, entretanto, se podia relatar aos superiores o problema que passava e pedir dispensa, isso se reconhecendo que ele ajudava a irmã, o que não é o caso, como também pedir o licenciamento, lhe era exigida outra conduta, pelo que sua conduta não está amparada pelo citado artigo; que não merece prosperar o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa em relação ao Apelado, que poderia ter revelado as circunstâncias em que vivia, evitando, assim, a consumação do crime de deserção; que situações de enfermidades graves na família dão ensejo a licenças e concessões; que se trata de conduta totalmente incompatível com a lei penal militar, com a vida militar e inadmissível dentro das Forças Armadas, cujos princípios basilares são a hierarquia e a disciplina. E requer o provimento integral do presente recurso, reformando a decisão prolatada de forma que o Apelado S2 PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA seja condenado como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar (fls. 304/307).

Em contrarrazões, a Defensoria Pública da União prequestiona, para efeito de eventual e futuro apelo extraordinário, os princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e do *favor rei*, alega que a Sentença recorrida não merece reforma, na medida em que foi coerente com a prova dos autos e com os ditames do Direito Penal; que os elementos colhidos durante a instrução processual são absolutamente condizentes com a versão conferida aos fatos pelo Réu relatados em suas declarações; que a compreensão da defesa do Assistido e da realidade dos fatos em que ela se fundamenta reside no exato entendimento da ordem cronológica dos fatos, sendo que de abril a maio de 2010 houve a internação de BELPE CINTHIA após sua cirurgia, que de 21 de dezembro

de 2010 a 17 de janeiro de 2011 ocorreu a deserção referente ao Processo 013-77.2011, e em 9 de janeiro de 2011 veio a falecer EROTILDES, irmã mais velha do Réu; que no período de 27 de maio de 2011 a 3 de setembro de 2011 ocorreu a Deserção referente ao presente processo e em 9 de janeiro de 2012 veio a falecer BELPE CINTHIA, irmã mais nova do Réu; que as declarações das testemunhas arroladas demonstram de maneira inconteste que o auxílio do Assistido em casa, no acompanhamento de sua irmã BELPE CINTHIA, era essencial nos cuidados que sua mãe precisava ter para com a filha, ou seja, a documentação confere com o tempo da deserção referente a este processo; que o conjunto probatório produzido nos autos é absolutamente harmônico no sentido de conferir veracidade à versão dos fatos tecida pela Defesa; que a Sentença reconhece a existência da exculpante da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o Réu não possuía outra alternativa a não ser descumprir seu dever militar para amparar sua família, pois seus três familiares mais próximos estavam enfermos e tinham o Acusado como único amparo, de modo que não se lhe poderia exigir que permanecesse à disposição do serviço militar em lugar de prestar auxílio aos seus; que, com sua irmã enferma, as despesas familiares aumentando, a renda obtida com os serviços militares prestados lhe era essencial, o que afasta a alegação da acusação no sentido de que o Réu não deveria ter engajado; que a família do Acusado tentou custear uma pessoa que ficasse a cargo dos cuidados da enferma, mas esta pessoa foi dispensada, assim, com seus familiares doentes, e com sua irmã acamada, sem ter alguém para quem recorrer, o Réu se viu diante de uma difícil situação: cumprir com seu dever militar ou amparar seus familiares, e não lhe cabia outra alternativa a não ser desertar; que o Réu requereu engajamento em 21 de julho de 2010, assim, somente poderia se licenciar em 21 de julho de 2012, mas a saúde de sua irmã estava debilitada naquele momento, tanto é que veio a óbito antes do término do período de engajamento; que o Acusado requereu suas férias para o mês de abril de 2011, porém não as obteve, de modo que, segundo o plano de férias, seu período ficou agendado para maio de 2011, contudo suas férias foram, novamente, desmarcadas; que o Apelado tentou todos os caminhos que lhe eram disponíveis à época e nenhum deles foi capaz de solucionar seu problema, nenhum lhe propunha meios de amparar seus familiares a não ser a deserção, portanto, não se poderia exigir do Acusado conduta diversa; que, mediante duas ações, o Réu praticou delitos distintos, porém, em pouco espaço de tempo, contra o mesmo bem juridicamente tutelado, o dever militar, e pelas mesmas razões, doença de sua irmã BELPE, portanto, a continuidade entre as con-

dutas é evidente, pois o Denunciado, após praticar a primeira deserção, passou novamente a faltar ao expediente; que, desta forma, percebe-se que o Denunciado, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem ser considerados como crime único em continuidade delitiva; que as presentes alegações decorrem dos princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal, da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. E requer o integral desprovimento do recurso do MPM, mantendo-se a Sentença recorrida em seus exatos termos. Em caráter eventual, caso o STM entenda por acolher o apelo ministerial, deverá atentar para o instituto da continuidade delitiva de modo a unificar os dois processos de deserção, aos quais responde o Réu, e o regime de exasperação de penas (fls. 309/312v).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 324/328, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opina pelo não provimento do recurso ministerial.

É do Parecer:

> *"(...) No mérito, não assiste razão ao Apelante.*
>
> *Embora estejam a autoria e materialidade satisfatoriamente comprovadas, resta comprovada a incidência do instituto que exclui a responsabilidade do agente.*
>
> *O ponto nodal para o desate repousa sobre a análise da exigibilidade de conduta diversa, como princípio geral de exclusão da culpabilidade, pressuposto da pena.*
>
> *A bem elaborada sentença, nesse passo, não deixa qualquer margem à dúvida quanto à comprovação do Estado de Necessidade:*
>
>> *'é exatamente o caso aos autos, onde se vê um acusado que passava por situação familiar complexa, tendo duas irmãs sofrendo graves problemas de saúde, precisando de sua ajuda como evidenciado nas declarações do réu e das testemunhas; situações que não provocou e nem podia de outro modo evitar, sacrificou o dever militar em defesa da ajuda familiar. É claro que de um jovem, com pouca experiência de vida, não se poderia exigir outra conduta senão a por ele adotada, abandonou seu trabalho para ajudar suas*

> *irmãs. Trata-se então da hipótese de inadmissibilidade de conduta diversa, àquela prevista na lei penal militar, a excluir a culpabilidade do agente, e o próprio crime'.*

A situação de perigo encontra-se bem delimitada pelas condições dos familiares. Morando com sua mãe e irmã que sofria de problema de saúde grave.

A outra irmã mais velha do apelado, que podia dar assistência à família, foi acometida de problemas de saúde também, não podendo prestar assistência à mãe e irmã, obrigando o apelado a assisti-las. Outra opção não havia para não deixá-las à míngua de recursos para alimentação, remédios e assistência próxima.

Este cenário, só por si, caracteriza situação de perigo, em vários aspectos, não sendo necessário esforço de avaliação para compreender-se as aflições em que se via cercado.

Não são meras alegações desacompanhadas de prova. Ao contrário, há prova testemunhal e documental densa o suficiente para admitir-se o requisito fundamental do Estado de Necessidade, a situação de perigo, como se observa nos atestados de óbito das suas irmãs, que morreram uma com câncer e a outra com tumor no cérebro (fls. 88 e 153).

Resta examinar se havia uma outra saída, uma outra conduta que não fosse abandonar o serviço militar.

Não se ausentou para fugir das responsabilidades do serviço militar, via comum e encontradiça na maioria dos jovens vivendo nas condições do apelado.

Suas declarações foram inteiramente confirmadas pelas provas produzidas pela defesa e não há como exigir que um jovem, na condição do Acusado, pudesse agir de forma diferente. Qual o apreço, valor ou dedicação aos deveres militares e com o serviço se pode opor ao desespero e à insegurança em que se via confinado.

Não se pode dizer que provocou a situação de perigo, pela singelíssima circunstância de ir morar com a avó. Não se pode dizer que deveria continuar morando com o padrasto, com quem tinha inúmeras desavenças, para excluí-lo de uma situação de perigo que não provocou e, no caso, não poderia evitar de outro modo.

O que exige a jurisprudência da Corte é o não reconhecimento do Estado de Necessidade desacompanhado da necessária comprovação. No caso, há mais que provas mínimas, restando suficientemente demonstradas a situação de perigo e a ausência de alternativa para o enfrentamento da situação, se levadas em conta as condições especiais do agente, em meio às condições objetivas em que se via inserto. É reconhecer que, apesar de existirem outras opções, as condições objetivas e subjetivas do réu, em meio ao cenário em que se viu, justificam a ausência ilegal, excluindo o juízo de censura penal.

Raríssimas são as hipóteses em que se pode justificar uma deserção. Estamos em que essa merece ser reconhecida, como o fez a sentença recorrida que, nesse sentido, acha-se suficientemente motivada.

Motivos expostos, é o parecer para manter a sentença impugnada em seus próprios fundamentos." (fls. 324/328).

O Eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

A ilustre Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito está em mesa para Julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Sentença *a quo* que absolveu o Soldado da Aeronáutica PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA do crime de **deserção**.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

No mérito, não merece acolhimento.

Segundo consta nos autos, o Soldado PÉBEL ausentou-se da Unidade Militar onde servia no dia 25 de maio de 2011, sendo capturado no dia 3 de setembro daquele ano.

As provas produzidas no decorrer do processo levam a crer que o Réu, de fato, desertou para auxiliar sua irmã BELPE, que, à época dos fatos, estava doente com um tumor no cérebro. Senão vejamos.

As testemunhas de Defesa foram categóricas em afirmar que o Réu desertou unicamente para auxiliar a irmã BELPE. A testemunha ANA LÚCIA afirmou em seu depoimento que o Réu nem mesmo trabalhou

durante o período em que esteve ausente, mas apenas cuidou de sua irmã que estava enferma, *in verbis*:

> *"(...) que, durante o tempo em que o S2 PÉBEL ficou ausente do quartel, ele não exerceu qualquer atividade que não fosse cuidar da irmã em casa, mencionado que ele nem estudava; (...)".*

A genitora do Apelado, Sra. ISABEL VAZ BRASIL, confirmou que o filho ausentou-se para ajudar a irmã, que já não tinha domínio dos movimentos, usava fraldas e necessitava ser carregada; e que não tinham dinheiro para comprar uma cadeira de rodas.

A testemunha Dr. REGINALDO NASCIMENTO BRITO confirmou em seu depoimento que BELPE precisava de auxílio para se locomover; mencionando que, em face do tumor, poderia ter seus movimentos prejudicados; e que seria possível ter ocorrido, em face de ser a patologia progressiva, esquecimento, perda de memória, piora no quadro geral a ponto de ficar acamada, inclusive fazendo necessidades fisiológicas na cama, precisando de ajuda para ir ao banheiro (fls. 270/271).

Os relatórios médicos de fls. 89/107 comprovam o grave estado de saúde da irmã do Acusado, que necessitava de auxílio para se locomover.

Observa-se, ainda, que o período de ausência do Réu, de 27 de maio a 3 de setembro de 2011, quando foi capturado, coincide exatamente com o período do tratamento de BELPE. Ela se submeteu à cirurgia em 14 de abril de 2010, e o tratamento perdurou o resto do ano de 2010; o quadro agravou-se progressivamente, com várias internações em 2011, até o seu falecimento em 9 de janeiro de 2012.

De registrar que as alterações do Soldado PÉBEL são boas até o final do ano de 2010. Após esse período, o Militar passou a ter seguidas ausências, que coincidem com o período em que se agravaram seus problemas familiares, observando-se que o falecimento da irmã mais velha EROTILDES ocorreu em 9 de janeiro de 2011 (fl. 88).

Tudo isso causa, no mínimo, dúvida no espírito deste julgador, tornando imperiosa a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*.

De outro lado, os argumentos ministeriais também não são suficientes para autorizar uma condenação.

Em suas razões, o MPM aduz que:

> *"(...) consta da fl. 26, verso, que no dia 29/08/2011 foi feita diligência no endereço da mãe do apelado, tendo sido informado pelos vizinhos que o apelado há muito tempo não aparecia no endereço. (...)".*

Na fl. 26v, sobre a diligência realizada no dia 18 de agosto de 2011, consta, *in verbis*:

> *"(...) Chegando na casa do S2 PÉBEL, foi verificado que não existia ninguém, os vizinhos da direita e da esquerda informaram que o militar mora lá, porém é muito difícil vê-lo, fiz contato via telefone com a mãe do referido soldado PÉBEL (...) a mesma disse que o militar fica mais tempo fora do que em sua residência.".*

Não obstante, os vizinhos não foram ouvidos em Juízo. Observa-se, ainda, que não havia ninguém na casa por ocasião da diligência, nem o Soldado PÉBEL, nem sua mãe IZABEL, nem sua irmã BELPE. E quanto à informação da genitora, por telefone, de que o Réu ficava mais tempo fora do que em casa, ela pode ter sido orientada a responder dessa maneira pelo próprio Réu.

O fato de o Apelado não ter pedido licença para acompanhar sua irmã enferma também não exclui o estado de necessidade exculpante. Verifica-se que tentou afastar-se da OM, conforme declarou no interrogatório, requerendo férias a que fazia jus, mas não foram concedidas, nem no mês de abril nem no mês de maio de 2011, alegações que se têm por verídicas eis que não contestadas pelo *Parquet* Militar.

As provas produzidas pela Defesa, tanto testemunhal quanto documental, são harmônicas entre si, de modo a fazer crer que a difícil circunstância familiar impossibilitou o Apelado do cumprimento do dever militar. Nem o *Parquet* cogitou negar crédito às declarações das testemunhas.

Ademais, é pouco crível que o Réu tenha ficado alheio ao problema da irmã, e que tenha desertado apenas porque não queria cumprir suas obrigações militares, mesmo porque pediu engajamento.

Há precedentes nesta Egrégia Corte Castrense em relação a desertor que age movido pelo estado de necessidade exculpante, *in verbis*:

> *"EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. MPM. DESERÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. Age abrigado pelo estado de necessidade exculpante, com fundamento no art.*

> *39 do CPM, o militar que sacrifica o dever e o serviço militares para amparar a namorada gestante, que lhe inspirava cuidados, por não ter outra pessoa que o substituísse nas atribuições de cuidador, no período em que esteve ausente do quartel em que serve, sendo-lhe inexigível conduta diversa."*
>
> (EMBARGOS INFRINGENTES 0000007-96.2011.7.03. 0303/RS, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 7/3/2012, Data de Publicação: 4/5/2012).

É o caso dos autos, onde se observa que o Soldado PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA passava por problemas familiares, tendo uma irmã sofrendo graves problemas de saúde, precisando de sua ajuda para se locomover, como evidenciado nas declarações do Apelado e das testemunhas; situação que não provocou nem podia de outro modo evitar; e sacrificou o dever militar em defesa da ajuda familiar. Sendo assim, não seria possível exigir outra conduta senão a por ele adotada, ou seja, abandonar o trabalho para ajudar sua mãe e, principalmente, sua irmã BELPE.

Trata-se da hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, aquela prevista na lei penal militar, a excluir a culpabilidade do agente, *in verbis*:

> *"Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.".*

Como se vê, houve circunstância capaz de excluir a culpabilidade.

Peço vênia para transcrever o Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que também adoto como razões de decidir, *in verbis*:

> *"(...) A situação de perigo encontra-se bem delimitada pelas condições dos familiares. Morando com sua mãe e irmã que sofria de problema de saúde grave.*
>
> *A outra irmã mais velha do apelado, que podia dar assistência à família, foi acometida de problemas de saúde também, não podendo prestar assistência à mãe e irmã, obrigando o apelado a assisti-las.*

Outra opção não havia para não deixá-las à míngua de recursos para alimentação, remédios e assistência próxima.

Este cenário, só por si, caracteriza situação de perigo, em vários aspectos, não sendo necessário esforço de avaliação para compreender-se as aflições em que se via cercado.

Não são meras alegações desacompanhadas de prova. Ao contrário, há prova testemunhal e documental densa o suficiente para admitir-se o requisito fundamental do Estado de Necessidade, a situação de perigo, como se observa nos atestados de óbito das suas irmãs, que morreram uma com câncer e a outra com tumor no cérebro (fls. 88 e 153).

Resta examinar se havia uma outra saída, uma outra conduta que não fosse abandonar o serviço militar.

Não se ausentou para fugir das responsabilidades do serviço militar, via comum e encontradiça na maioria dos jovens vivendo nas condições do apelado.

Suas declarações foram inteiramente confirmadas pelas provas produzidas pela defesa e não há como exigir que um jovem, na condição do Acusado, pudesse agir de forma diferente. Qual o apreço, valor ou dedicação aos deveres militares e com o serviço se pode opor ao desespero e à insegurança em que se via confinado.

(...)

Raríssimas são as hipóteses em que se pode justificar uma deserção. Estamos em que essa merece ser reconhecida, como o fez a sentença recorrida que, nesse sentido, acha-se suficientemente motivada. (...)" (fls. 324/328).

Com efeito, como salientou o *Parquet*, a exigência jurisprudencial desta Corte é o não reconhecimento do estado de necessidade desacompanhado de provas. No caso, há farta comprovação, restando suficientemente demonstradas a situação de perigo e a ausência de alternativa para o enfrentamento da situação, se levadas em conta as condições especiais do agente, em meio às condições objetivas em que se via inserto. Pode-se acreditar, ou existe pelo menos uma grande dúvida a seu favor, de que as condições objetivas e subjetivas do Apelado, em meio às circunstâncias que viveu, justificam a conduta praticada, excluindo o juízo de censura penal. Não se ausentou para fugir das responsabilidades do serviço militar, e sim para amparar sua família.

Assim, é de se reconhecer a improcedência do recurso interposto pelo Ministério Público Militar, pois se trata de conduta típica e antijurídica, todavia praticada sem culpabilidade, devendo ser mantida a absolvi-

ção operada no Juízo *a quo,* com base no art. 439, alínea "d", do CPPM, que assim dispõe:

> *"Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:*
>
> *(...)*
>
> *d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar) (...)".*

Srs. Ministros,

Antes do voto gostaria de realizar duas abordagens:

A primeira é uma tabela que anexei dando conta da sequência dos fatos.

TABELA DOS FATOS:

1ª Deserção	De 21 de dezembro de 2010 a 17 de janeiro de 2011(fl. 36). Apresentação voluntária.
Óbito da irmã EROTILDES	Em 9 de janeiro de 2011 (fl. 88).
2ª Deserção	De 27 de maio a 03 de setembro de 2011 (fl. 2/3). Capturado.
Internação de BELPE	Data da cirurgia: 14/4/2010; recebeu alta em 5/5/2010. O tratamento ambulatorial perdurou por mais 3 meses, aproximadamente (fls. 270/271). Entre 2010 e 2011 voltou várias vezes ao hospital.
Nova internação de BELPE	Por volta de 5 de outubro de 2011 (fl. 83).
Óbito da irmã BELPE	Em 9 de janeiro de 2012 (fl. 153).
Doença da mãe (pedra na vesícula).	Essa afirmação consta apenas no interrogatório do Réu (fl. 83, precisamente). O período da doença não foi mencionado.

A segunda abordagem é sobre as razões que me levaram ao caminho da absolvição:

a) A própria sequência dos eventos que atingiram esse garoto em cheio: a morte de uma irmã em 9/1/11 e a outra em 9/1/12.

b) A mudança de comportamento do militar que era excelente de 3/8/09 até a primeira deserção em 21/12/10. Houve a segunda deserção de 27/5/11 a 3/9/11. Após as duas deserções e a morte das duas irmãs, tornou-se um péssimo militar. É óbvio que os fatos transtornaram o militar.

c) A terceira observação é a absolvição por unanimidade na 1ª instância das duas deserções e o voto da PGJM também nesse sentido.

d) E, finalmente, a minha visão particular, de que a vida já puniu suficientemente esse rapaz.

Isto posto, nego provimento ao recurso ministerial para manter íntegra a Sentença que absolveu o Soldado da Aeronáutica PÉBEL AUGUSTUS BRASIL DA SILVA, do crime tipificado no art. 187 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade,** em negar provimento ao Recurso ministerial, para manter na íntegra a Sentença que absolveu o S2 Aer Pébel Augustus Brasil da Silva, do crime tipificado no art. 187 do CPM, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 22 de maio de 2013 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 183-79.2011.7.07.0007-PE

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Revisor – Min. Dr. Carlos Alberto Marques Soares.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à aplicação do art. 71 do CP e à condenação imposta a Josiel da Silva, Civil.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 4/9/2012.

Advogados – Drs. Emanoelle de Carvalho Botelho, Tereza Francesca Soares Carvalho, Sérgio Marques Bruscky, Gustavo Franklin Moraes Veras e Jorge Felipe de Oliveira Gomes.

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE CIVIL POR CONSELHO JULGADOR FORMADO POR MILITARES E PELA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI *REJEITADAS POR UNANIMIDADE. CONCURSO MATERIAL NÃO EVIDENCIADO. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO CRIME CONTINUADO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE. A Constituição Federal atribuiu ao legislador ordinário a competência para dispor sobre o funcionamento da Justiça Militar da União. Em decorrência, a Lei nº 8.457/92, ao definir a formação dos Conselhos Julgadores, em seu art. 16, estabeleceu a sua composição com militares de carreira, nomeando-os Juízes Militares, atendendo ao comando insculpido no art. 122 da Constituição Federal. A Lei nº 8.457/92, naquilo que diz respeito à formação dos Conselhos Julgadores em primeira instância, converge com a vontade do legislador constituinte insculpida no parágrafo único do art. 124, restando inequívoca a sua legitimidade para processamento e julgamento de crimes militares cometidos por civis. A alínea "a" do artigo 437 do CPPM, que versa sobre a* emendatio libelli, *impõe como requisito essencial e intransponível para a sua aplicação a comprovação de que os fatos arrolados na inicial acusatória permaneceram inalterados. O sistema jurídico pátrio exige a correlação entre os fatos descritos pela acusação e aqueles considerados pelo juiz na sentença para a prolação de um veredicto de condenação, sob pena de*

ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Consoante o entendimento consubstanciado nas Decisões dos Pretórios, o acusado defende-se dos fatos e não da imputação. Para a caracterização da forma continuada da prática de crimes, embora o Código Penal Militar tenha adotado a teoria objetiva, a doutrina e a jurisprudência castrense entendem ser necessária a conjugação dos elementos de ordem objetiva e subjetiva (teoria objetivo-subjetiva), sendo imprescindível, nesse caso, o requisito subjetivo da "unidade de desígnios".

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade da Sentença pela impossibilidade de julgamento de Civil por Conselho de Sentença formado por militares, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade da Sentença por ocorrência da *mutatio libelli*. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo ministerial, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 30ª Sessão, 25/4/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra a Sentença prolatada pelo Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, em 4 de setembro de 2012, que condenou o Civil JOSIEL DA SILVA à pena de 7 meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM, c/c art. 71 do CP comum, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional aberto.

Verifica-se dos presentes autos que o representante do Ministério Público Militar ofereceu Denúncia (fls. 2/6) em 28 de novembro de 2011.

É da Inicial Acusatória:

> *"(...) Consta dos autos do inquérito policial militar que, por volta das 15h, do dia 3 de julho de 2011, na Rua Coronel Lima Rocha, Farol, Maceió, Estado de Alagoas, o denunciado, na companhia de um adolescente (fls. 130) e de outro indivíduo ainda não identificado, todos aparentemente embriagados, chamou o Soldado Lucas, sentinela da Vila Militar, de 'abacate' e 'filho da puta' sem que este reagisse. Ao perceber o que estava acontecendo, o* (sic) *segundo sentinela, Sd André da Silva Santos tentou telefonar para a Guarda, mas o telefone não estava funcionando, o que despertou a agressividade do denunciado e do menor (fls. 78). É de se ressaltar que, nesse instante, o indivíduo de identidade desconhecida deixou o local, permanecendo apenas o denunciado e o menor.*
>
> *Em seguida, ao passarem pelo Sd André da Silva Santos, sentinela da Vila Militar, o denunciado o chamou de 'calango verde'. Incontinente, o ofendido tentou usar o seu telefone para procurar ajuda, ocasião em que o denunciado e o menor foram em sua direção e, atrevidamente, tentaram tomar o seu cassete-te e também a sua baioneta. Desvencilhando-se dos atacantes, o ofendido pediu socorro ao Soldado Lucas, atitude que fez com que ambos partissem em sua direção ofendendo-o, sendo que o denunciado o chamou de 'filho da puta'. Nesse momento, acionados pelo Ofendido Soldado Lucas, chegaram ao local outros militares que, com a ajuda dos ofendidos, conseguiram dominar os agressores. Mesmo contidos, o denunciado e o menor continuaram a ameaçar ao (*sic*) ofendido Sd André da Silva Santos e ao* (sic) *2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior que estava de serviço de oficial de dia (fls. 35/6), dizendo que marcariam as suas caras para pegá-los depois e que o oficial de dia estava armado naquele momento, mas amanhã seria ele, denunciado, que estaria com arma em seu poder. Como se não bastasse, mesmo depois de contido o denunciado, este e um suposto cunhado, cuja identidade permanece desconhecida, ainda tentaram agredir com socos ao 2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior, tendo sido contidos por este último e pelo 3º Sargento PM Gibson Luna Firmino* (fls. 47/9, fls.50/2, fls.59/61, fls.68/70, fls.78, fls.92/3, fls.95/7, fls.108/10).

A polícia foi acionada e, possivelmente, para conter os ânimos, os levou à delegacia de polícia, não obstante tratar-se a conduta do denunciado de crime militar.

Agindo da forma anteriormente descrita, o denunciado praticou o crime do artigo 299, do Código Penal Militar, em concurso material, contra as sentinelas Sd Lucas e Sd André, além do crime capitulado no artigo 158, caput*, c. c. o artigo 30, II, do diploma repressivo castrense e o crime descrito no artigo 223, do mesmo Códice, contra a pessoa do 2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior e do Sd André da Silva Santos.*

A despeito do denunciado ter sido autuado pela prática do crime de roubo na modalidade tentada, entendemos não restar minimamente caracterizada a sua intenção em subtrair para si o armamento utilizado pelo ofendido Sd André da Silva Santos, consoante declarações deste último e do próprio denunciado. Ao que indica a prova dos autos, a tentativa de tomar o cassetete e a baioneta do militar deve ser entendida no contexto da agressão física perpetrada contra este último, não existindo crime patrimonial a punir.

(...)

Isto posto, o Ministério Público Militar requer o recebimento da denúncia para que o denunciado seja regularmente citado, processado e julgado e condenado às sanções penais decorrentes das acusações que lhe são feitas. (...)".

O Auto de Prisão em Flagrante foi lavrado no dia 3 de julho de 2011 (fls. 19/20).

A Denúncia foi recebida no dia 13 de janeiro de 2012 (fls. 173/174), tendo sido determinado o arquivamento parcial dos autos, em relação à tentativa de roubo.

À fl. 196, foi juntada certidão de antecedentes criminais do Acusado, dando conta de que há em seu desfavor anotação penal referente ao crime de tentativa de roubo, em trâmite na 2ª Vara Criminal da Capital/AL, datado de 4 de julho de 2011.

O Acusado foi citado em 4 de março de 2012 (fl. 221).

Em 13 de março de 2012, oportunidade em que foi qualificado e interrogado (fls. 229/230) por Carta Precatória, o Acusado negou os fatos narrados na Denúncia, apresentando outra versão para a dinâmica da ocorrência. Relatou que estava passando pela Vila Militar, quando a Sen-

tinela o *"encarou"*. A partir daí, o Denunciado perguntou ao Militar o que ele estava olhando. Em seguida, prossegue em seu depoimento, embora não assumisse que proferiu palavras injuriosas aos militares, confirmou que os chamou como todos chamam, ou seja, *"abacate verde, calango verde"*. Asseverou, ainda, que começaram a bater no menor e ele tentou defendê-lo, mas, com a chegada de outros militares, o depoente foi agredido.

No dia 17 de maio de 2012, o Ofendido, 2º Ten Ex Álvaro Queiroz Ferro Junior (fls. 255/257), declarou que era o Oficial de Dia em 3 de julho de 2011; que o menor e o Acusado aparentavam estado de embriaguez; que o Acusado e o menor disseram aos militares que os rostos deles iriam ficar gravados e que aquela situação não iria ficar daquele jeito. Confirmou ainda as seguintes expressões utilizadas pelo Acusado: *"vai tomar no cu"* e *"filho da puta"*. E concluiu afirmando que o ora Apelante tentou dar-lhe um soco, que se desvencilhou do agressor, segurando o seu braço.

Nessa mesma data, foi ouvido o Sd Ex Ery Lucas Bezerra dos Santos (fls. 258/260), Ofendido, cujo relato dá conta de que o Acusado e o menor, aparentemente alcoolizados, foram em sua direção chamando-o de *"filho da puta"*, dizendo que o que ele fazia era um *"serviço de merda"*. Confirmou que o Denunciado conseguiu pegar a sua baioneta, contudo, com a chegada do Ten Ex Joanísio Pita de Omena Neto, conseguiram reaver a arma e imobilizar o agressor. Asseverou, ainda, que o 2º Ten Ex Álvaro Queiroz Ferro Junior tentou dialogar com o Acusado, no entanto, foi agredido com um soco, em seguida ao que conseguiu imobilizá-lo.

No dia 17 de maio de 2012, foram inquiridas as testemunhas do MPM, cujos depoimentos passo a descrever:

O 2º Ten Ex Joanísio Pita de Omena Neto (fls. 261/263) relatou que estava na casa do Cap Ex Pacheco no dia dos fatos, quando lhe foi determinado que fosse até a guarda para verificar o que estava acontecendo. Chegando lá, deparou-se com os dois Civis xingando os dois Soldados, utilizando-se da expressão *"filhos da puta"*. Afirmou, ainda, que as agressões verbais duraram quase três minutos.

O 3º Sgt Ex Gibson Luna Firmino (fls. 264/265) relatou que estava de serviço no dia dos fatos e que foi informado de que havia uma alteração na Vila Militar. Lá chegando, não presenciou nenhuma agressão, no entanto, escutou quando o Acusado disse ao 2º Ten Ex Álvaro Queiroz Ferro Junior a seguinte frase: *"hoje ele estaria armado, mas amanhã, quem estaria seria o acusado, que o mundo dava voltas"*.

Em seguida, foi ouvida a testemunha, Sd Ex Deivid dos Santos (fls. 266/267), que nada de substancial acrescentou.

As partes nada requereram na fase do art. 427 do CPPM (fl. 288).

Na fase do art. 428 do CPPM, em sede de Alegações Escritas (fls. 87/89), o MPM ratificou parcialmente a Denúncia requerendo a condenação do Acusado somente pela prática do crime de desacato, em concurso material. Aduziu, para tanto, que "*Desacatando pelo menos três militares (os três ofendidos), o réu praticou, na verdade, três crimes de desacato em concurso material de delitos, nos termos do artigo 79, do Código Penal Militar, que consagra o sistema da cumulação material de penas em se tratando de crimes da mesma espécie*".

Por sua vez, a Defesa, em suas Alegações Escritas (fls. 311/319), pugnou pela nulidade do Interrogatório e de todos os atos subsequentes argumentando, para tanto, que a degravação deixou de transcrever alguns trechos do depoimento e que o Interrogatório não ressaltou o direito ao silêncio, descrito no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Quanto ao mérito, a Defesa sustentou as seguintes teses:

A) Do delito de violência contra militar de serviço – inexistência de crime e, supletivamente, incidência do princípio da consunção: quanto a essa alegação, argumentou que restaria ausente a ofensa direta ao bem jurídico protegido pela norma, já que todos os depoimentos davam conta de que o ofendido não teria sido agredido, aí incluído o próprio 2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior, segundo o qual *"o acusado não conseguiu atingir o depoente, (...) que o depoente não sofreu nenhum tipo de lesão física"*.

Além disso, sustentou a Defesa que seria necessário o conhecimento do Acusado acerca da condição de oficial de dia, guarda ou sentinela dos militares envolvidos e tal desconhecimento, imprescindível à tipificação penal, elidiria o dolo e o crime, incidindo o agente em erro de fato descrito no art. 36 do CPM.

Ainda assim, caso não fosse acolhida a tese suscitada pela Defesa do Acusado, o delito de desacato absorveria a violência contra militar em serviço, pelo princípio da consunção.

B) Do delito de ameaça – crime impossível: para tanto, a Defesa argumentou que os depoimentos carreados aos autos são frágeis e contraditórios, porém, caso assim não fosse entendido, restaria caracterizado o crime impossível diante da *"intangibilidade do bem jurídico tutelado*

pela norma". Tal argumento foi escudado na explanação do Ministério Público Militar dando conta de que *"o fato de o acusado ter ameaçado vários militares e não, com exclusividade, qualquer um dos ofendidos, de praticar um mal futuro, injusto e grave, aliado à circunstância dele encontrar-se desarmado, parece afastar o potencial que a sua conduta poderia ter de vulnerar a tranquilidade e segurança das supostas vítimas (...)"*.

C) Do desacato a militar: sobre esse tema, a Defesa argumentou que as provas colhidas nos autos foram inconclusivas e, em alguns momentos, contraditórias.

Bem assim, argumentou que o interrogatório do Réu não é suficiente para corroborar os depoimentos carreados aos autos, uma vez que na fase inquisitorial as suas alegações *"não possuem condão algum de comprovar o ocorrido, vez que, como se pode observar, consta em seu interrogatório administrativo o compromisso de dizer a verdade, típico das oitivas de testemunhas, não constando o direito ao silêncio"*.

E prossegue em sua argumentação aduzindo que, na fase da instrução processual, o Réu foi interrogado por Carta Precatória, tendo sido o interrogatório gravado. Porém, quando da transcrição, teriam faltado alguns trechos, já que inaudíveis. Também, segundo a Defesa, *"percebe-se a ausência da menção do direito ao silêncio, insculpido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal"*.

E concluindo, a Defesa argumentou que, se fossem reconhecidas suficientes as provas para a condenação pelo delito de desacato, inexistiria o concurso material, devendo incidir, na espécie, a regra da continuidade delitiva, descrita no art. 71 do Código Penal comum.

Em Sessão realizada no dia 4 de setembro de 2012 (fls. 334/335), o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria de votos, reconheceu a parcial procedência da Denúncia e condenou o Civil JOSIEL DA SILVA à pena de 7 meses de reclusão, como incurso no art. 299 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, sendo fixado o regime prisional aberto para o seu cumprimento, tendo sido reconhecido o direito de apelar em liberdade e concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos.

A Sentença foi lida e publicada no dia 6 de setembro de 2012 (fl. 350).

O Ministério Público Militar foi cientificado da Decisão em 10 de setembro de 2012 (fl. 351), tendo interposto o presente Recurso de Apelação no dia 14 de setembro de 2012, conforme Certidão de fl. 353.

À fl. 356, consta Certidão, dando conta de que a Sentença transitou em julgado para a Defesa.

Em suas Razões (fls. 358/362), o *Parquet* Castrense requereu a reforma da Sentença condenatória exclusivamente no tocante à aplicação do art. 71 do Código Penal comum ao Apelado.

Argumentou, para tanto, que a conduta do Acusado amolda-se com perfeição à hipótese de concurso material prevista no art. 79 do CPM, haja vista que as ações não foram praticadas em conformidade com o disposto no art. 80 do referido Códex nem nos termos do art. 71 do Código Penal comum.

O Ministério Público Militar citou, ainda, a fundamentação do Conselho Julgador, dando conta de que *"não se vislumbra a incidência do concurso material de crimes, visto que os militares foram agredidos verbalmente em idênticas circunstâncias de tempo, modo de execução e local (...)"*, argumentando que tal entendimento *"concede ao instituto do crime continuado um elastério que este não possui e, a rigor, importa na supressão da figura do concurso material de crimes em considerável parcela das situações em que esta deveria ter incidência"*.

Para o Órgão ministerial, muito embora o delito de desacato tenha sido perpetrado pelo Acusado nas mesmas condições de lugar e da mesma forma, não o foram em relação às condições de tempo, independentemente *"do que possa parecer ao intérprete desavisado acerca do sentido e alcance da referida expressão"*.

Trouxe à colação Acórdão desta Corte no sentido de que ficaria a critério do aplicador da lei penal estabelecer qual o intervalo de tempo entre as condutas delituosas necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva (Apelação nº 2007.01.050744-2, DJ: 2/9/2008, Relator: Min. José Coêlho Ferreira).

E concluiu aduzindo que, se o Código Penal Militar não estabeleceu o lapso temporal que deve mediar as ações praticadas sucessivamente, não significa que não existam parâmetros para nortear a decisão do magistrado. Portanto, se a Sentença hostilizada reconhece que o Acusado praticou o delito de desacato em relação a uma das Sentinelas às 15h do dia 3 de julho de 2011 e, na sequência, com intervalo de minutos, chamou outra Sentinela da Vila Militar de "filho da puta" e "calango verde", praticando dois crimes, trata-se de duas condutas que o Conselho Julgador considerou continuadas pela mesma condição de tempo, o que não se coaduna com a finalidade perseguida pelo instituto da continuidade

delitiva. Afinal, conclui o MPM, *"as ações praticadas pelo apelado foram contemporâneas, simultâneas, e não subsequentes. Sua atuação, portanto, amolda-se à prevista no artigo 79, do Código Penal Militar, na modalidade de concurso material de crimes"*.

Ao final, o MPM requereu a reforma da Sentença *a quo* para condenar o Acusado, em concurso material, pelos dois delitos de desacato a militar.

Nas Contrarrazões de fls. 366/370, a Defesa pugnou pela improcedência do Apelo e pela manutenção da Sentença condenatória nos seus exatos termos, uma vez que o *decisum* condenatório estaria em total consonância com a Doutrina e a Jurisprudência pátrias. Sustentou que as condutas praticadas pelo Acusado *"deram-se nas mesmas condições de tempo, fato este inquestionável, pois extremamente evidenciado nos autos"*. Asseverou que uma possível reforma da Sentença violaria os Princípios da legalidade, da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade.

A PGJM, em Parecer de fls. 379/384, opinou, preliminarmente, pela nulidade da Sentença, uma vez que seria inaceitável o julgamento de Civil por Juízes Militares. Afirmou que o Civil só poderia ser julgado por Conselho de Sentença formado por militares em período de exceção, como nos casos de conflitos armados ou grave perturbação da ordem.

Ainda, em sede preliminar, o Órgão ministerial opinou pela exclusão de uma condenação pelo delito de desacato, uma vez que teria havido inovação em relação à condenação pela ofensa ao Oficial de Dia em virtude da evidente ocorrência de *mutatio libelli,* sem a observância do artigo 437, alínea "a", do CPPM.

No mérito, a PGJM opinou pela improcedência do Recurso ministerial, afirmando que o caso descrito nos autos revela a continuidade delitiva. Ademais, considerou que o Acusado, por ser civil, faria jus aos mesmos benefícios, caso tivesse sido julgado pela legislação penal comum. Com esse entendimento, pugnou pela concessão de *Habeas Corpus* de ofício, para que o Acusado seja beneficiado pela substituição da pena, conforme o art. 44 do CP Comum.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos (fl. 388v).

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, razão pela qual deve ser conhecido.

Antes de analisar o mérito, no entanto, passo ao exame das preliminares arguidas pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE CIVIL POR CONSELHO DE SENTENÇA FORMADO POR MILITARES

A PGJM sustentou a nulidade da Sentença ao argumento de que *"é inconcebível que civil seja julgado por Conselho de Sentença formado por militares em plena vigência do regime democrático de direito"*. Afinal, prossegue o Parecerista, não há justificativa plausível para admitir que o civil continue a ser julgado por militares nas mesmas condições do período de exceção.

Essa possibilidade, segundo o Representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, somente se justificaria em conflito armado ou em grave perturbação da ordem pública, hipótese que se assemelha às situações de emprego da Força Armada em garantia da lei e da ordem.

Para a PGJM, *"o que poderia ser facilmente assimilado como regra naquela época, hoje só se admite de forma extraordinária"*.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo *Parquet* das Armas, não lhe assiste razão.

O raciocínio do Representante da PGJM é de que o julgamento de civis pelo Conselho Julgador, formado por Juízes Militares, remeteria ao período dos governos militares de 1964 a 1985. Tal raciocínio carece do devido suporte legal, o que facilmente se constata pela análise dos textos constitucionais, a partir da Carta de 1934.

Tanto quanto a atual Constituição Federal, as anteriores Cartas Políticas trataram de delimitar a atuação da Justiça Militar, que passou a compor a estrutura do Poder Judiciário a partir da Constituição de 1934. Bem assim, os Diplomas maiores trataram da composição da Justiça Militar ao longo dos anos, de sorte que a ela competia o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei, não importando se o agente era militar das Forças Armadas ou civil.

Nesse sentido são as redações dos artigos 107, inciso III, e 122 da Constituição de 1967; artigos 94, inciso III, e 108 da Constituição de 1946; arts. 111 a 113 da Constituição de 1937; e, finalmente, os arts. 84 a 87 da Constituição de 1934.

Afirmações tais quais as delineadas pelo Parecerista da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, ainda que consideradas as ressalvas apontadas no

tocante às hipóteses de conflito armado, grave perturbação da ordem e garantia da lei e da ordem, não devem prosperar. Afinal, se como asseverou em seu arrazoado, estamos vivendo a plena vigência do regime democrático de direito, é justamente em respeito aos fundamentos desse regime que todos os cidadãos, inclusive os cidadãos procuradores, devem pautar o exercício de sua nobre e importante função.

E esse exercício consiste no estrito cumprimento da Lei, sem a qual se estabelecerá um regime anárquico sob fundamentação republicano-democrática.

Para ratificar a impropriedade da manifestação do Representante da PGJM, transcrevo trecho da oportuna Decisão liminar prolatada pelo eminente Ministro Celso de Mello nos autos do *Habeas Corpus* nº 112.936/RJ:

> *"**Cumpre enfatizar**, desde logo, **que a Justiça Militar da União** – **cujos órgãos** (Conselho de Justiça e o E. Superior Tribunal Militar) **não** se identificam **nem** se subsumem à noção de tribunais de exceção ou de juízos 'ad hoc' (...) **dispõe** de **competência penal** para processar e julgar **civis**, mesmo em tempo de paz, por **suposta** prática de crime militar **tipificado** em lei (...), **eis** que a Constituição da República, **ao remeter** ao plano da legislação ordinária a **definição** dos delitos castrenses, **viabilizou** a qualificação de qualquer civil, em **algumas** situações específicas, como possível sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal, **como claramente resulta** da leitura do próprio Código Penal Militar, **considerada** a regra inscrita em seu art. 9º, **em contexto** que permite reconhecer que, no ordenamento positivo brasileiro, **a conceituação** de crime militar **rege-se** pelo critério objetivo, **estabelecido** 'ratione legis' (...).*
>
> ***Isso significa**, portanto, que a Justiça Militar da União possui, excepcionalmente, **em tema** de delitos castrenses, jurisdição penal sobre civis, quer em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra.*
>
> *(...)*
>
> *Esta Suprema Corte **tem entendido**, em casos idênticos ao ora em análise, **que não se tem** por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, **tratando-se** de réus civis, **se** a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, **não afetar**, de modo real **ou** potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, **que constituem**, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados. (...)".*

Feitas essas considerações iniciais, passo a enfrentar a suposta nulidade da Sentença exarada pelo Conselho Julgador composto por militares de carreira.

É mister destacar que a própria Constituição Federal, em seu art. 122, define como órgãos da Justiça Militar esta Corte Castrense, os Tribunais e os Juízes Militares instituídos por lei.

> *"Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:*
> *I - o Superior Tribunal Militar;*
> *II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei."*.

Mais adiante, o parágrafo único do art. 124 da Carta Magna assim estabelece:

> *"Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.*
> *Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar."*.

Percebe-se que a Constituição Federal atribuiu ao legislador ordinário a competência para dispor sobre o funcionamento da Justiça Militar da União. Em decorrência, a Lei nº 8.457/92, ao definir a formação dos Conselhos Julgadores, em seu art. 16, estabeleceu a sua composição com militares de carreira, nomeando-os Juízes Militares, atendendo ao comando insculpido no art. 122 da Constituição Federal.

Eis a citada redação:

> *"Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:*
> *a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;*
> *b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão."*.

Essa composição do Conselho Julgador, denominada escabinato, permite que Magistrados Togados e Juízes Militares integrem o mesmo Juízo, aliando a experiência da vida na caserna ao inegável conhecimento jurídico dos Juízes de carreira, constituindo-se na essência da Justiça Militar da União e do próprio Superior Tribunal Militar.

Ressalto que o militar, ao ser convocado a integrar o Conselho Julgador, adquire o *status* constitucional de Juiz Militar.

Nessa linha de entendimento é a jurisprudência desta Corte, tal como no seguinte precedente:

> *"Apelação nº 54-45.2009.7.07.0007/PE (DJe 2/12/2011)*
> *Relator: Min. Alte Esq Marcos Martins Torres*
> *EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA COMETIDA EM DETRIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR - (ART. 312 DO CPM). I -* ***A composição dos Conselhos de Justiça Militares não fere os preceitos constitucionais e nem o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. A Justiça Militar do Brasil tem previsão constitucional no art. 92, inciso VI, da Constituição Federal. O fato de os juízes militares não serem amparados pelo Estatuto da Magistratura não torna nulo o julgamento feito pelo Conselho de Justiça. Preliminar de nulidade conhecida e rejeitada à unanimidade****. II - Não comete o crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM) quem apõe sua assinatura em documento já preenchido, intitulado Declaração de Filha Maior Solteira, e com um X marcando o lugar da assinatura. Para a configuração do crime de falsidade ideológica exige-se a presença do dolo. Não resta provada a intenção da recorrente de fraudar a Administração Militar. Negado provimento ao apelo, por maioria*." (Grifo nosso).

Verifico que a PGJM manifestou-se acerca de recente Decisão do Supremo Tribunal Federal que teria considerado inconstitucional a restrição da aplicação da Lei nº 9.099/95 ao acusado civil no âmbito da Justiça Militar, sem mencionar, entretanto, o precedente a que se referia. Nesse sentido, ao relatar o *Habeas Corpus* nº 134-20.2012.7.00.0000/RJ (DJe 16/11/2012), no dia 27 de setembro de 2012, posicionei-me no sentido de que *"A declaração obter* dictum *do Supremo Tribunal Federal não tem o condão de impingir a esta Corte Castrense o reconhecimento de uma suposta inconstitucionalidade"*.

Em vista do que se colocou, não identifico qualquer ilegalidade na Sentença condenatória imposta pelo Conselho Permanente de Justiça, uma vez que o Acusado foi processado de acordo com o devido processo legal, tendo-lhe sido assegurados os seus direitos constitucionais. Ademais, o Réu foi devidamente citado e intimado para todos os atos processuais, sendo-lhe garantida, inclusive, a representação por intermédio de Defensor constituído e, bem assim, o contraditório e a ampla defesa.

Em última análise, a Lei nº 8.457/92, naquilo que diz respeito à formação dos Conselhos Julgadores em primeira instância, converge com

a vontade do legislador constituinte insculpida no parágrafo único do art. 124, restando inequívoca a sua legitimidade para processamento e julgamento de crimes militares cometidos por civis.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela PGJM.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA OCORRÊNCIA DA *MUTATIO LIBELLI*

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar suscitou a exclusão da Sentença de uma das condenações por desacato, ao argumento de que, relativamente à ofensa ao Oficial de Dia, teria ocorrido *mutatio libelli,* sem a observância do artigo 437, alínea "a", do CPPM.

Mais uma vez não assiste razão ao Órgão ministerial.

Em seu Parecer, a PGJM sustenta a existência de *mutatio libelli "quanto à imputação pelo crime de desacato de que foi vítima o oficial de dia"*, razão pela qual pugna pela prevalência do voto vencido do Juiz-Auditor, excluindo-se a referida imputação.

Por sua vez, o Magistrado, ao fundamentar sua Decisão discordante, afirmou que *"não há na denúncia nenhuma menção ao fato de ter o acusado proferido palavras em desacato ao referido oficial. Tal narrativa fática apenas foi aduzida pelo MPM em suas alegações escritas, provocando o instituto da mutatio libelli, não previsto no nosso Estatuto Repressivo Castrense"* (fl. 349).

Ressalto que o MPM, ao formular a Denúncia, assim se pronunciou em relação à conduta perpetrada contra o Oficial de Dia (fl. 3):

> *"(...) Mesmo contidos, o denunciado e o menor continuaram a ameaçar ao ofendido Sd André da Silva Santos e ao 2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior que estava de serviço de oficial de dia (fls.35/6),* ***dizendo que marcariam as suas caras para pegá-los depois e que o oficial estava armado naquele momento, mas amanhã seria ele, denunciado, que estaria com arma em seu poder****. Como se não bastasse, mesmo depois de contido o denunciado, este e um suposto cunhado, cuja identidade permanece desconhecida,* ***ainda tentaram agredir com socos ao 2º Tenente Álvaro Queiroz Ferro Júnior, tendo sido contidos por este último e pelo 3º Sargento PM Gibson Luna Firmino*** *(fls. 47/9, fls.50/2, fls.56/8, fls.59/61, fls.65/7, fls.68/70, fls.78, fls.92/3, fls.95/7, fls.108/10). (...)"* (Grifo nosso).

E, ao final, arrematou:

> *"(...) Agindo da forma anteriormente descrita, o denunciado praticou o crime do artigo 299, do Código Penal Militar, em concurso material, contra as sentinelas Sd Lucas e Sd André, além do crime capitulado no artigo 158,* caput, *c. c. o artigo 30, II, do diploma repressivo castrense e o crime descrito no artigo 223, do mesmo Códice, contra a pessoa do 2º Tenente Álvaro Queiroz Júnior e do Sd André da Silva Santos.*
>
> *(...)*
>
> *Isto posto, o Ministério Público Militar requer o recebimento da denúncia para que o denunciado seja regularmente citado, processado, julgado e condenado às sanções penais decorrentes das acusações que lhes são feitas. (...)".*

Não obstante os termos da Denúncia, em depoimento, o oficial de dia, 2º Ten Ex Álvaro Queiroz Ferro Júnior (fls. 255/257), confirmou os xingamentos oriundos do Acusado, nos seguintes termos:

> *"(...) que, no dia dos fatos, estava de serviço como oficial de dia; que foi contatado porque havia duas pessoas detidas em uma via da Vila Militar; que as duas pessoas detidas eram o acusado e um menor; que ambos aparentavam embriaguez; que ambos ameaçavam o depoente dizendo que não ia ficar a situação daquele jeito, pois estavam 'gravando' o rosto dos militares e depois faria alguma coisa;* ***que xingaram o depoente de 'filho da puta' e o mandaram tomar no cu (...) que, então, o acusado ficou mais alterado e tentou agredir fisicamente o depoente; (...) que o acusado não conseguiu atingir o depoente; (...) que o depoente não sofreu nenhum tipo de lesão física (...)****."* (Grifo nosso).

A descrição fática contida na Vestibular Acusatória aliada ao conjunto probatório carreado durante a instrução criminal revelam, de forma clara e precisa, as práticas delituosas levadas a efeito pelo Acusado no tocante à ameaça e à tentativa de agressão contra o Oficial de Dia (violência contra militar de serviço).

No entanto, na fase do art. 428 do CPPM, como decorrência do conjunto probatório até então carreado aos autos, em especial o depoimento do Oficial de Dia, o MPM conferiu àquelas condutas, tipificadas inicialmente como as descritas nos artigos 223 e 158 do CPM, nova capitulação jurídica, desta feita a do art. 299 do CPM, ou seja, desacato, eis que amparado no princípio da consunção.

Para tanto, o *Parquet* Militar assim argumentou (fls. 297/298):

"(...) Ademais, como veremos mais adiante, o crime de ameaça, na hipótese dos autos, há de ser absorvido pelo crime de desacato.

Quanto ao crime de violência contra militar em serviço (artigo 158, CPM), nos diz a doutrina penal militar que, sendo um civil o sujeito ativo do delito, 'a lei repressiva castrense protege o militar revestido da autoridade que lhe confere as funções especificadas e tem em vista o interesse da administração militar em preservar a segurança do estabelecimento militar e a normalidade do seu funcionamento'.

De fato, pretende o direito penal militar resguardar a autoridade do militar que se encontra de serviço como oficial de dia, oficial de serviço, oficial de quarto, sentinela, vigia ou plantão. Dos três ofendidos, segundo a prova dos autos, dois encontravam-se em serviço de sentinela à Vila Militar enquanto o terceiro era o oficial de dia.

Ressalvada a hipótese de o acusado ter atuado com erro de fato (ou erro de tipo no direito penal comum) no que diz respeito ao ofendido oficial de dia, na medida em que ele desconhecia que esta era a sua função no quartel, é certo que tentou cometer violência contra os demais ofendidos que se encontravam de sentinela.

Porém, aqui também não parece que o acusado tenha realizado a infração penal capitulada no artigo 158, do Código Penal Militar.

É que o crime de violência contra militar de serviço quando não consumado é absorvido pelo crime de desacato em hipótese de conflito aparente de normas, afinal, pode-se desacatar o militar tanto através de ameaças quanto por meio de agressão física, desde que esta não resulte em lesões corporais ou na morte do ofendido. Nesse sentido assinala a melhor doutrina que o desacato absorve as vias de fato, a lesão corporal leve, a ameaça, a difamação e a injúria, pela aplicação do princípio da consunção.

(...)

Na realidade, portanto, o único crime cometido pelo acusado foi o desacato, delito descrito no artigo 299, caput*, do Código Penal Militar, na medida em que este absorve todos os demais.*

(...)

Por outro lado, o desacato foi perpetrado pelo acusado, na medida em que ele os humilhou ao chamar o ofendido oficial

de dia de 'filho da puta' e mandá-lo 'tomar no cu' (fls.255/7), além de xingar o ofendido Sd Lucas e o Sd André de 'filhos da puta' e dizer, ainda, que ambos estavam realizando um serviço de merda' (fls.258/60, fls.261/3 e fls.226/7), o que fez com que ambos reagissem aos impropérios em retorsão imediata.

Desacatando pelo menos três militares (os três ofendidos), o réu praticou, na verdade, três crimes de desacato em concurso material de delitos, nos termos do artigo 79, do Código Penal Militar, que consagra o sistema de acumulação material de penas em se tratando de crimes da mesma espécie. (...)".

Ressalte-se, por oportuno, que a citada modificação na tipificação foi levada a efeito pelo MPM nas Alegações Escritas, tendo sido acolhida pelo Conselho Julgador a referida capitulação em consonância com o comando inserido na alínea "a" do artigo 437 do CPPM, segundo o qual:

"Definição do fato pelo Conselho
Art. 437. O Conselho de Justiça poderá:
a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;".

O argumento da PGJM de que a lide foi inovada pela flagrante *mutatio libelli* quanto ao crime de desacato contra o oficial de dia não merece prosperar, principalmente porque pautada em suposta inobservância do dispositivo anteriormente citado.

A PGJM prende-se ao argumento do magistrado que em seu voto vencido afirmou que a Denúncia não trazia as elementares (xingamentos) proferidos contra o oficial de dia.

Se por um lado tal assertiva é correta, por outro, não se pode olvidar que a nova capitulação decorreu, também, da aplicação do princípio da consunção.

Ao analisar detidamente a dicção do artigo 437, alínea "a", do CPPM, que versa sobre a *emendatio libelli*, verifica-se que o requisito essencial e intransponível para a sua aplicação reside na comprovação de que os fatos arrolados na inicial acusatória permaneceram inalterados.

E no caso dos vertentes autos, os fatos imputados ao Apelante são rigorosamente os mesmos que foram exaustivamente descritos na Peça

ministerial, quais sejam, a ameaça e a tentativa de violência contra militar em serviço.

Sequer se poderia aventar a possibilidade de que à outra parte não teria sido oportunizada a contradita da nova capitulação.

Os autos demonstram que a tese adotada pelo MPM na argumentação constante das Alegações Escritas, de reconhecimento da absorção dos referidos delitos pelo crime de desacato, foi encampada pela própria Defesa, nos seguintes termos (fl. 314):

> *"(...) Contudo, entendendo Vossa Excelência haver sido atingido o bem jurídico tutelado, o que admitimos apenas por amor ao debate, observa-se, como bem referido pelo próprio* Parquet *militar que o referido crime, se cometido, restaria absorvido, diante do princípio da consunção, pelo delito de desacato, consoante entendimento do Colendo Superior Tribunal Militar mencionado nas alegações finais ministeriais (...)"*.

O sistema jurídico pátrio exige a fundamentação das decisões judiciais, consoante o comando constitucional insculpido no inciso IX do artigo 93 da Carta Magna e, bem assim, a correlação entre os fatos descritos pela acusação e aqueles considerados pelo juiz na sentença para a prolação de um veredicto de condenação, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Vale ressaltar, desde logo, o entendimento consubstanciado nas Decisões dos Pretórios, segundo o qual o acusado defende-se dos fatos e não da imputação.

Acerca do tema, oportuna a lição de Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal Comentado*, 11ª ed., Revista dos Tribunais, p. 727):

> *"Correlação entre acusação e sentença: é a regra segundo a qual o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, deve guardar perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença, sob pena de grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consequentemente, ao devido processo legal. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró descreve, com precisão, tal princípio, fazendo diferença entre o fato processual – que é o concreto acontecimento na história – e o fato penal – um modelo abstrato de conduta, ou seja, o tipo penal. A violação incide justamente no campo do fato processual, que é*

o utilizado pelo réu para a sua defesa. E não se pode discorrer abstratamente, sobre o tema. Torna-se impossível, segundo demonstra, debater o assunto em torno de exemplos irreais: 'Inútil, portanto, discutir, por exemplo, se de uma imputação por receptação é possível passar a outra por furto, mas examinar, caso a caso, se o fato imputado, qualificado erroneamente como receptação, contém todos os elementos de fato para ser qualificado como furto. Pensar de outra forma é admitir que um mesmo fato concreto pode ser adequado, simultaneamente, ao tipo penal da receptação e do furto, o que é um verdadeiro absurdo (...) O tema da correlação entre acusação e sentença é pertinente ao fato processual, isto é, ao acontecimento histórico imputado ao réu. A importância está na relevância processual do fato. Por isso, concretamente, o que pode ser indiferente em relação a uma imputação pode ser relevante em relação à outra, ainda que se trate do mesmo tipo penal. Assim, o que é acidental em relação ao tipo penal – por exemplo, uma agravante – pode modificar o fato processual, isto é, o objeto do processo. Já a alteração do fato que se mostre relevante penalmente sempre o será para o processo penal, visto não ser possível condenar alguém sem que o fato concreto imputado apresente todos os elementos que abstratamente integram o tipo penal'." (Correlação entre a acusação e sentença, p. 129-130).

Ainda sobre o tema, o ilustre doutrinador arremata (obra citada, p. 729):

> *"(...) a reforma trazida pela Lei nº 11.719/2008 tornou bem claro não poder o magistrado, ao promover a denominada emendatio libelli, modificar qualquer fato descrito na peça acusatória. Cabe-lhe atribuir nova definição jurídica ao fato, mas este é imutável, sob o prisma do julgador. (...) Nessa ótica, a lição de Badaró: 'Em síntese, o juiz não pode condenar o acusado, mudando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais de execução do delito, sem dar-lhe a oportunidade de se defender da prática de um delito diverso daquele imputado inicialmente, toda vez que tal mudança seja relevante em face da tese defensiva, causando surpresa ao imputado'."* (Correlação entre acusação e defesa, p. 133-134).

Para corroborar o conteúdo até aqui sustentado, cito a lapidar ementa da Apelação nº 28-23.2011.7.02.0102/SP (Dje: 11/1/2013), da lavra do eminente Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, *verbis*:

"Ementa

ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO DO MPM. CRIMES DE DANO E DE OPOSIÇÃO À ORDEM DE SENTINELA. SUJEITO ATIVO CIVIL. POSSIBILIDADE. ART. 437 DO CPPM. SÚMULA 5 DO STM. MANTIDOS INCÓLUMES. PROVAS CABAIS. CONDENAÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA.

***Descaracterizado o crime principal – art. 299 do CPM –, toma corpo o expressamente subsidiário – art. 164 do CPM –, em especial quando articulado pelo MPM desde a Denúncia, inexistindo efeito surpresa para o réu ou alteração da matéria fática**.*

O art. 437, alínea 'a', do CPPM – emendatio libelli – deve ser visto em duas partes.

Na primeira, não sendo a pena mais grave, inexiste a imposição de a desclassificação constar nas alegações escritas do MPM.

***Na segunda, se as penas da desclassificação forem mais graves do que as previstas para o tipo penal constante na Denúncia, a nova definição jurídica deve compor as alegações escritas do MPM**.*

A primeira parte da alínea 'a', do art. 437 do CPPM, lida separadamente da segunda, encontra lógica também em relação ao Código de Processo Penal Comum, no qual, após várias reformas, o seu art. 383 foi mantido intacto e alinhado à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

***Se mesmo diante de pedido de absolvição do MPM – art. 437, alínea 'b', do CPPM – o Juízo pode desclassificar se o fato estiver articulado na Denúncia, com maior razão o poderá diante do Recurso de Apelação interposto pela acusação, devolvendo o conhecimento de toda a matéria**.*

Em observância à Súmula 5 do STM, diante de desclassificação e de Recurso do MPM, a referência para se detectar eventual prejuízo para o réu é a Denúncia e não a Sentença, ainda que absolutória.

***A Súmula 5 do STM não restringe sua aplicação ao Recurso do MPM ou ao da Defesa**. Pode-se alegar que, quando o réu resta absolvido em primeiro grau, inexistiria benefício em eventual desclassificação. Contudo, a Súmula 5 deve ser interpretada sob duas perspectivas.*

Primeira perspectiva, quando o Recurso é apenas da Defesa em busca de sua absolvição. Nesse caso, o STM pode des-

classificar, mas não agravar a situação do apelante, porque o referencial para se verificar a existência ou não de benefício será a Sentença condenatória.

Segunda perspectiva, quando o MPM recorre da decisão, buscando a condenação. Nesse caso, mantida a matéria fática, embora tenha o réu sido absolvido, a condenação será possível. Aqui, o referencial para se verificar a existência ou não de benefício para ao réu será a Denúncia.

Neste Processo, o MPM denunciou o réu pelo art. 299 - Desacato a militar – crime mais grave – e recorreu pela condenação no art. 164 – crime menos grave –, ambos do CPM, podendo o STM desclassificar para este último, pois tal definição jurídica configura benefício ao acusado e depreende-se estar articulada na descrição fática constante da Denúncia.

O fato de a desclassificação do art. 299 para o art. 164, ambos do CPM, envolver bens jurídicos diversos não a impede de incidir. Fosse diferente, não seria possível desclassificar o crime de roubo – contra o patrimônio – para o de ameaça – contra a pessoa/liberdade individual.

O agente que inutiliza a cancela do portão de OM, vencendo a resistência do equipamento eletrônico para transpor o controle exercido pelas sentinelas, pratica, ainda que na forma de dolo eventual, o crime de dano.

As Forças Armadas, mediante suas atribuições estampadas no art. 142 da CFRB/1988, estão aptas a atuar em defesa dos interesses da sociedade em qualquer local do país ou mesmo no exterior. Com maior razão, devem exercer o poder de polícia no interior de suas OM, como ocorreu na Base Aérea de São Paulo, podendo instaurar investigações, interditar seus portões até a pacificação de circunstancial crise ou mesmo prender agentes criminosos em flagrante.

A cidadania, nos países avançados, incita que os administrados respeitem a presença militar, em especial durante o controle de pontos sensíveis, tudo em prol da segurança coletiva da sociedade.

Decisão por maioria." (Grifos nossos).

A detida análise dos autos revela, inequivocamente, a incidência da *emendatio libelli*, o que não só está em consonância com o Ordenamento Jurídico Castrense, como em perfeita adequação ao artigo 437, alínea "a", do CPPM.

Afinal, o Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, ao acolher a pretensão ministerial e atribuir à conduta do Acusado nova definição jurídica, observou a incolumidade da base fática e o condenou com fundamento nos elementos e circunstâncias constantes da Denúncia, da instrução criminal e das razões delineadas nas Alegações Escritas ministeriais e defensivas.

Importa salientar que a partir da confirmação dos xingamentos levados a efeito pelo Acusado, por ocasião da oitiva do oficial de dia, a Defesa exerceu o contraditório e a ampla defesa, restando garantido, por via de consequência, o devido processo legal, na medida em que nada requereu na fase do art. 427 do CPPM (fl. 288) e, nas Alegações Escritas, conforme salientado anteriormente, encampou a tese ministerial da absorção.

A propósito, o acolhimento dessa tese pelo Conselho Julgador revelou-se uma verdadeira vitória para a Defesa, não ensejando sequer Recurso de Apelação.

A nova capitulação proposta pelo Órgão ministerial, corroborada pela Defesa e levada a efeito pelo Conselho Julgador, a bem da verdade, redundou em abrandamento da pena aplicada ao Acusado, levando-se em conta a maior gravidade do delito de violência contra militar em serviço, ainda que na forma tentada, comprovando a correção e a adequação da condenação prolatada pelo Conselho Julgador aos termos do artigo 437, alínea "a", do CPPM.

Não se verificando, portanto, prejuízo para a Defesa, não há que se falar em nulidade, consoante o entendimento consolidado nos Pretórios.

Transcrevo, por oportuno, trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 99.996/SP, acerca do tema: *"o Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal – pas de nullité sans grief – é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 15/4/05 e AI-AgR. 559.632/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 3/2/06)"*.

Essa, aliás, é a dicção do art. 499 do CPPM:

> *"Art. 499. Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa."*

Com essas observações e da análise dos autos, lícito concluir que os vertentes autos não tratam da *mutatio libelli* defendida pela PGJM, mas

sim de *emendatio libelli*, não se revelando, por via de consequência, a alegada nulidade.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela PGJM.

MÉRITO

Quanto ao mérito, ressalvo, desde logo, que os argumentos ministeriais não merecem prosperar.

O MPM interpôs a presente Apelação insurgindo-se contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça que condenou o Acusado à pena de 7 meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional aberto.

Em sua argumentação, o Órgão ministerial sustentou que não incidem no caso as regras atinentes à continuidade delitiva prevista no art. 80 do CPM, uma vez que a conduta do Acusado amolda-se perfeitamente à hipótese de concurso material descrita no art. 79 do CPM.

Segundo o Órgão ministerial, para ensejar a continuidade delitiva, seria necessário que os três delitos fossem praticados nas mesmas condições de tempo.

O delito continuado, como cediço, foi criado pelo legislador para beneficiar *"o criminoso eventual, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios)."* (STJ, *Habeas Corpus* nº 141.239/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - DJe: 15/3/2010).

Muito embora o Código Penal Militar tenha adotado a teoria segundo a qual a continuidade requer apenas a presença dos requisitos objetivos, a doutrina e a jurisprudência vêm anunciando, de forma majoritária, ser necessária a conjugação dos elementos de ordem objetiva e subjetiva (teoria objetivo-subjetiva) para se caracterizar a forma continuada da prática de crimes, pois se de um lado não se pretende que as penas sejam muito elevadas quando desnecessárias, de outro, também não se pode aceitar a habitualidade criminosa.

Assim, para a sua caracterização, torna-se imperioso que o agente tenha praticado dois ou mais delitos da mesma espécie, obser-

vadas as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras assemelhadas e que, além disso, exista unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo entre os eventos, pois, do contrário, sem esse elemento subjetivo, a sequência de eventos evidenciará apenas a reiteração criminosa.

Acerca do tema, leciona Célio Lobão em seu *"Comentários ao Código Penal Militar"*, Vol. 1, Parte Geral, Forense, 2012, p. 228:

> *"Heleno Fragoso expõe que o Código Penal comum adotou a denominada teoria objetiva, assim como o CPM, logo, o crime é continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos em continuação a do primeiro. Esclarece o que se entende por crimes da mesma espécie: 'Crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que o constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns'.* ***Lembra Magalhães Noronha que o Código Penal comum filiou-se à doutrina teutônica, que prescinde da unidade de desígnio, entretanto, Roberto Lira, Aníbal Bruno e Basílio Garcia 'acham difícil que, na apreciação do caso concreto, não tenha o juiz de investigar o elemento subjetivo do agente para concluir a continuação', o que nos parece aceitável em face da lei penal militar****."* (Grifo nosso).

Também a respeito da matéria, cito o escólio de Damásio de Jesus (*Código Penal Anotado*, 5ª ed., 1995, Saraiva, p. 197):

> *"**Requisitos***
> *1º) pluralidade de condutas; 2º) pluralidade de crimes da mesma espécie; 3º) continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas; e 4º) unidade de desígnios (nossa posição)."* (Grifo no original).

Pode-se inferir das lições até aqui delineadas que a existência do requisito subjetivo à configuração do crime continuado, consistente na "unidade de desígnios", diferencia a teoria objetiva da mista (ou objetivo-subjetiva).

A primeira aduz que pelos requisitos objetivos (circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução etc.) é possível aferir a existência de uma unidade criminosa entre vários delitos, a ensejar reprimenda mais amena por motivos de política criminal.

Para a segunda corrente, imprescindível também o requisito subjetivo, a "unidade de desígnios", que se caracteriza pela vontade deliberada de praticar mais de um delito nas condições do art. 71 do Código Penal comum ou do art. 80 do CPM. É exatamente essa intenção que justifica reprimenda menos severa e vem sendo adotada por esta Corte Castrense em benefício do réu, em que pese o Princípio da Especialidade e a ausência de omissão legislativa.

Em termos jurisprudenciais, oportuna a citação do seguinte aresto do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Ementa do Recurso em *Habeas Corpus* nº 93.144-8 (DJe: 9/5/2008), da relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, *in verbis:*

> *"Recurso ordinário em* habeas corpus. *Delitos de roubo. Unificação das penas sob a alegação de continuidade delitiva. Não ocorrência das condições objetivas e subjetivas. Impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório para esse fim. Recurso desprovido. Precedentes.*
>
> *1. Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira.*
>
> *2.* ***É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro.***
>
> *3. O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado.*
>
> *4. Incensurável o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ora questionado, pois não se constata, de plano,*

ocorrerem as circunstâncias configuradoras da continuidade delitiva, não sendo possível o revolvimento do conjunto probatório para esse fim. 5. Recurso desprovido." (Grifo nosso).

No caso em análise, os três crimes de desacato a militar ocorreram no mesmo contexto fático, todos no mesmo local e lapso temporal, sendo relevante observar a semelhança na maneira de execução.

Os autos comprovaram a prática delituosa consistente no fato de que o Acusado proferiu palavras de baixo calão aos três militares que se encontravam de serviço, duas Sentinelas e o Oficial de Dia, restando presente, portanto, o pressuposto subjetivo da unidade de desígnios na medida em que pretendeu, segundo a lição de Marcelo Streifinger e Cícero Robson Coimbra Neves (*Manual de Direito Penal Militar*, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.330), *"faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar a autoridade"* dos citados militares integrantes da equipe de serviço.

O Órgão ministerial, ao apelar, questionou a aferição da chamada condição de tempo para justificar a não aplicação da continuidade delitiva.

Afirmou que, muito embora a jurisprudência do STM reconheça que caberá ao aplicador da lei estabelecer qual o intervalo de tempo entre as condutas delituosas necessário ao reconhecimento do citado benefício, *"não significa que não existam parâmetros para nortear a decisão do magistrado"*.

De fato, o posicionamento ao qual me filio estabelece que a *"lei penal militar deixou ao poder jurisdicional a discricionariedade de determinar qual o lapso temporal entre as condutas pode ser considerado como continuidade delitiva. Ao não estabelecer um critério objetivo, é de se analisar cada caso, mormente em matéria criminal, atendendo-se sempre à razoabilidade e proporcionalidade (...)."* (Apelação 2007.01. 050744-2, DJ 2/9/2008, Relator: Ministro José Coêlho Ferreira).

No caso dos autos, uma análise detida revela que os fatos narrados na Denúncia transcorreram em intervalo de tempo não superior a vinte minutos.

O próprio Ministério Público Militar, ao fundamentar o seu Recurso, reconhece que o lapso temporal é pequeno, tal como se infere do seguinte trecho de seu arrazoado (fl. 361):

> *"Na sentença, reconhece-se que o apelado, por volta das 15h, do dia 03 de julho de 2011, chamou uma das Sentinelas*

> *da Vila Militar de 'abacate' e 'filho da puta' e, na sequência, imediatamente, com intervalo de minutos, chamou outra Sentinela da Vila Militar de 'filho da puta' e 'calango verde', praticando dois crimes de desacato à (*sic*) militar (artigo 299, Código Penal Militar). Trata-se, como se percebe, de duas condutas que o Colendo Conselho Permanente de Justiça resolveu tratar como crime continuado ao entender que ambas foram praticadas na mesma condição de tempo."*.

A respeito do tema trago a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, em *Código Penal Comentado*, 10. ed., p. 465, *in verbis:*

> *"Afirma Nélson Hungria, com inteira razão, ser necessária para a configuração do requisito temporal 'uma certa continuidade no tempo', ou seja, uma determinada 'periodicidade', que imponha 'um certo ritmo' entre as ações sucessivas. Não há possibilidade de se fixar, a esse respeito, indicações precisas. Apesar disso, firma a jurisprudência majoritária o entendimento de que, entre as infrações, deve mediar no máximo um mês. (...). O juiz, por seu turno, não deve ficar limitado a esse posicionamento, embora possa tomá-lo como parâmetro. Imagine-se o agente que cometa vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos."*.

A condição temporal para reconhecimento da continuidade delitiva é tema recorrente na doutrina e na jurisprudência e, por essa razão, perfilho o entendimento segundo o qual caberá ao magistrado, caso a caso, aferir se tais condições permitem a aplicação do benefício sem macular a finalidade perseguida pelo instituto da continuidade delitiva.

A propósito, verificando o escólio de Damásio de Jesus (obra citada, p. 201), *"a jurisprudência dominante nos tribunais de São Paulo e no STF exige que os crimes não tenham sido cometidos em período superior a um mês (entre um e outro). (...) Há manifestação no sentido de ser muito longo o período de trinta dias, com redução para dez ou cinco dias (...)"*.

Portanto, presentes nos autos a pluralidade de ações sucessivas praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, que redundaram na consumação de delitos da mesma espécie, não vislumbro na Sentença aplicada pelo Conselho Julgador, que concedeu ao Acusado o benefício da continuidade delitiva, qualquer violação aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade pelo não reconhecimento da incidência do concurso material.

No mesmo sentido é a jurisprudência desta Corte Castrense:

> *"Apelação nº 14-68.2006.7.07.0007/PE (DJ: 19/10/2009)*
> *Relator: Min. Alte Esq Rayder Alencar de Oliveira*
> *EMENTA. APELAÇÃO. FURTO SIMPLES E FURTO QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. Militar que subtrai de colegas de caserna aparelhos de telefone celular avaliados em R$ 382,00 e R$ 169,00. Inconteste que o 2º furto ocorreu durante a noite. A Vítima afirmou ter deixado o aparelho entre 23 e 24h no armário. E o próprio Réu, na confissão, admitiu o horário da subtração, por volta das 23h, momentos após a Vítima tê-lo lá deixado com o intuito de recarregar a bateria, não havendo por que duvidar de seu depoimento.* ***A norma não fixa um critério rígido para a verificação das condições de tempo, devendo-se observar a razoabilidade e a proporcionalidade****. No caso, se as subtrações ocorressem em menor prazo, certamente levantaria maiores suspeitas sobre o seu autor. Provido parcialmente o recurso ministerial para, confirmando a condenação, aumentar o* quantum *da pena imposta pela qualificadora do § 4º, do art. 240, do CPM. Maioria."* (Grifo nosso).

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo ministerial, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de nulidade arguidas pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. No mérito, em negar provimento ao Apelo ministerial, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 25 de abril de 2013 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 203-47.2011.7.11.0011-DF

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – Luciano de Jesus Monteiro, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis*pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 8/10/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 290 DO CPM. PORTAR ENTORPECENTE EM ORGANIZAÇÃO MILITAR. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM REJEITADA. APLICAÇÃO DA LEI N° 11.343/2006 REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA REJEITADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA POR UNANIMIDADE. A censura prevista no art. 290, caput, *do CPM consubstancia proteção voltada à preservação da saúde pública. A conduta expõe a perigo os integrantes e o patrimônio da OM, sendo ultrapassado o risco socialmente tolerado. Crime de perigo presumido, sem a exigência da materialização do dano à consumação. Conforme a jurisprudência do STM e do STF, a conduta delitiva de portar substância entorpecente, dentro de Organização Militar, tem especial repressão no art. 290 do CPM, restando afastada a incidência do princípio da insignificância e da Lei n° 11.343/2006, o qual, mesmo após a incorporação de normas internacionais, manteve-se constitucional. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo interposto pela Defensoria Pública da União, mantendo inalterada a Sentença condenatória imposta ao ex-Sd Ex Luciano de Jesus Monteiro por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e William de Oliveira Barros não participaram do julgamento.

Presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 27ª Sessão, 22/4/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública da União (DPU), inconformada com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para o Exército da Auditoria da 11ª CJM, que condenou LUCIANO DE JESUS MONTEIRO, ex-Sd Ex, à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM.

A conduta do réu foi investigada mediante o Auto de Prisão em Flagrante (APF) (fls. 5/36), lavrado no 1º Regimento de Cavalaria de Guarda (1º RCGd) – Brasília/DF – Ofício nº 274/11-Sect.A, de 4/11/2011 (fl. 6 - V.1).

A Dra. Ana Carolina Scultori Teles Leiro, Promotora da Justiça Militar, em 6/3/2012, denunciou o réu como incurso no art. 290, *caput*, do CPM, nos seguintes termos (fls. 2/4 - V.1):

> *"(...) No dia 3 de novembro de 2011, o Soldado **Luciano** convidou os Soldados **Patrick** Chueizer dos Santos e **Daniel** Silva de Queiroz para darem uma volta no Regimento, a fim de conversarem.*
>
> *Deslocaram-se até a horta do Regimento e permaneceram sentados embaixo de uma árvore conversando.*
>
> *Por volta das 19:15 horas, o encarregado da horta abordou o Sargento de Dia, Sargento Pedro Henrique **Ponciano** Soares, e informou-lhe que havia três pessoas na região da horta.*
>
> *O Sargento Ponciano informou ao Tenente Yohrano Gomes **Vieira**, sendo que os dois dirigiram-se à horta.*
>
> *Ao abordarem os três militares, questionaram se os mesmos estavam portando alguma substância entorpecente, o que foi por eles negado.*

Em seguida, procederam a uma revista e encontraram no local onde estavam sentados 4 (quatro) papelotes de substância entorpecente, a qual foi devidamente apreendida e encaminhada à perícia.

*O Soldado **Luciano** confessou tratar-se de maconha e afirmou que a mesma era de sua propriedade (APF Fls. 08/11). Ao prestar o depoimento de fl. 105, declarou que a droga estava escondida em sua cueca e que, ao perceber a aproximação dos militares, ficou nervoso e jogou a substância no chão. Declarou, ainda, que os outros dois militares, que estavam com ele na horta, nada sabiam acerca da existência da substância ilícita.*

*Constam dos autos, os **Laudos Periciais** de fls. 13/15 e 78/82, elaborados pelo Batalhão de Polícia do Exército e pelo Instituto Nacional de Criminalística, respectivamente. Em ambos os laudos, foi constatado que a substância apreendida trata-se de 8,3 gramas de Cannabis Sativa Lineu, vulgarmente conhecida como maconha. (...)".*

A Denúncia foi recebida em 12/3/2012 (fls. 135/137 - V. 1).

Dentre outros, os seguintes documentos estão nos autos (tudo V.1):

- APF (fls. 5/36);
- Inquirições do APF (fls. 12/15);
- Laudo Pericial do BPE nº 103/2011 (fls. 17/19);
- Nota de Culpa (fls. 32/33);
- Relatório do APF (fl. 34);
- Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 82/86); e
- Folhas de Alterações do réu (fls. 100/102).

O MPM requereu a concessão de liberdade provisória aos acusados (fls. 41/42 - V. 1), a qual foi concedida (fls. 44/45 - V. 1), sendo, em consequência, expedido o Alvará de Soltura (fl. 47 - V. 1) e cumprido (fls. 63v/65v - V. 1).

O réu, LUCIANO DE JESUS MONTEIRO, foi citado (fl. 150 - V.1) e intimado (fl. 204 - V.1), declarando (fls. 152/153 - V. 1):

"(...) que são verdadeiros os fatos narrados na Denúncia; que confirma, na íntegra, depoimento de fls. 14/15, ora lido; que incorporou em março de 2011 de forma voluntária; que teve instrução sobre a proibição em se levar substância entorpecente para o quartel; que, antes da caserna, o depoente não fa-

zia uso de substância entorpecente; que passou a consumir drogas após a incorporação; que comprava substância entorpecente na rua, com desconhecidos; (...) que o depoente ingressou no quartel com a substância entorpecente escondida na cueca; que no dia dos fatos o depoente não estava de serviço; que no momento dos fatos o depoente não estava consumindo, mas sim portando substância entorpecente e os dois colegas que conversavam com o depoente também não consumiram drogas; que ficou preso por três dias; que reside em Goiás com os pais, (...); que o licenciamento do depoente ocorreu por término do serviço militar; que atualmente o depoente está desempregado; que iniciou o uso de substância entorpecente dois meses antes de ingressar no quartel; que atualmente o depoente não faz mais referido uso (...); que no dia dos fatos o depoente dormiu no quartel, pois tiraria serviço no dia seguinte (...); que, na verdade, quando foi entrevistado com fins à incorporação, o depoente mentiu sobre o uso de substância entorpecente. (...)".

O MPM arrolou duas testemunhas (fl. 4 - V.1). Foram ouvidos o 1º Ten Yohrano Gomes (fls. 164/165 - V. 1) e o 3º Sgt Ex Pedro Henrique Ponciano Soares (fls. 166/167 - V. 1). A DPU não arrolou testemunhas (fl. 171v - V.1).

O MPM e a DPU nada requereram na fase do art. 427 do CPPM (fls. 173/173v - V.1).

O MPM, em alegações escritas, sustentou a condenação do réu, como incurso no art. 290, *caput*, do CPM (fls. 178/181- V.1).

A DPU, em alegações escritas, suscitou absolvição do réu, devido à inconstitucionalidade do art. 290 do CPM e, subsidiariamente, a sua revogação, fruto da aplicação da Lei n° 11.343/2006, mas, em caso de condenação, a imposição de pena no mínimo legal, a atenuação pela menoridade e a concessão do *sursis*, nos termos do art. 84 do CPM (fls. 184/198 - V.1).

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 11ª CJM decidiu, por unanimidade (fls. 221/231 - V. 1):

> *"(...) I - (...) CONDENAR o ex-Sd EB LUCIANO DE JESUS MONTEIRO, (...) como incurso nas sanções do artigo 290,* caput*, do Código Penal Militar, à pena mínima de um (1) ano de reclusão, a ser eventual e inicialmente cumprida em regime aberto, (...).*

II – (...) conceder-lhe também a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de dois (2) anos (...)".

A Sentença foi publicada em 22.10.2012, sendo o MPM e a DPU dela intimados na mesma data (fls. 232/234 - V. 1).

A DPU, em razões recursais, suscita que, devido à incorporação de normas de direito internacional, o art. 290 do CPM é inconstitucional; o princípio da insignificância deve incidir no presente caso; o art. 290 do CPM foi revogado pela Lei n° 11.343/2006; e, sob o princípio da proporcionalidade, impõe-se diferenciar usuários e traficantes, pleiteando a absolvição do réu com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, e, subsidiariamente, se condenado, a aplicação de pena alternativa, conforme o art. 28 da Lei n° 11.343/2006 (fls. 242/250 - V. 1).

O MPM, em contrarrazões, sustenta que a autoria e materialidade estão presentes; o Poder Legislativo, embora tenha realizado diversas modificações nas normas referentes ao tráfico, porte e uso de entorpecentes, manteve intacto o sistema jurídico castrense; a conduta viola os princípios da hierarquia e da disciplina, bem como a operacionalidade das Forças Armadas; a Lei nº 11.343/2006 não derroga o critério da especialidade militar; e o STM tem decidido exatamente no sentido ora exposto, pautando pelo não provimento do Recurso e pela manutenção da Sentença condenatória de 1º grau (fls. 255/260 - V. 1).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, mediante o Parecer da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Rita de Cássia Laport, asseverou que a materialidade e a culpabilidade restaram incontroversas; a tese da Defesa não encontra amparo legal e jurisprudencial; a Decisão do STF, colacionada pela Defesa, foi superada, por exemplo, pelos HC n° 107.688/DF, n° 94.685/CE e n° 91.759/MG; e essas decisões mais recentes afastam por completo as teses da Defesa de inconstitucionalidade e de revogação do art. 290 do CPM ou mesmo a aplicação da Lei nº 11.343/2006 ao presente caso, opinando pelo não provimento do Recurso (fls. 274/282 - V. 2).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos (fl. 286v - V. 2).

A DPU foi intimada de que o Processo está em mesa para julgamento (fl. 291 - V.2).

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso preenche os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido e julgado.

A autoria e a materialidade estão sobejamente comprovadas, conforme dois laudos, ambos assinados por dois peritos – do Batalhão de Polícia do Exército (fls. 17/19 - V.1) e do Instituto de Perícia Criminal Federal (fls. 82/86 - V.1) –, atestando a apreensão de 8,3 g (oito gramas e três centigramas) de *Cannabis sativa,* composta por *Tetrahidrocannabinol* (fl. 84 - V.1); a confissão do réu em sede de APF (fl. 14 - V.1) e em Juízo (fls. 152/153 - V.1), bem como os relatos das testemunhas (fls. 164/167 - V.1), todos transcritos no Relatório.

Assim, a conduta, o nexo de causalidade e o resultado estão perfeitamente evidenciados nos autos, centrando-se a controvérsia no campo da tipicidade, seja esta formal ou material.

A DPU, em razões recursais, suscita que três aspectos orbitam o caso: o princípio da insignificância deveria incidir, pleiteando a absolvição com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM; devido à incorporação de normas de direito internacional, o art. 290 do CPM seria inconstitucional; e teria sido revogado pela Lei n° 11.343/2006, a qual, sob o princípio da proporcionalidade, diferencia usuários de traficantes, portanto, se condenado, a pena alternativa do art. 28 da Lei n° 11.343/2006 deveria prevalecer (fls. 242/250 - V. 1).

Passa-se à abordagem dos tópicos interpostos pela Defesa.

A DPU suscitou a atipicidade da conduta pela inexistência de ofensa ao bem jurídico tutelado, entendendo pela aplicação do princípio da insignificância (fls. 242/250 - V.1). Todavia, ver-se-á que este Tribunal e o STF decidem diversamente da tese defensiva.

A jurisprudência do STM assim depura o tema:

> *"(...) Ementa: APELAÇÃO. DROGAS. CANNABIS SATIVA L.* ***POSSE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DA LEI Nº 11.343, DE 2006****.*
> *-* ***As normas instituídas pela Lei nº 11.343/06****, conquanto adequadas à vida civil,* ***não devem ser acolhidas no âmbito da Justiça Militar, em razão das peculiaridades da vida na caserna****.*
> *- Há de ser afastada a aplicabilidade dos preceitos da citada norma à Justiça Castrense, na medida em que o* ***Direito Penal Militar é especial, apresentando diretrizes e princípios peculiares próprios, calcados na disciplina e hierarquia, de tal forma que suas normas prevalecem sobre as de Direito comum****. - Os princípios norteadores da supracitada Lei ressaltam a*

diferenciação do tratamento dado ao traficante e ao usuário de drogas. Na esfera Penal Castrense inexiste tal distinção, englobando as elementares do art. 290 ambas as situações. - O tratamento diferenciado imposto pela norma militar encontra amparo no próprio contexto principiológico no qual se insere, não havendo ofensa a qualquer comando constitucional. RECURSO NEGADO. ***DECISÃO UNÂNIME****."* **Ministra-Relatora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha;** Ministro-Revisor Marcos Martins Torres (...) APELAÇÃO 0000017-62.2009.7.02.0102 UF: SP (...) Publicação: **21/3/2011**(...) (grifei).

"(...) EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. PORTE DE ENTORPECENTE EM ***ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR****. PROPORCIONALIDADE DAS PENAS.* ***INSIGNIFICÂNCIA****. ESPECIALIDADE DA LESGILAÇÃO PENAL MILITAR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1****. Não se aplica o princípio da insignificância aos delitos capitulados no art. 290 do CPM, praticados em local sujeito à administração militar****, uma vez que a quantidade mínima de substância entorpecente não tem o condão de afastar a tipicidade delitiva. 2.* ***A aplicação da Lei nº 11.343/06 é incompatível com a matéria disciplinada no artigo 290 do Código Penal Militar, posto que a primeira é norma geral e o segundo dispositivo inserido em norma especial, sendo que o critério adotado, neste caso, é o da especialidade e não o da retroatividade da lei penal mais benéfica. 3. O uso de drogas no interior de uma organização militar compromete não só a segurança e a integridade física de seus membros que, usualmente, portam armas letais****. Atenta, também, contra os princípios basilares da hierarquia e da disciplina. 4. O dolo do delito de entorpecente consiste apenas em* ***portar*** *ou* ***trazer consigo a droga em local sujeito à administração militar****. Recurso conhecido e negado provimento, decisão unânime."* Ministro-Relator Artur Vidigal de Oliveira; Ministro-Revisor Renaldo Quintas Magioli (...) APELAÇÃO 0000013-07.2010.7.05.0005 UF: PR (...) Publicação: 6/5/2011 (...) (grifei).

No mesmo sentido, o Pleno do STF decidiu, em 21/10/2010, ao julgar o HC nº 103.684/DF:

"(...) EMENTA: ***HABEAS CORPUS****. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO.* ***POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE***

EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. *INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender.* ***O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal****, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional.* ***Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal****, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa****, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3.* ***A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institu-***

cionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas*. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – 'às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar' (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de 'relações de intrínseca subordinação'. 6.* ***No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do***

tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. 7. Ordem denegada." (Rel. Min. AYRES BRITO, Tribunal do Pleno, julgamento em 21/10/2010, DJe n. 70, publicado em 13/4/2011). (...) (grifei).

A doutrina de Luiz Flávio Gomes e de Antonio García-Pablos de Molina[52] esclarece sobre o princípio da insignificância:

> *"Fatos totalmente insignificantes (subtração de um palito de fósforo, de uma folha de papel etc.) devem ficar fora do Direito penal. Fatos que, em princípio, são significantes, mas que depois passam a não justificar nenhuma sanção penal, podem ficar fora do Direito penal (tudo depende de cada caso concreto).*
>
> *Uma coisa é o princípio da irrelevância penal do fato, que conduz à sua não punição concreta e que serve como cláusula geral para um determinado grupo de infrações (para as infrações bagatelares impróprias) e outra muito distinta é o princípio da insignificância* tout court*, que se aplica para as infrações bagatelares próprias e que dogmaticamente autoriza excluir do tipo penal as ofensas (lesões ou perigo concreto) de mínima magnitude, ou nímias, assim como as condutas que revelem exígua idoneidade ou potencialidade ofensiva.*
>
> *As infrações bagatelares são próprias quando já nascem bagatelares (insignificantes). Tanto a conduta como o resultado jurídico podem ser insignificantes. Naquele exemplo do copo d'água (o sujeito ajuda o amigo no crime de inundação despe-*

[52] GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral*: volume 2/ Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina; coordenação Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 219/220.

jando um copo d'água no reservatório de dez bilhões de litro d'água), a insignificância da conduta é mais do que evidente. No caso da subtração de um palito de fósforo é o resultado patrimonial e o jurídico que são insignificantes. Para essas situações o princípio aplicável é o da insignificância (...).

De outro lado, são impróprias as infrações penais que não nascem insignificantes, mas 'a posteriori' podem ser consideradas como tais, em razão das circunstâncias pessoais e do fato concreto. Quem rouba, sem violência (com ameaça), um real da vítima, é preso em flagrante, primário, bons antecedentes, fica vários dias ou meses na cadeia, é processado etc. não merece mais nenhuma sanção penal. A pena se torna desnecessária. Nesse caso o único princípio aplicável é o da irrelevância penal do fato (...).

Em relação ao princípio da irrelevância penal do fato são plenamente pertinentes todas as circunstâncias pessoais do agente e do fato (culpabilidade, vida anterior, antecedentes criminais, ocasionalidade da infração, primariedade, restituição da res ou ressarcimento etc.), porque está em jogo a 'necessidade' da pena (ou seja: o fato é formal e materialmente típico).

Com relação ao princípio da insignificância esses critérios pessoais, em princípio, não teriam nenhum sentido, porque o que interessa (para o fim da tipicidade ou atipicidade) é o fato objetivo praticado e não as tendências ou inclinações subjetivas do autor (especialmente porque o fato realmente insignificante é típico tão só na aparência, mas não materialmente). Teoricamente, é assim que o tema deve ser tratado. (...)" .

A aplicação do princípio da insignificância exige condições, como bem demonstra o magistério de Guilherme de Souza Nucci[53], *in verbis:*

"Há três regras, que devem ser seguidas, para a aplicação do princípio da insignificância:

1ª) o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima;

2ª) não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante;

3ª) não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa.".

---

[53] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral*: parte especial, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 209.

Na Justiça Militar, a incidência desse princípio não alcança a amplitude verificada na Comum. A sua aplicação não pode resultar em impunidade ou estímulo à criminalidade, devendo, no meio Castrense, ser analisado com reservas, em face dos valores intrínsecos às Forças Armadas.

O STF exige requisitos simultâneos para aplicar o princípio da insignificância: a mínima ofensividade da conduta do agente; a inexistência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica provocada – precedentes do STF: HC Nº 107.638/PE e HC Nº 108.512/BA.

Constatando-se a necessária simultaneidade dos requisitos arrolados pelo STF e que o réu não satisfez quaisquer deles, o princípio da insignificância não encontra o menor espectro de incidência.

No mesmo ritmo, o apelante não tem razão quanto à pretensa inconstitucionalidade do art. 290 do CPM e à aplicação da Lei nº 11.343/06, em face de suposta revogação desse tipo penal castrense.

A Defesa alega que o art. 290 do CPM seria incompatível com as Convenções de Nova York e Viena. Todavia, não se trata de inconstitucionalidade, mas sim de especialidade do Direito Penal Militar. As inovações no ordenamento jurídico pátrio, que abordam o tráfico, o porte e o uso de entorpecentes não englobaram o CPM.

Logo, ao invés de inconstitucionalidade, há especialidade, com enfoque na proteção das instituições militares, da operacionalidade das Forças Armadas e dos princípios castrenses.

Os ministros do STM enfrentaram a matéria, sob o enfoque da desenhada incompatibilidade do art. 290 do CPM – norma ordinária –, em face das convenções internacionais de Nova York e de Viena, ambas incorporadas à ordem jurídica interna. Observe-se a Ementa, ora transcrita, refletindo o julgamento da Apelação 141-41.2010.7.11.0011/DF, mediante a Relatoria do Ministro José Américo dos Santos, *in verbis*:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. ENTORPECENTE. POSSE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. FLAGRANTE DELITO. CONSTATAÇÃO DO ALCALOIDE COCAÍNA.* ***CONVENÇÃO DE VIENA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK****. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.* ***LEI Nº 11.343/06****.* ***INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA****.*

A autoria delitiva é inferida da própria situação de flagrância em que se deu a apreensão de cocaína no interior do quartel e a materialidade foi comprovada pela constatação, por laudo oficial, de substância entorpecente que determina dependência física ou psíquica, o que impossibilita a pretendida absolvição.

As convenções de Nova York e Viena não podem ser invocadas para confrontar a constitucionalidade com o art. 290 do Código Penal Militar, no tocante ao porte de drogas na caserna, em respeito ao princípio da especialidade da norma penal militar.

Quanto à norma regente da matéria, tem-se que a Lei nº 11.343/2006 não revogou expressamente o art. 290 da Lei Substantiva Penal Militar. Quisesse o legislador alterar qualquer regra do mencionado Código, o teria feito no art. 75 da nova Lei de Drogas, quando determinou a revogação de outras leis.

O fato relativo à pequena quantidade da cocaína apreendida em poder do acusado não descaracteriza o delito. É inviável a aplicação dos princípios da bagatela ou da insignificância em sede de crime militar de porte de entorpecentes ou substância de efeito similar.

Apelação desprovida. (...) Decisão unânime." (Julg.: 15/9/2011; Public.: 11/10/2011.) (grifei).

A Constituição Federal/1988, em seu art. 124, trata da competência da Justiça Castrense para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. As disposições do art. 290 do CPM, calcado no amparo do referido dispositivo constitucional, têm plena eficácia.

O próprio STF tem confirmado a recepção dessa norma penal pela Constituição Federal/1988, havendo sucessivos precedentes do Excelso Pretório nesse sentido – HC nº 92.462/RS; Relatora: Ministra Carmen Lúcia; Julg.: 23/10/2007; Public.: 9/11/2007; e HC nº 91.759/MG; Relator: Min. Menezes Direito; Julg.: 9/10/2007; Public.: 30/11/2007.

Aos moldes do analisado princípio da insignificância, o Plenário do Supremo Tribunal Federal também negou, expressamente, a aplicação da Lei nº 11.343/06. Em face do princípio da especialidade, nos termos do HC nº 94.685/CE, relatado pela Ministra Ellen Gracie (Data de julgamento: 11/11/2010), a Corte Constitucional esclareceu que o bem jurídico tutelado pelo art. 290 do CPM não está restrito à saúde do militar

usuário de substância entorpecente, e almeja também a regularidade das instituições militares.

Em igual rumo, observe-se o Acórdão da relatoria do Ministro Ayres Britto, assim ementado, *in verbis*:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL.* ***INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE****. ORDEM DENEGADA. 1. (...) 2. (...) 3. (...) 4. (...) 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de 'relações de intrínseca subordinação'. 6.* ***No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar o regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. Precedentes****: HCs 94.685, da relatoria da Ministra Ellen Gra-*

cie (Plenário); e 103.684, da minha relatoria (Plenário). 7. Ordem denegada." (STF. HC 107.688/DF. Julgamento: 7/6/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma.) (grifei).

No STM, a análise quanto à aplicação da Lei nº 11.343, de 23.8.2006 – instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas – foi superada. Concretizou-se que a lei penal militar – CPM – é especial e prevalece na Justiça Castrense sobre as disposições da norma geral, mesmo sendo esta mais recente (Lei n° 11.343/2006).

Nesse prisma, a aplicação da Lei nº 11.343/2006, no âmbito das instituições militares, resulta imprópria, exatamente porque não se mostra proporcional.

No meio castrense, esses delitos merecem maior repressão devido ao alto risco a que ficam expostos os caros bens públicos – materiais e imateriais – que compõem o aparato das Forças Armadas, patrimônio este indisponível.

É manifesta a comprovação do dolo do apelante de perpetrar o ilícito penal tipificado no art. 290 do CPM, ao guardar, voluntariamente, substância entorpecente no interior do 1º RCGd. Inclusive, a alegação de inimputabilidade, devido à condição de usuário, não lhe socorre, pois a Defesa sequer demonstrou a citada dependência química.

A Defesa não requereu a instauração de incidente de sanidade mental, nem arrolou testemunhas, tampouco solicitou diligências durante a fase do art. 427 do CPPM.

Não consta dos autos a indispensável prova pericial de qualquer moléstia de origem toxicológica do réu, total ou parcial. A alegação de inimputabilidade também não lhe socorre, pois a Defesa sequer demonstrou a citada dependência química. Assim, inexistem evidências hábeis para atrair o art. 48, *caput*, do CPM:

> *"(...) Inimputáveis*
>
> *Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.*
>
> *Redução facultativa da pena*
>
> *Parágrafo único. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não*

fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113. (...)".

É manifesta a comprovação do dolo do apelante de perpetrar o ilícito penal tipificado no art. 290 do CPM, ao portar, voluntariamente, substância entorpecente no interior do quartel.

Delito cometido sob perigo abstrato, cuja lesão à saúde é tipificada como reflexo do seu potencial ofensivo e dirigido à coletividade.

O material bélico das Organizações Militares requer alto nível de segurança e, diante da diminuição dos reflexos do agente usuário de drogas, resta vulnerável, podendo ser fatalmente utilizado.

Enquanto a União tenta amenizar esse complexo problema social, sob grandes investimentos, o réu, embora fosse integrante do Exército, atuou sem pudor, atacando os mais básicos pilares castrenses.

Nesse contexto, o fato ocorrido, em 3.11.2011, no 1º RCGd, foi típico, ilícito e culpável, devendo ser mantido o decreto condenatório imposto ao ex-Sd Ex LUCIANO DE JESUS MONTEIRO.

Assim, nego provimento à Apelação interposta pelo ex-Sd Ex LUCIANO DE JESUS MONTEIRO, mantendo *in totum* a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao apelo interposto pela Defensoria Pública da União, mantendo inalterada a Sentença condenatória imposta ao ex-Sd Ex Luciano de Jesus Monteiro por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, em 22 de abril de 2013 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 232-07.2010.7.01.0401-RJ

Relatora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Revisor e Relator p/o Acórdão – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Apelante – Jhoni César Barbosa da Silva, ex-Sd Ex, condenado à pena de 6 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 7/7/2011.

Advogado – Dr. Marcelo Medeiros Iunes.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO APELANTE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. Nos crimes de deserção, uma das condições de procedibilidade para deflagração da ação penal, bem como para prosseguimento do processo, é a condição de militar do acusado. A falta de condição de militar da ativa nos crimes de deserção, seja qual for o motivo, traz prejuízo ao prosseguimento da ação penal militar. Concede-se* habeas corpus *de ofício ao apelante para anular a sentença e para o trancamento da ação penal em curso, por manifesto constrangimento ilegal. Recurso prejudicado. Maioria.*

DECISÃO

Prosseguindo no julgamento interrompido na 93ª Sessão, em 25/10/2012, após o retorno de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, o Tribunal, **por unanimidade**, decidiu pela apreciação das condições de procedibilidade e de prosseguibilidade da Ação Penal Militar antes da preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva suscitada, de ofício, pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), por serem aquelas condições necessárias à admissibilidade do Recurso de apelação interposto pela Defesa. Em seguida, o Tribunal, **por maioria**, não conheceu do apelo, ante a ausência de condição de procedibilidade, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, e concedeu *habeas corpus* de ofício para desconstituir a Sentença condenatória proferida contra o ex-Sd Ex Jhoni César Barbosa da Silva. Os Ministros

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes votavam pelo prosseguimento e julgamento do feito, tendo em vista que o fato de o militar ter sido excluído do serviço ativo não interfere no andamento da Ação Penal. Relator para acórdão Ministro Marcos Martins Torres (Revisor). A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora) fará voto vencido. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto convergente e apresentará voto de vista para os autos. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos acompanhou o voto do Ministro-Revisor, ressalvada a sua posição pessoal manifestada no julgamento da Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301, curvando-se ao entendimento do Plenário e mantendo coerência com as decisões do Tribunal. O Ministro Carlos Alberto Marques Soares não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 109ª Sessão, 11/12/2012).

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar junto à 4ª Auditoria da 1ª CJM denunciou o ex-Sd Ex JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA, nascido em 19 de agosto de 1991, servindo no Batalhão de Comando e Serviços da AMAN, como incurso no artigo 187 do CPM, em face dos fatos relatados na denúncia de fls. 02/03:

> *"(...) No dia 23 de agosto de 2010, o denunciado, consciente e voluntariamente, ausentou-se sem licença da unidade militar onde servia, de acordo com o Termo de Deserção (fl. 06), permanecendo ausente por mais de oito dias.*
>
> *Apresentou-se voluntariamente em 11 de novembro de 2010, conforme documento de fl. 22, sendo reincluído ao serviço ativo após inspeção de saúde, fls. 39 e 41.*
>
> *Assim, tendo permanecido ausente de sua Unidade, sem licença ou autorização, por mais de oito dias, consumou, em 1º de setembro de 2010, o crime de deserção (...)".*

Encontram-se acostados aos autos os seguintes documentos, dentre outros: Parte de Ausência (fls. 05/06); Inventário (fls. 07/08); Termo de Deserção e Exclusão (fl. 10); Alterações Militares (fls. 13/17); Comunicação da apresentação voluntária (fl. 26); Ata de Inspeção de Saúde (fl. 43); e Ato de Reinclusão (fls. 44/45).

A denúncia foi recebida em 12 de janeiro de 2011 (fl. 61).

Regularmente citado (fl. 71), qualificado e interrogado (fls. 76/77), o acusado declarou, *in verbis*:

> *"(...) é verdadeira a denúncia que lhe é imputada; (...) no dia 18 de agosto conseguiu uma licença médica pois não estava passando bem; (...) a dispensa não tinha sido homologada; (...) pelo que se lembra foi ao médico, Hospital Maria de Nazaré em Barra do Piraí, no dia 23; (...) o médico disse que o acusado estava com dengue; (...) não fez exame de sangue, tendo orientado para que o mesmo ficasse de repouso e prescrito alguns remédios; (...) não disse que era militar; (...) não retornou ao Hospital; (...) entendeu que estava curado, pois os sintomas, dor, febre, tinham desaparecido; (...) seu pai morreu em 2010 e não se lembra da data exata; (...) sua irmã ficou grávida e a criança já nasceu; (...) três pessoas moram na mesma casa, o acusado, a irmã e a criança e sua mãe; (...) sua mãe não trabalha; (...) recebe pensão pelo falecimento do marido; (...) sua irmã não trabalha e o acusado fez alguns bicos em Barra do Piraí; (...) retornou no dia 11 de novembro para regularizar a situação e evitar que alguém o capturasse por ser desertor; (...) a família reside em casa própria; (...) não sabe informar quanto a sua mãe recebe, mas é suficiente para suprir as necessidades da casa; (...) quem sustenta sua sobrinha é sua mãe; (...) seu pai era mecânico de manutenção industrial; (...) deixou dívidas que já foram pagas por sua mãe; (...) sempre ajudou nas despesas da casa; (...) paga a luz e o telefone; (...) foi acusado juntamente com outros dois militares no furto de um notebook e sabe que atualmente o Coronel Aníbal já localizou o culpado; (...) esse foi um dos motivos de ter desertado (...)".*

Chamada a se manifestar, a Defesa requereu a juntada dos documentos (fls. 78/83) e arrolou a genitora do acusado como testemunha (fl. 85).

Designada data para julgamento, a Defesa pugnou para que o julgamento fosse convertido em diligência, a fim de vir aos autos a sindicância instaurada à época dos fatos para apurar o furto do *notebook*, o

que foi indeferido pelo Conselho de Justiça, conforme Ata de fls. 137/138.

O processo foi julgado em 7 de julho de 2011, conforme ata de fls. 137/138.

Ao final, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por maioria de votos, decidiu, nos termos da sentença de fls. 145/151, julgar procedente a denúncia e condenar o ex-Sd Ex JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA à pena de seis meses de detenção, como incurso nas penas do art. 187 do CPM.

A Sentença foi lida e publica em 14 de julho de 2011 (fl. 152).

Intimadas as partes (fl. 151), a Defesa interpôs recurso de apelação (fl. 158).

Em razões de fls. 175/181, a defesa requer a absolvição do apelante por entender que houve manifesta transgressão aos direitos e garantias fundamentais, emanados pela Constituição Federal, no que se refere aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real. Em síntese, alega que a defesa não foi cientificada da juntada aos autos do ofício oriundo do Hospital e Maternidade (fl. 93) e da Sindicância instaurada em desfavor do apelante com o fim de apurar furto de um *notebook* no interior do Quartel (fls. 102/128). Se outro for o entendimento, requer a anulação do julgamento do feito e que sejam os autos devolvidos à instância de origem para produção da prova testemunhal requerida pela Defesa e pelo MPM, designando-se nova data para julgamento.

O MPM, em contrarrazões (fls. 169/172), entende que assiste razão ao pleito da defesa, pugna pela absolvição do apelante e reforma, na íntegra, da sentença.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, às fls. 193/201, opina pelo conhecimento e pela improcedência do apelo, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Veio aos autos documentação demonstrando haver sido o apelante licenciado das fileiras do Exército Brasileiro em 12 de junho de 2012 (fls. 250/252).

Instada a se manifestar, a PGJM pugna pela extinção do feito por ausência de condição da ação, tanto pela perda da condição de militar, quanto pela presença de causa extintiva da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (fls. 263/264).

É o Relatório.

VOTO

O Apelo é tempestivo. A intimação do Apelante se deu em 14 de julho de 2011 (fls. 153). A defesa interpôs recurso de apelação no dia 18 de julho de 2011 (fl. 154), vindo a apresentar suas respectivas razões em 12 de agosto de 2011 (fls. 159/165).

PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA

Condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no crime de deserção (art. 187 do CPM), o apelante foi licenciado, a bem da disciplina, das fileiras do Exército em 21 de junho de 2012 (fls. 250/252).

Inequívoca a ausência de condição de procedibilidade para o presente feito, haja vista não ser mais o apelante militar.

Nos crimes de deserção, uma das condições de procedibilidade para deflagração da ação penal, bem como para prosseguimento do processo, é a condição de militar do acusado.

Trata-se de condição objetiva de procedibilidade, na qual a perda da qualidade de militar da ativa compromete o desenvolvimento do feito, uma vez que o acusado deixa de ser parte na relação processual quando passa à situação de civil.

A falta de condição de militar da ativa nos crimes de deserção, seja qual for o motivo, traz prejuízo ao prosseguimento da ação penal militar, consoante jurisprudência pacífica desta Corte:

> *"APELAÇÃO. DELITO DE DESERÇÃO. PRAÇA LICENCIADA DO SERVIÇO ATIVO. JULGAMENTO DO RECURSO INTERPOSTO. PREJUDICIALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL MILITAR. O licenciamento de praça não estável das fileiras do Exército acarreta a perda da situação de militar da ativa e implica, necessariamente, prejudicialidade da ação penal em curso, por falta de condição de procedibilidade. Opera-se a concessão de* habeas corpus*, de ofício, para determinar o arquivamento da ação penal correspondente, sem renovação. Decisão majoritária."* (Apelação nº 0000061-18.2008.7.12.0012/AM, Relator: Min. Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto).
>
> *"EMENTA: PROCESSO DE DESERÇÃO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. LICENCIAMENTO DO APELA-*

DO. PRELIMINAR DE NULIDADE. Absolvição de Sd Ex infringente do art. 187 do CPM. Inconformismo ministerial. Acusado licenciado pela Administração Militar antes de sopesamento da quaestio *na 2ª Instância. Tratando-se de processo de deserção, tem-se como* conditio sine qua non *que o réu seja militar da Ativa para prosseguimento do feito. Apelo do MPM prejudicado. Acolhimento de preliminar de nulidade de ofício. Decisão unânime."* (Apelação nº 2006.01.050321-0, Relator: Min. Alte Esq José Alfredo Lourenço dos Santos).

No mesmo sentido, a Jurisprudência do STF:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA. 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação. 2. Ordem concedida."* (HC nº 9838/SP, Relator(a): Min. Carmem Lúcia; julgado em 14/10/2008, Órgão Julgador: Primeira Turma).

É, portanto, a condição de militar requisito indispensável não só para a instauração da ação penal, como para o prosseguimento na relação processual até o seu término.

Com efeito, a sentença condenatória não pode prosperar, pois seria manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do acusado. Diante disso, deve-se conceder *habeas corpus* de ofício, para o fim de trancar o processo criminal em tela.

Pelo exposto, é de se considerar prejudicado o recurso de apelação por falta de condição de procedibilidade, devendo ser concedido *habeas corpus* de ofício em favor do acusado ex-Sd Ex **JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA**, objetivando o trancamento da ação penal nº 232-07.2010.01.0401, desconstituindo os efeitos da sentença condenatória de 1º grau.

É o voto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em decidir pela apreciação das condições de procedibilidade e de prosseguibilidade da Ação Penal Militar antes da preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva suscitada, de ofício, pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), por serem aquelas condições necessárias à admissibilidade do Recurso de apelação interposto pela Defesa. Em seguida, *por maioria*, não conhecer do apelo, ante a ausência de condição de procedibilidade, extinguindo o feito sem julgamento do mérito, e em conceder *habeas corpus* de ofício para desconstituir a Sentença condenatória proferida contra o ex-Sd Jhoni César Barbosa da Silva.

Brasília, 11 de dezembro de 2012 - Alte Esq Marcos Martins Torres, Ministro-Revisor e Relator p/ o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
APELAÇÃO Nº 232-07.2010.7.01.0401-RJ

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa do Sd Ex JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar que, por maioria de votos, condenou-o à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Cabe esclarecer ter o feito sido sobrestado em razão da prática de nova deserção em 31/8/2011 (fl. 207). Posteriormente, em razão da apresentação voluntária do desertor, ocorrida em 17/3/2012 (fl. 230), foi determinado seu prosseguimento (fl. 232). No entanto, a autoridade militar encaminhou à instância *a quo* cópia dos documentos relativos ao licenciamento a bem da disciplina do agente (fls. 250/252).

A *quaestio* trazida a lume diz respeito, unicamente, à matéria de direito. Refere-se à possibilidade de extinção de processo judicial, mesmo se o desertor não houver sido licenciado pela Administração castrense, sob o argumento da insubsistência do *status* de militar após a conclusão do serviço obrigatório face ao seu não engajamento. Por tal motivo, deveria ele ser tratado como civil.

O assunto é de extrema relevância e, na minha percepção, encontra solução nos argumentos utilizados tanto na Decisão combatida quanto no recurso interposto, haja vista não se mostrarem incompatíveis em sua totalidade, mas sim parcialmente consonantes e complementares um do outro. Mais, urge fazê-lo alvo de reflexão atualizada e atualizadora em defesa dos princípios constitucionais insculpidos no art. 124 da CF: a hierarquia e a disciplina.

De início, pontuo não merecer reparos a Sentença primeva no tocante à alegação de a prorrogação do serviço militar somente ser possível "(...) *quando houver comunhão de interesses entre o militar e a Força correspondente, inexistindo previsão de se dilatar o período sob a justificativa de o militar estar sub judice.*".

A Lei nº 4.375/64, Lei do Serviço Militar, dispõe, em seu art. 33, que:

> *"Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação dêsse tempo, uma ou mais vêzes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Fôrça Armada interessada."* (grifos da subscritora).

Da inteligência da *ratio* extrai-se, com extrema clareza, que a prorrogação somente poderá ser realizada caso requerida pelo incorporado, sendo vedada, ainda, a sua inclusão na reserva antes do término do serviço militar inicial, caso tenha praticado o crime de deserção.

Por outro lado, o art. 140, § 5º, item 1, do Decreto nº 57.654/66 prevê que:

> *"Art. 140. A desincorporação ocorrerá:*
>
> *5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou*
>
> *§ 5º No caso do nº 5 dêste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:*
>
> *1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena. Fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou*
>
> *2) tenha mais de 30 (trinta) anos de idade e desde que haja sido absolvido, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acôrdo com o grau de instrução alcançado. Se, contudo, condenado, após o cumprimento*

> *da pena prestará o Serviço Militar inicial, na forma do parágrafo único do art. 80, dêste Regulamento (sic).*" (grifos da subscritora).

Da leitura do mencionado artigo, anoto que as disposições constantes do nº 1 referem-se, tão só, ao desertor que adquiriu a condição de arrimo após a deserção, e, apesar de prever como consequência da absolvição ou do cumprimento de pena a desincorporação e a exclusão do serviço militar, tem por escopo principal assegurar à praça, provedor da mantença familiar, o direito a obter Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista.

Observo que a *legis* determina o cumprimento de apenação pelo desertor-arrimo após a ausência injustificada, caso seja condenado. Todavia, preocupou-se em prever o seu desligamento após o reconhecimento do superveniente estado de necessidade e diferenciá-lo daquele que desertou porque já se encontrava na referida condição, absolvido por ser-lhe inexigível conduta diversa.

O dispositivo *retro,* atente-se, não traz qualquer restrição para que a desincorporação ocorra caso não intencione o militar-desertor permanecer em serviço ou se o comandante assim desejar. Garante, isto sim, sua exclusão se considerado arrimo. Daí, porque não serve de supedâneo para a sua permanência na ativa, podendo ser licenciado.

Concernente ao disposto no nº 2, contando o acusado com mais de 30 (trinta) anos, a exclusão se impõe e a norma lhe garante "*certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado",* caso seja ele absolvido.

Ao que contar com menos de 30 (trinta) anos e ao que não for considerado arrimo, absolvido ou condenado pela prática da deserção, não se preocupou a lei em garantir-lhe a exclusão com a percepção do certificado. Essa é a diferença trazida pelo texto legal *supra,* que não pode ser tomada para fins de vedação à desincorporação naquelas situações específicas, uma vez que, a contrário *sensu*, se adotado tal entendimento, somente nos demais casos, quando não considerado arrimo, inexistiria vedação à desincorporação ou exclusão, sem dúvida, uma teratologia jurídica.

Ressalva há de ser feita, todavia, no que tange ao impedimento para o licenciamento do denunciado que ainda não cumpriu o serviço militar inicial. Nessa hipótese, deverá prestá-lo, absolvido ou condenado, *ex vi* do parágrafo único do art. 80 do Decreto supracitado. Leia-se:

> *"Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão obrigatoriamente incorpo-*

rados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.

Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, dêste Regulamento." (grifos da subscritora).

Quanto à Súmula nº 12 do STM, está ela em perfeita consonância com o art. 457, *caput* e § 3º, ambos do CPPM, do qual se extrai que a condição de militar é exigida, somente, para a propositura da ação penal, mas não para seu seguimento. Observe-se:

*"STM Súmula nº 12 – (***PRAÇA COM E SEM ESTABILIDADE - DENÚNCIA POR DESERÇÃO - POSSIBILIDADE - STATUS DE MILITAR - CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A *PERSECUTIO CRIMINIS***)

A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.".*

Preceitua o art. 457 do CPPM:

"Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, ***o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor,*** *se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.*

(...)

§ 3º ***Reincluída a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao***

> ***procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia,*** *se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas"*. (grifos da subscritora).

Tanto é assim que, na própria súmula, fez-se menção unicamente à exigência de condição de procedibilidade em face da desnecessidade do *status* de militar para a continuidade do processo.

Nesse diapasão pronunciou-se a Suprema Corte Federal, no *Habeas Corpus* nº 94367, conforme Informativo nº 525. *In verbis*:

> *"A Turma indeferiu 'habeas corpus' impetrado em favor de militar, em que se pleiteava a extinção ou o arquivamento de instrução provisória contra ele instaurada, a fim de que não fosse preso sem que houvesse ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente.* ***Alegava-se, em suma, que o paciente fora excluído das Forças Armadas e, portanto, seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da instrução provisória de deserção. Ademais, pela mesma razão, não mais lhe seria aplicável a ressalva contida na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF ('ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.').*** *Asseverou-se que o crime de deserção atribuído ao paciente fora praticado quando este, ainda, ostentava a condição de militar. Destarte, tal circunstância permitiria tanto a instauração de instrução provisória de deserção quanto a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial, conforme a ressalva do aludido dispositivo. Salientou-se, ademais, que a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º)"*. (HC 94367/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 21/10/2008) (grifos da subscritora).

Sobre o tema, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comete o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da*

unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. 2. Na hipótese, quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção. 3. A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade. 4. 'A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (....) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (....) Não há a alegada falta de justa causa' (Precedente do Superior Tribunal Militar). 5. Recurso a que se nega provimento." (RHC 24.607/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/3/2010, DJe 12/4/2010).

In casu, o requisito restou devidamente cumprido com a reinclusão do acusado antes do oferecimento da Denúncia, o que resultou no seu recebimento pelo magistrado *a quo,* em Decisão de 12/1/2011 (fl. 61).

Para que melhor se esclareça a questão, trago à baila trecho da obra de Denílson Feitosa, referindo-se à diferença entre condição da ação e condição de procedibilidade. Leciona o autor que "*as condições da ação se exigem sempre; as condições de procedibilidade deverão ser satisfeitas se a lei porventura as exigir*. E acrescenta que as de procedibilidade identificam-se *como um pressuposto processual de validade objetivo, extrínseco à relação processual*."[54].

Ressalto, em face da extrema importância, que a condição de procedibilidade nos delitos de deserção é a reinclusão do trânsfuga, para fins de oferecimento da Denúncia pelo representante do Ministério Público. Esse requisito, a despeito de ter como resultado a concessão ao desertor do *status* de militar, com ele não se confunde, e é a única exigência feita pela norma, não havendo que falar na necessidade de o réu mantê-la para o feito persistir, por não se revestir em pressuposto de prosseguibilidade.

---

[54] PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual Penal: Teoria, crítica e práxis* – 5. ed., rev. e atual. Com Emenda Constitucional da "Reforma do Judiciário". Niterói, RJ: Impetus, 2008.

Cediço é que a condição de perseguibilidade ou de prosseguibilidade é aquela requerida em processo já em andamento, cuja implementação se faz necessária para que ele siga em curso. Dessa maneira, uma mesma circunstância pode configurar condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade, dependendo do momento processual em que ela seja requerida.

Exemplo a ser citado consta da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), na qual se incluiu exigência de representação para determinados delitos, quando então a representação, inquestionável condição de procedibilidade, adquiriu a condição de prosseguibilidade, nos processos em tramitação.

Registro que o art. 91 da mencionada Lei nº 9.099/95 trouxe disposição específica sobre a necessidade de o ofendido ou seu representante legal serem intimados para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Portanto, o pressuposto de procedibilidade passou a ser *conditio sine qua non* de prosseguibilidade de determinados processos; a saber: aqueles já em andamento, por expressa exigência legal. Mas não é o caso da deserção.

Anoto que o procedimento de reinclusão justifica-se diante da necessidade de a Administração Castrense tomar conhecimento do motivo que levou o desertor a ausentar-se, haja vista a possibilidade de ele, dentre outras situações, estar acobertado por alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, encontrar-se acometido de doença grave ou, mesmo, ter falecido.

Trata-se, na realidade, de medida de política criminal adotada pelo legislador, que não se confunde com o tipo penal e nele não interfere. Desse modo, cometido o delito por quem é detentor do *status* de militar, não há que se cogitar em *ilegitimatio ad partem* por perda dessa qualidade, porquanto a superveniência da condição de civil do denunciado em nada afeta o crime consumado.

Dito posicionamento, fulcrado na legislação regente, merece ser acolhido por esta Egrégia Corte, em que pese ter pronunciado de forma diversa anteriormente, pois de enorme valia para a consecução da justiça, mormente pelo delito em comento revestir-se, a um só tempo, de natureza militar e configurar crime funcional próprio.

Consoante exposto pelo ilustre Promotor de Justiça às fls. 82/83:

> *"É claro que em virtude de entendimento de política criminal foram adotadas decisões nesse sentido, ou seja, exigir-se a*

condição de militar até o trânsito em julgado da ação, e até mesmo na fase de execução, pois o delito de deserção, como crime tipicamente militar, afeta frontalmente a disciplina e hierarquia, podendo inviabilizar a operacionalidade de uma Unidade Militar.

Todavia, essa interpretação, até por ser de política criminal, vem trazendo, hoje, transtornos insuperáveis à Justiça e às Unidades Militares.

Primeiro porque a Justiça não pode ignorar que em determinados casos os réus no crime de deserção já deveriam ter sido licenciados, e não o são por conta de uma ação penal, o que não encontra amparo legal.

(...).

Além desses aspectos teóricos jurídicos, temos questões de fato que vêm causando, como dito, grande transtorno à Justiça e às Organizações Militares.

O fato de as Unidades Militares terem que manter réus acusados de deserção após o cumprimento de seus compromissos com a nação – serviço militar obrigatório – ou compromisso com a Força Armada, só causa dificuldades para ambas as partes.

O denunciado não pode resolver sua vida, pois vinculado ao serviço militar contra a sua vontade, o que lhe traz grande insatisfação e ausência de qualquer motivação para realizar qualquer tarefa.

A Unidade Militar não pode atribuir a este indivíduo qualquer trabalho relevante, pois sabe que não será bem executado e trará problemas, bem como ter uma ou mais vagas de seu quadro de militares comprometidos, uma vez que não pode substituir aquele militar que não tem mais nenhum interesse em atender ao serviço militar e a hierarquia de disciplina.".

E mais, acatado tal entendimento, maior efetividade será dada ao processo, uma vez que, não sendo ele sobrestado por ausência de condição de prosseguimento do feito, menor será a possibilidade de ocorrer a prescrição, a qual, hodiernamente, é recorrente nos processos relativos a deserções sucessivas.

Nesse conspecto, caso o desertor se ausente mais de uma vez, o andamento processual referente à prática anterior correrá normalmente, sem eventuais ataques de índole processual.

Tenho por certo que essa exegese impedirá o cometimento de novos delitos desta natureza, muitas vezes perpetrado com a finalidade de garantir a prescrição do processo anterior ou como meio de vida e dará, outrossim, maior efetividade ao Processo Penal Militar, obstaculizando a reiteração da conduta e desonerando o Estado de arcar com o soldo de militar criminoso.

Alfim, quanto ao art. 145 do Decreto 57.654/66, o qual dispõe que "*O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo",* esclareço tratar-se de norma aplicada a todos os delitos processados no Foro Militar, e não apenas à deserção, de maneira que não pode ser interpretado como uma imposição à Força para manter o infrator em seus quadros. Se assim fosse tal sistemática, deveria ser aplicada a todos os demais delitos castrenses.

Na realidade, entendo que a previsão busca resguardar a efetividade do IPM ou Processo Militar, impondo que o incorporado não mude de Unidade enquanto estiver servindo e, com isso, dificulte o andamento das investigações ou do procedimento ao qual responde.

À luz desse entendimento, idêntica a hermenêutica do art. 394 do CPPM, o qual ora transcrevo:

> *"Art. 394. O acusado solto não será dispensado do exercício das funções ou do serviço militar, exceto se, no primeiro caso, houver incompatibilidade com a infração cometida".*

Da leitura perfunctória da *ratio*, poder-se-ia cogitar de vedação à dispensa do acusado solto das funções e do serviço militar. Não obstante, alguns pontos merecem esclarecimento.

Observo constar do dispositivo exceção no sentido de o réu ser dispensado do exercício da função militar caso haja incompatibilidade com a infração cometida. O que retira a ideia primeva sobre ser impossível a dispensa.

Relembro que o artigo aplica-se a todos os crimes disciplinados no CPM, e não apenas à deserção. À evidência, relevante para a *quaestio sub examine*, porque, acatada a vedação à dispensa do serviço militar e ao exercício de funções a ele correlatas, impedida estaria a desincorporação, exclusão ou licenciamento de todos os demais militares que respondessem a processo criminal solto, seja qual fosse o delito imputado.

A título de esclarecimento, ressalto que o art. 394 da Lei Processual Castrense, ao dispor que *"o acusado solto não será dispensado do exercício das funções"*, outro intuito não teve senão o de dirimir eventual dúvida acerca de possível cogitação no sentido de ser a dispensa do exercício das funções ou do serviço militar consequência automática nos casos em que o acusado estivesse solto.

Tal como colocado, a previsão não obstaculiza o licenciamento. Fosse essa a intenção do legislador, a redação da norma seria no sentido de que "o acusado solto não poderá ser dispensado", em vez de "não será dispensado".

A avaliação se confirma, inclusive, pelo fato de a lei não fazer menção ao réu preso, pessoa que, *a priori*, não poderá exercer suas funções específicas, nem qualquer outra relativa ao serviço militar. Mais, dela constaria proibição expressa, tal qual o art. 393 do CPPM, o qual dispõe: *"o oficial processado, ou sujeito a inquérito policial militar, não poderá ser transferido para a reserva, salvo se atingir a idade limite de permanência no serviço ativo."*.

Posto isso, votei vencida pelo prosseguimento e julgamento do feito, por entender que o fato de o militar ter sido excluído do serviço ativo não interfere no andamento da ação penal.

Superior Tribunal Militar, 11 de dezembro de 2012.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
APELAÇÃO Nº 232-07.2010.7.01.0401-RJ

Votei vencido por entender que o fato de o Apelante JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA, ex-Soldado do Exército, ter sido excluído do serviço ativo, não tem o poder de interferir no andamento da Ação Penal Militar a que responde pelo crime de deserção, devendo ser dado prosseguimento e realizado o julgamento ao feito, pelos motivos que passo a expor.

Inicialmente, cumpre esclarecer que há diversas situações, no trâmite da ação penal militar, em que o acusado pela prática de crime de deserção, depois de se apresentar voluntariamente ou ser capturado, julgado apto em inspeção de saúde, reincluído no serviço ativo das Forças

Armadas, denunciado e citado validamente, é licenciado do serviço ativo, perdendo o *status* de militar.

O licenciamento do militar, de acordo com a Lei do Serviço Militar, pode ocorrer nos seguintes casos:

a. a bem da disciplina;

b. término do serviço militar inicial obrigatório;

c. aquisição das condições de arrimo;

d. incapacidade física definitiva para o serviço ativo; e

e. condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum, de caráter doloso.

Diante da perda do *status* de militar, esta Corte vinha, recentemente, entendendo que o acusado de crime de deserção ficaria isento do processo, por ser aquela condição de procedibilidade e de prosseguibilidade para a ação penal militar, em virtude de aplicação da Súmula nº 12, independentemente da causa do licenciamento.

Fazendo-se uma breve retrospectiva histórica, tem-se que os crimes militares se encontravam definidos no Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, que estabeleceu o Código Penal Militar. O Crime de deserção se achava tipificado no art. 163, assim descrito:

> *"Art. 163. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:*
>
> *Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se oficial a pena é aumentada de um terço.".*

Por sua vez, o processo e o julgamento dos crimes de deserção seguiam normas específicas existentes no Código da Justiça Militar, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938.

Essa norma estatuía dois processos especiais para o julgamento desse tipo de delito, sendo um específico para o Exército e outro para a Marinha. Convém lembrar que naquela época não existia a Aeronáutica como Força Singular.

O processo específico para o Exército determinava a exclusão da praça do serviço ativo, quando do cometimento do delito de deserção, conforme os arts. 263 e 264 do Código da Justiça Militar, competindo ao comandante da unidade militar aguardar a captura ou a apresentação

voluntária do desertor, bem como a reinclusão, para se iniciar o processo e o julgamento da prática ilícita.

Apresentado voluntariamente ou capturado, o desertor do Exército era recolhido ao xadrez da organização militar, e o processo era encaminhado aos Conselhos de Justiça das Unidades Militares, permanecendo o acusado preso até o julgamento final.

É imperioso salientar que a prisão do desertor sem mandado judicial estava amparada pelo § 1º do art. 262 do Código da Justiça Militar, que adiante se transcreve:

> *"Art. 262. Consumado o crime de deserção, a autoridade competente fará, sem demora, lavrar o respectivo termo de deserção.*
>
> *§ 1º Este termo, juntamente com a cópia do boletim de exclusão,* ***equivale à formação da culpa com efeito de prisão****."* (Grifo nosso).

Por outro lado, em relação às praças desertoras da Marinha, a ritualística processual trilhava o mesmo caminho, sendo diferente, apenas, quanto à competência para o processo e o julgamento, que ficava afeta aos Conselhos Permanentes de Justiça nas Auditorias.

Nesse caso, o processo somente se iniciava depois da apresentação voluntária ou da captura do marinheiro desertor e da sua reinclusão no serviço ativo, nos mesmos moldes do que ocorria no Exército.

Isso é o que se pode depreender dos arts. 263, 264, 266 e 267 do Código da Justiça Militar (Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938), os quais se transcreve:

> *"DA DESERÇÃO DE PRAÇAS NO EXÉRCITO*
>
> (...)
>
> *Art. 263. Vinte e quatro horas depois de verificada a ausência de qualquer praça, o comandante da respectiva subunidade apresentará parte circunstanciada ao comandante do corpo ou chefia do estabelecimento, que designará, em boletim, dois oficiais para assistirem ao inventário, feito pelo comandante da subunidade, dos objetos deixados ou extraviados pelo ausente, lavrando-se, de tudo, um têrmo, assinado pelo comandante e pelas duas testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 4.984, de 1964).*
>
> *(...)*

§ 6º ***Comprovada a deserção, a praça será, imediatamente, excluída do serviço ativo****, fazendo-se, nos livros respectivos, os devidos assentamentos e publicando-se, em boletim a parte de ausência, o inventário, a parte acusatória, com as providências de recondução e o Têrmo de Deserção. (incluído pela Lei nº 4.984, de 1964).*

Art. 264. O comandante do corpo ou autoridade competente que tiver lavrado o termo de deserção, fa-lo-á arquivar acompanhado de cópia do boletim e de um extrato dos assentamentos contendo as datas de nascimento, praça, engajamento, promoção, ausência e alterações que possam influir no julgamento.

§ 1º ***Reincluído que seja o cadete, sargento, graduado ou soldado, desertor, o comandante da unidade respectiva providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, sobre a remessa dos papéis e mais documentos relativos à deserção ao conselho competente de que trata este código****.*

DA DESERÇÃO NA ARMADA

Art. 266. Vinte e quatro horas depois de se verificar a ausência de qualquer militar da Armada, desde que não seja oficial, o comandante do navio ou autoridade sob cujas ordens servir mandará proceder ao inventário, designando um oficial que com duas testemunhas idôneas, de preferência também oficiais, assistam ao ato.

(...)

§ 3º ***Assim comprovada a deserção, será imediatamente excluído o desertor do serviço ativo, fazendo-se nos livros respectivos os competentes assentamentos e publicando-se, em boletim ou detalhe de serviço, o termo de deserção****.*

Art**.** 267. O comandante ou autoridade que tiver lavrado o termo de deserção remetê-lo-á em seguida, acompanhado do inventário, boletim ou detalhe de serviço ao auditor competente.

(...)

§ 2º O promotor verificará se foram cumpridas, pela autoridade militar, as exigências legais; se alguma formalidade ou exigência indispensável ao processo tiver sido omitida, requererá ao auditor providências para que a mesma seja satisfeita. ***Nada tendo a requerer, pedirá a citação do réu, se apresentado ou capturado, para se ver processar e julgar na conformidade***

deste código, transcrevendo-se, no mandado de citação, o termo de deserção." (Grifo nosso).

O Conselho competente para processar e julgar os crimes de deserção no Exército, a que se referia o Código da Justiça Militar, era o Conselho de Justiça da Unidade, nos moldes firmados pela alínea "c" do art. 5º:

> *"Art. 5º Três são as categorias de conselhos:*
> *a) Conselho Especial de Justiça, nas auditorias, para processo e julgamento de oficiais, excetuados os generais;*
> *b) Conselho Permanente de Justiça, nas auditorias, para processo e julgamento de acusados que não sejam oficiais;*
> ***c) Conselho de Justiça, nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, para processo de desertores e de insubmissos.***" (Grifo nosso).

Quanto aos oficiais desertores, seguia-se um processo semelhante, contudo, a competência privativa para processar e julgar, mesmo os do Exército, era dos Conselhos Especiais de Justiça das Auditorias.

Interessante ressaltar que o art. 203 do Código da Justiça Militar vedava o julgamento à revelia do acusado por crime de deserção, nestes termos:

> *"Art. 203. Nenhum acusado por crime de deserção ou insubmissão será julgado à revelia."*.

Destarte, é importante frisar que o *status* de militar da ativa era condição de procedibilidade ao início da ação penal militar, em virtude de o Código da Justiça Militar exigir a reinclusão do desertor no serviço ativo das Forças Armadas. Todavia, uma disposição legal vedava o julgamento à revelia dos acusados da prática delituosa de deserção.

Isso quer dizer que não se dava prosseguimento a processo onde o acusado (denunciado e citado validamente) por crime de deserção ou de insubmissão fosse revel.

Na oportunidade, uma disposição prevista no art. 87 do Código da Justiça Militar impedia que os efeitos dos atos administrativos do Poder Executivo refletissem no processo judicial, mormente no processo e no julgamento dos crimes cometidos pelo militar quando no serviço ativo, porque, se o acusado de crime militar fosse licenciado no decorrer da ação penal militar, esta prosseguia o seu curso normal, como se pode extrair desse artigo de lei, que a seguir se transcreve:

> *"Art. 87. A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço."*.

Assim, a revelia era a única exceção que ocasionava a suspensão do processo especial de deserção ou de insubmissão em andamento, por força do art. 203 do Código da Justiça Militar.

Portanto, como se pode inferir do Código da Justiça Militar, a perda do *status* de militar da ativa não era impeditiva à continuidade da ação penal militar já instaurada, tampouco aquele *status* era considerado como condição de prosseguibilidade, cuja perda pudesse levar à isenção do acusado de continuar respondendo ao processo penal militar.

Em 1º de janeiro de 1970, entraram em vigor o atual Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, e o Código de Processo Penal Militar, firmado pelo Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, revogando-se os Decretos-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, e nº 6.277, de 24 de janeiro de 1944.

O atual Código Penal Militar tipifica o crime de deserção no art. 187, *in verbis*:

> *"Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias;*
>
> *Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada."*.

É conveniente salientar que a atual Lei Penal Militar manteve a tipificação do crime de deserção, como no revogado Código Penal Militar de 1944. Extrai-se desse dispositivo legal que a condição de militar da ativa é elementar do delito de deserção, uma vez que se trata de crime militar próprio e somente o militar na ativa o pode praticar.

O Código de Processo Penal Militar manteve, na versão original do texto de 1969, os dois processos específicos para o julgamento do delito de deserção, acrescentando a Aeronáutica nas disposições atinentes ao procedimento previsto para a Marinha, permanecendo a competência das Auditorias para julgar e processar os desertores dessas duas Forças.

O procedimento relativo à deserção somente foi unificado para as três Forças com o advento da Lei nº 8.236, de 20 de setembro de

1991, que extinguiu definitivamente os Conselhos de Justiça das Unidades Militares do Exército e fixou a competência dos Conselhos Especiais e Permanentes de Justiça das Auditorias Militares, nos termos da Constituição Federal.

Faz-se necessário esclarecer que as regras, quanto ao julgamento do acusado pela prática do crime de deserção, foram modificadas, deixando de estabelecer a vedação para o julgamento dele à revelia.

A prisão especificada na lei, para o desertor que se apresente voluntariamente ou for capturado, foi mantida no art. 452 do CPPM, assim insculpido:

> *"Art. 452. O têrmo de deserção, juntamente com a parte de ausência, equivalerá à instrução criminal, sujeitando o desertor à prisão.* ***(Texto original)****.*
>
> *Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.* ***(Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20/9/1991)****".*

Enquanto a redação original do art. 452 equiparava o simples termo de deserção à instrução criminal, a nova redação deixou claro que se trata de etapa pré-processual que se limita a fornecer os elementos (materialidade e indícios suficientes de autoria) aptos a ensejar a prisão provisória, a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal e o início do processo.

É oportuno ressaltar que à época da redação original de 1969, o procedimento estabelecido pelo CPPM era fielmente cumprido pelos comandantes militares, ficando o acusado pelo crime de deserção recolhido à prisão, propiciando que fosse efetivamente julgado no prazo de sessenta dias, contados da apresentação voluntária ou da captura, e cumpria a pena integral, ainda que houvesse a interposição de recurso obrigatório à segunda instância.

Diante dessa regra, não se tem notícia de casos de uma segunda deserção no decorrer da ação penal militar nesse tipo de delito.

Em 1988, com o surgimento da nova ordem constitucional, a promoção da ação penal pública passou a ser função institucional privativa do Ministério Público, extinguindo-se, também, os Conselhos de Justiça das Unidades Militares, em 1991, como se extrai do inciso I do art. 129 da Constituição Federal:

> *"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;".*

Com essa mudança, todos os processos de deserção passaram a ser julgados diretamente nas Auditorias da Justiça Militar da União. Porém, o acusado de deserção, que se apresentava voluntariamente ou fosse capturado, permanecia preso à disposição da Justiça Militar, conforme determina a Lei Processual Penal Militar, pelo tempo máximo de sessenta dias, sem que houvesse uma condenação em primeira instância.

A prisão do desertor, independentemente de mandado judicial, contida nas regras do art. 452 do CPPM, foi recepcionada pelo inciso LXI da Constituição Federal:

> *"LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;".*

Todavia, caso o desertor reincluído não fosse julgado no prazo de sessenta dias, deveria ser colocado em liberdade, com fundamento no art. 453 do CPPM, que adiante se transcreve:

> *"Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.".*

Ora, se o delito praticado pelo militar era de se ausentar, fugindo ao cumprimento do serviço militar, a norma processual penal militar estabeleceu uma prisão preventiva por prazo máximo de sessenta dias, tempo suficiente para o deslinde do processo especial e do julgamento em primeira instância.

Além desse prazo, a jurisprudência desta Corte impedia a decretação de prisão preventiva para o desertor, por imposição do art. 453 do CPPM, nos termos da ementa a seguir:

> *"EMENTA: DESERÇÃO.*
>
> *1. Tratando-se de réu maior, reincidente, praça estável e classificado no comportamento mau, deve a condenação ficar acima do mínimo legal.*
>
> *2.* ***Não se admite a decretação de prisão preventiva em processo de deserção. Caso o desertor não seja julgado den-***

tro de 60 dias, sem que tenha dado causa ao retardamento, aplica-se-lhe o disposto no artigo 453, do CPPM.

3. Contraria o critério trifásico para a fixação da pena, instituído pelo art. 68 da Lei 7.209/84, a sentença que fixa a pena definitiva, sem indicar qual pena-base foi adotada para, sobre ela, fazer incidir as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes.

Por unanimidade de votos, o tribunal negou provimento ao apelo do MPM e, por maioria, deu provimento parcial ao recurso da defesa para reformar a sentença 'a quo'." (STM - Apelação nº 1988.01.045540-1/AM, Relator o Ministro Gen Ex ALZIR BENJAMIN CHALOUB, julgado em 18/4/1989, publicado em 14/6/1989). (Grifo nosso).

No mesmo sentido são os precedentes desta Corte, nos seguintes julgados: *Habeas Corpus* nº 1990.01.032661-8/AM (Relator o Ministro ANTÔNIO CARLOS DE SEIXAS TELLES); *Habeas Corpus* nº 1993.01.032952-8/RJ (Relator o Ministro PAULO CÉSAR CATALDO); *Habeas Corpus* nº 1995.01.033089-5/DF (Relator o Ministro Ten Brig Ar CARLOS DE ALMEIDA BAPTISTA); *Habeas Corpus* nº 1995.01.033142-5/RJ (Relator o Ministro Gen Ex EDSON ALVES MEY); e *Habeas Corpus* nº 1999.01.033467-0/RJ (Relator o Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES).

O atual Código de Processo Penal Militar trouxe pela primeira vez uma inovação acerca da isenção do processo e da reinclusão, para o desertor que se apresente voluntariamente ou tenha sido capturado, e que for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, depois de ser submetido à inspeção de saúde.

Esse entendimento é extraído do § 1º do art. 457 do CPPM, como se pode observar:

"Art. 457. O comandante do corpo ou autoridade competente, que tiver lavrado o têrmo de deserção, fá-lo-á arquivar, acompanhado de cópia do boletim e de um extrato dos assentamentos, contendo as datas de nascimento, praça, engajamento, promoção, ausência e alterações que possam influir no julgamento.

Inspeção de saúde

§ 1° O desertor que se apresentar ou fôr capturado deve ser submetido a inspeção de saúde e, se julgado incapaz definitivamente, fica isento do processo e da reinclusão.".

Inferindo-se da leitura atenta desse dispositivo legal, é imperioso frisar que o acusado por crime de deserção, sem estabilidade, somente será isento do processo e da reinclusão se for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas.

Essa inovação, e somente essa, estabeleceu condição de isenção à procedibilidade que impede tanto a propositura da ação penal quanto o início do processo especial de deserção.

No passado, até onde se tem notícia, o primeiro incidente de isenção do processo penal militar em decorrência da nova legislação, pelo qual um militar praticara dois crimes de deserção distanciados no tempo, foi decidido por esta Corte no *Habeas Corpus* nº 1993.01.032965-0/PR, da relatoria do Ministro PAULO CÉSAR CATALDO, nestes termos ementado:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA.*
>
> *Crimes de deserção (dois) praticados em épocas distanciadas no tempo. Incorporado o paciente após o primeiro delito – porque julgado apto em inspeção de saúde –, instaurou-se a ação penal. Quando do segundo cometimento, constatada a incapacidade definitiva, expediu-se em seu favor o correspondente certificado de isenção do serviço militar.*
>
> *A perda da qualidade de militar, da especial vinculação jurídica com a administração castrense, torna írritos e insubsistentes a relação processual e o procedimento provisional a falta de condição objetiva de punibilidade (magistério de NELSON HUNGRIA).*
>
> *Ordem concedida. Ação penal trancada e instrução provisória arquivada. Decisão unânime."* (STM - HABEAS CORPUS nº 1993.01.032965-0/PR, Relator o Ministro PAULO CÉSAR CATALDO, julgado em 14/12/1993, publicado em 22/3/1994).

O aludido julgado se fundamentou na isenção por incapacidade física definitiva estatuída no § 2º do art. 457 do CPPM, sob a afirmação do eminente Ministro-Relator de que, nesse caso, há a renúncia do Estado ao poder de punir, como se pode extrair do texto do inteiro teor:

> *"A incapacidade definitiva do Paciente foi habilmente atestada, incidindo-se – de forma necessária e incontestável – a causa isentiva do processo a que alude o § 2º do art. 457 do*

Código de Processo Penal Militar, posto que incompossível a reinclusão ao serviço militar.

(...)

Sobrevindo a incapacidade, no entanto, ainda que aperfeiçoado o delito, a punibilidade fica excluída e extinta por expressa renúncia do Estado ao poder de punir, a teor do mencionado dispositivo processual.".

Depois desse, seguiram-se outros, que foram usados como referência, para a formulação da Súmula nº 12, consubstanciada nos julgados da Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ, Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ, *Habeas Corpus* nº 32.966-8/PR, *Habeas Corpus* nº 33.069-0/RJ e *Habeas Corpus* nº 33.129-8/RJ.

Por sua vez, a Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ, de relatoria do Exmo. Ministro Gen Ex ANTONIO JOAQUIM SOARES MOREIRA, julgou um militar que, depois de praticar o crime de deserção, apresentou-se voluntariamente na organização militar, sendo recolhido à prisão, submetido à inspeção de saúde, considerado apto para o serviço ativo e reincluído. O militar ficou preso por sessenta dias e, como não foi julgado nesse prazo, foi posto em liberdade, nos termos do art. 453 do CPPM. Após a concessão da liberdade, o militar foi denunciado, citado, qualificado e interrogado, vindo a desertar uma segunda vez durante o curso do processo. O Juízo de primeira instância decretou a revelia, por se tratar de réu foragido da Justiça Militar, e, ao final do processo, condenou o acusado revel à pena de 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de prisão. Contudo, esta Corte, na oportunidade, determinou a anulação do processo a partir da decretação da revelia, sobrestando o feito, conforme se pode inferir da ementa, *in verbis*:

"EMENTA: APELAÇÃO: Crime de Deserção; acusado excluído das Forças Armadas, perdendo, por conseguinte, o 'status' de militar; ausência, in casu*, de condição de procedibilidade para a* persecutio criminis*; indispensabilidade de vir a ser o acusado considerado apto em exame de higidez sanitária e reincluído às fileiras do Exército, para a retomada do curso do feito; acolhimento da preliminar suscitada pela Defesa, para anular o processo a partir das fls. 65, inclusive,* ex vi *do artigo 500, Inciso IV, do CPPM, sobrestando o feito até a remoção da causa de nulidade assinalada; decisão unânime."* (STM – Apelação nº 1995. 1.047424-4/RJ, Relator o Ministro Gen Ex ANTONIO JOAQUIM SOARES MOREIRA, julgado em 16/5/1995).

O Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ, de relatoria do Exmo. Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, cuidou do caso de um militar estável que praticou o crime de deserção e, posteriormente, apresentou-se voluntariamente, não havendo ato de reversão. Esse militar foi denunciado, citado, qualificado e interrogado, produzindo-se todas as provas no curso processo. Na data marcada para o julgamento, esse militar não compareceu. O Juízo de primeira instância decretou a prisão preventiva do acusado e, ao ser preso, a organização militar o submeteu à inspeção, sendo declarado incapaz definitivamente para a reversão ao serviço ativo, ficando isento do processo, nos termos da seguinte ementa:

> *"EMENTA: RECURSO CRIMINAL. 'Decisum' anulatório de processo por deserção de praça estável. Inexistência do ato de reversão. Entendimento do MPM, considerando que a reversão não é imprescindível para a pretensão punitiva em caso de deserção. Crime de deserção é próprio de militar na ativa. Através de rito sumário e especial, a Lei Adjetiva Castrense distingue, do processo ordinário, o processo de deserção, sendo defeso, inclusive, o julgamento de desertor à revelia. O processo especial por deserção repousa, 'sine qua non', em ver-se o desertor reinvestido na condição plena de militar em serviço ativo. O Estatuto dos Militares contempla a matéria com especificidade. 'In casu', tem-se a reversão como indispensável ao questionado decurso processual. Improvido o recurso do MPM, mantendo-se a decisão hostilizada. Decisão majoritária."* (STM – Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ, Relator para o Acórdão o Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, julgado em 20/4/1995).
>
> ***"Voto vencido**: '**Data vênia**' da maioria dos meus pares, votei vencido por considerar que a ausência do ato de reversão da praça estável não se constitui óbice à instauração da ação penal e seu consequente prosseguimento. Demais disso, da análise exegética do parág. 3º, do Art. 457, da Lei Adjetiva Castrense, não se pode, efetivamente, afirmar que a reversão, tal como a reinclusão, se configure como condição de procedibilidade específica, como sublinhou o **decisum**.*
>
> *(...)*
>
> *É fundamental que se considere também, para efeito de raciocínio, o fato de que a praça estável, mesmo agregada, não perde a condição de militar da ativa, quando incide em crime de deserção, ao contrário do que acontece com a praça sem estabilidade, que é automaticamente excluída do serviço ativo. Con-*

sequentemente, os efeitos processuais são distintos para o ato de reversão e o de reinclusão, estando o ato de reinclusão diretamente articulado à condição de procedibilidade, vez que só pode ser processado por crime de deserção o militar, jamais o civil.

(...)

Outro aspecto a ressaltar e com o qual concordo, é o argumento do r. do MPM quando afirma que a incapacidade definitiva para o serviço militar não é sinônimo de inimputabilidade, nem justificativa ou dirimente para as praças estáveis. Não se desconhece que a inimputabilidade e semi-imputabilidade têm contornos legais específicos que dizem com o pressuposto da punibilidade.

(...)

Por último, a legislação processual ao dispor da isenção do processo no que pertine às praças não estáveis, quando incluída no rol da incapacidade, fê-lo de forma restritiva sem estender essa regra aos demais militares. (...)" (Declaração de voto proferida pelo Ministro-Relator Gen Ex LUIZ GUILHERME DE FREITAS COUTINHO).

No caso do Habeas Corpus nº 32.966-8/PR, relatado pelo Exmo. Ministro Gen Ex WILBERTO LUIZ LIMA, o acusado praticou duas deserções afastadas no tempo, sendo julgado apto para o serviço ativo quanto à primeira deserção, e incapaz definitivamente para o serviço militar no tocante ao segundo crime. Esse acusado foi isento dos dois processos, com fulcro no § 2º do art. 457, como se vê da seguinte ementa:

"EMENTA: HABEAS CORPUS – Constrangimento ilegal. A não reinclusão do Desertor, por incapacidade física definitiva, veda o prosseguimento da ação penal por falta de condições de procedibilidade. Não é possível processar-se e julgar-se um civil por crime propriamente militar, ou seja aquele cujo cometimento só se dá por parte de militar. Ordem conhecida e concedida para trancar a ação penal. Decisão unânime." (STM – Habeas Corpus nº 1993.01.032966-8/PR, Relator o Ministro Gen Ex WILBERTO LUIZ LIMA, julgado em 24/2/1994, publicado em 28/3/1994).

O *Habeas Corpus* nº 33.069-0/RJ, relatado pelo Exmo. Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, tratou do caso de um militar estável que praticou o crime de deserção e, posteriormente,

apresentou-se voluntariamente, não havendo ato de reversão. Esse militar foi denunciado, citado, qualificado e interrogado, produzindo-se todas as provas no curso processo. Na data marcada para o julgamento, esse militar não compareceu. O Juízo de primeira instância decretou a prisão preventiva do acusado e, ao ser preso, a organização militar o submeteu à inspeção, sendo declarado incapaz definitivamente para a reversão ao serviço ativo, ficando isento do processo, nos termos da seguinte ementa:

> *"EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. Pedido, com liminar, concedida ante 'fumus boni juris' e 'periculum in mora'. Processo sobrestado. Praça estável, incursa no art. 187 do CPM. Ação penal iniciada à míngua do previsto no § 3º do Art. 457 do CPPM. Ausência do ato de reversão do acusado faz insanável a proposição de justiça castrense. Concedida a Ordem, trancando a ação penal, sem prejuízo da oferta de nova denúncia. Decisão unânime."* (STM – Habeas Corpus nº 33.069-0/RJ, Relator o Ministro Alte Esq CARLOS EDUARDO CEZAR DE ANDRADE, julgado em 7/2/1995).

Por fim, o Habeas Corpus nº 33.129-8/RJ, relatado pelo Exmo. Ministro Gen Ex EDSON ALVES MEY, foi ementado, nos seguintes termos:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESERÇÃO. REINCLUSÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. Conforme prevê o § 3º do art. 457 do CPPM, a reinclusão da praça especial ou sem estabilidade, é condição de procedibilidade para a ação penal nos crimes de Deserção. Pleito conhecido. Processo anulado ab initio, diante da inépcia da denúncia, em relação ao contido no § 3º do art. 457 do CPPM. Decisão majoritária."* (STM – Habeas Corpus nº 33.129-8/RJ, Relator o Ministro Gen Ex EDSON ALVES MEY, julgado em 19/9/1993).

Assim, redigiu-se a referida Súmula, nestes termos:

> *"A praça sem estabilidade não pode ser* ***denunciada*** *por deserção sem ter readquirido o* status *de militar,* ***condição de procedibilidade*** *para a* persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo."* (Grifo nosso).

Da leitura da referida Súmula, ficou estipulado que a reinclusão nas Forças Armadas devolve ao desertor sem estabilidade a legitimidade para figurar como réu no processo pelo crime de deserção. Dito de outra

forma, a Súmula nº 12 tornou evidente que o *status* de militar é condição de procedibilidade para o início da ação penal militar pelo crime de deserção, não tratando especificamente da condição de prosseguibilidade.

No entanto, percebe-se que o alcance da interpretação daquela condição de procedibilidade vem sendo estendido ao ponto de caracterizar, na atual interpretação desta Corte, verdadeira condição de prosseguibilidade.

O problema é que não há na legislação castrense dispositivo que ampare tal entendimento. Ao contrário, o ordenamento jurídico indica que a ação penal militar, para a apuração do crime de deserção, é pública incondicionada, que o crime de deserção tutela o serviço militar e que não é permitido ao intérprete criar outras condições para a instauração ou prosseguimento do processo penal militar, além daquelas estipuladas na legislação, sob pena de submeter a tutela almejada pela Constituição Federal à vontade de uma ou outra autoridade, administrativa ou judicial.

Ademais, as regras de Direito Administrativo não estão vinculadas às de Direito Penal, sendo cada ramo do direito independente, podendo os militares sem estabilidade ser licenciados, ainda que estejam sendo processados e julgados por crime de deserção, após terem cumprido o serviço militar inicial obrigatório, sem que isso resulte em extinção da ação penal militar.

Cabe destacar que não há na Lei do Serviço Militar qualquer dispositivo que impeça o licenciamento dos militares, como se verá mais adiante.

Assim, não há que se vincular o processo penal militar ordinário e o especial de deserção à condição de permanência do acusado no serviço ativo das Forças Armadas, uma vez que não há previsão em lei proibindo o licenciamento do militar que tenha cumprido o serviço militar inicial obrigatório, ou que deva ser licenciado por conveniência do serviço, ou excluído a bem da disciplina, por se tornar pernicioso à disciplina militar.

Cumpre esclarecer que o Serviço Militar Inicial Obrigatório é regido pela Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, recepcionado pela Constituição Federal no art. 143, como se pode verificar:

> *"Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei."*.

A obrigação do cidadão para com o Serviço Militar se inicia quando esse completa dezoito anos e se encerra aos quarenta e cinco

anos de idade, nos termos do art. 5º da Lei nº 4.375/1964, assim descrito:

> *"Art. 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos.".*

Por ato legal, o Serviço Militar Inicial Obrigatório dos incorporados tem a duração normal de doze meses, podendo ser reduzido de dois meses ou dilatado até seis meses, por ato administrativo dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou por prazo maior, com autorização do Presidente da República, em casos excepcionais e plenamente justificados, para todo o efetivo incorporado, nos moldes do art. 6º da citada Lei:

> *"Art. 6º O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.*
>
> *§ 1º Os Ministros da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica poderão reduzir até 2 (dois) meses ou dilatar até 6 (seis) meses a duração do tempo do Serviço Militar inicial dos cidadãos incorporados às respectivas Fôrças Armadas.*
>
> *§ 2º Mediante autorização do Presidente da República, a duração do tempo do Serviço Militar inicial poderá:*
>
> *a) ser dilatada por prazo superior a 18 (dezoito) meses, em caso de interêsse nacional;*
>
> *b) ser reduzida de período superior a 2 (dois) meses desde que solicitada, justificadamente, pelo Ministério Militar interessado.*
>
> *§ 3º Durante o período de dilação do tempo de Serviço Militar, prevista nos parágrafos anteriores, as praças por ela abrangidas serão consideradas engajadas.*
>
> *Art. 7º O Serviço Militar dos matriculados em Órgãos de Formação de Reserva terá a duração prevista nos respectivos regulamentos.*
>
> *Art. 8º A contagem de tempo de Serviço Militar terá início no dia da incorporação.*
>
> *Parágrafo único. Não será computado como tempo de serviço o período que o incorporado levar no cumprimento de sentença passada em julgado.".*

Por certo, aquele incorporado que cumprir o seu tempo de Serviço Militar Inicial Obrigatório estabelecido em lei deverá ser licenciado

por ato administrativo do Poder Executivo, sem qualquer impacto na ação penal militar que estiver em curso, tampouco isentando o acusado de responder pelo crime de deserção do processo penal militar.

Nesse caminho, também, seguem as regras para a interrupção do Serviço Militar, que pode ocorrer a qualquer tempo, com fundamento no art. 31 da aludida Lei, sem que haja impedimento legal à continuidade da ação penal militar, como se pode extrair do citado dispositivo:

"TÍTULO V

Das interrupções e das Prorrogações do Serviço Militar

CAPÍTULO I

Da Interrupção

Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido:

a) pela anulação da incorporação;

b) pela desincorporação;

c) pela expulsão;

d) pela deserção.

§ 1º A anulação da incorporação ocorrerá em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionados com a seleção em condições fixadas na regulamentação da presente Lei.

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

a) por moléstia em consequência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;

b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;

c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; – o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;

d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei.

§ 3º A expulsão ocorrerá:

a) por condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso;

b) pela prática de ato contra a moral pública, pundonor militar ou falta grave que, na forma da Lei ou de Regulamentos Militares, caracterize seu autor como indigno de pertencer às Fôrças Armadas;

c) pelo ingresso no mau comportamento contumaz, de forma a tornar-se inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras.

§ 4º O incorporado que responder a processo no Fôro Comum será apresentado à autoridade competente que o requisitar e dela ficará à disposição, em xadrez de organização militar, no caso de prisão preventiva. Após passada em julgado a sentença condenatória, será entregue à autoridade competente.

§ 5º O incorporado que responder a processo no Fôro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo, como excedente.".

O § 5º do art. 31 da Lei do Serviço Militar foi regulamentado pelo art. 145 do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, que adiante se transcreve:

"Art. 145. O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo.".

Destaque-se que esse artigo impede tão somente a interrupção da contagem do tempo de serviço e a movimentação do incorporado para outra organização militar.

Para melhor compreender o que é tempo de serviço, deve-se remeter à definição prevista no art. 136 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, bem como a disposição do § 4º do art. 137 da mesma Lei, que apresenta as hipóteses em que não se computa esse tempo, nestes termos:

"Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em conseqüência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

Art. 137. Anos de serviço é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:

(...)

§ 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:

a) que ultrapassar de 1 (um) ano, contínuo ou não, em licença para tratamento de saúde de pessoa da família;

b) passado em licença para tratar de interesse particular ou para acompanhar cônjuge ou companheiro(a);

c) ***passado como desertor****;*

d) decorrido em cumprimento de pena de suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função por sentença transitada em julgado; e

e) ***decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, quando, então, o tempo correspondente ao período da pena será computado apenas para fins de indicação para a quota compulsória e o que dele exceder, para todos os efeitos, caso as condições estipuladas na sentença não o impeçam.****"* (Grifo nosso).

Forçoso concluir que tanto a Lei do Serviço Militar e seu Regulamento quanto o Estatuto dos Militares **não** impedem a interrupção do serviço militar do acusado pelo cometimento de crime de deserção, que esteja respondendo a processo na Justiça Militar.

Note-se que do art. 31 da Lei do Serviço Militar extraem-se dois aspectos que precisam ser levados em consideração:

a. a obrigação do cidadão para com o Serviço Militar se inicia quando este completar dezoito anos e se encerra aos quarenta e cinco anos de idade (art. 5º da Lei nº 4.375/1964); e

b. a moléstia ou o acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz por problema de saúde, isenta o cidadão, também, definitivamente, do Serviço Militar (alínea "c" do § 2º do art. 31 da Lei nº 4.375/1964).

Fazendo-se um paralelo com as Leis Penal e Processual Penal Militares, verifica-se que estes limites etários estabelecidos pela Lei do Serviço Militar encontra paralelo no prazo prescricional do crime de deserção que, com fundamento no art. 132 do CPM, dá-se quando o desertor completa quarenta e cinco anos de idade, se praça, e sessenta anos, se oficial, ainda que nunca tenha se apresentado ou sido capturado.

Por outro lado, somente quando o desertor que se apresenta ou é capturado for considerado incapaz definitivamente para o serviço mili-

tar por problema de saúde, será isento não só do processo penal, bem como da reinclusão no serviço ativo, com fundamento no § 2º do art. 457 do CPPM.

Assim, pode-se concluir que o legislador buscou preservar o serviço e o dever militares, conforme previsto na Lei do Serviço Militar, ao tipificar no art. 187 do Código Penal Militar o delito de deserção.

De outro lado, o legislador isentou do processo penal militar aquele cidadão que não possua mais condições de cumprir sua obrigação com o Serviço Militar, seja o desertor que completou quarenta e cinco anos de idade, se praça, e sessenta anos de idade, se oficial, sem que a Justiça Militar o alcançasse em tempo hábil, seja aquele que foi julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo em inspeção de saúde, por ter adquirido moléstia ou sofrido acidente, impossibilitando-o terminantemente do cumprimento de suas obrigações militares.

Para os demais casos, não há qualquer óbice ou isenção que impeça o prosseguimento da ação penal militar já iniciada, depois de cumpridos todos os requisitos de procedibilidade, porque não existe previsão legal fora daquelas hipóteses.

Por certo, as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, são aquelas necessárias ao início do processo e que devem ser analisadas, para a admissibilidade da ação penal militar. Elas devem estar previstas em lei.

De outro modo, as condições de prosseguibilidade são aquelas que são indispensáveis para o prosseguimento da ação penal, isto é, o processo está em andamento e a condição deve ser mantida e implementada, para que o processo prossiga no seu curso normal. Estas, do mesmo modo, devem estar previstas em lei.

Nas lições de RENÉ ARIEL DOTTI (*in Teoria Geral da Punibilidade*. Disponível em: http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo4.htm. Acesso em: 3 de novembro de 2012, às 12:12 horas.), as condições de procedibilidade são definidas nestes termos:

> *"1.6 CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE*
>
> *As **condições de procedibilidade**, que alguns escritores chamam de **condições da admissibilidade do processo penal** ou, ainda, de **pressupostos processuais**, não se confundem com as condições objetivas de punibilidade. Estas são anteriores à conduta típica.*

Tais condições (ou pressupostos) nada mais são que ***relações preliminares****, de natureza constitucional, administrativa, civil, tributária etc. ou mesmo de caráter processual e necessárias à existência ou à validez da relação processual e sempre referentes aos sujeitos ou ao objeto dela.*

Os pressupostos da existência *da relação processual são: a) a demanda judicial; b) a jurisdição; c) as partes.*

Os pressupostos de validez *são aqueles cuja falta vicia a relação processual sem a impedir de nascer. Eles se referem: a) às partes* (legitimatio ad processum*, isto é,* ***capacidade****); b) ao juiz (competência e ausência de impedimento ou suspeição); c) à originalidade (ausência de litispendência e de coisa julgada). (TORNAGHI, 1959. p. 322).*

São condições de procedibilidade: a) as previstas pelo § 2º do art. 7º do Código Penal, como por exemplo, o ingresso no território nacional de quem cometeu crime no estrangeiro; b) a requisição do ministro da Justiça e a representação do ofendido, nos casos de crimes contra a honra (CP, art. 145, parágrafo único); c) a licença da Câmara dos Deputados para a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado (CF, art. 51, I); d) a licença para a instauração de processo criminal contra deputado ou senador, concedida pela respectiva Casa. (CF, art. 53, § 1º)." (Grifos do original).

No mesmo sentido, JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*in Processo Penal*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 107/108) ensina:

"4.2.5 Condições de procedibilidade

De acordo com a doutrina, além das condições da ação (condições genéricas) existiriam as chamadas condições de procedibilidade (condições especiais). Hoje, inclinam-se os doutrinadores no sentido de considerar condições de procedibilidade também as condições da ação, que seriam uma espécie daquelas.

As condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, têm caráter processual e se atêm somente a admissibilidade da persecução penal. Exigida uma condição especial, a admissão da ação penal, além das condições da ação (gerais), depende dessa condição específica. São condições de procedibilidade a entrada do agente no território nacional no caso de crime praticado no exterior (art. 7°, § 2°, 'a' do CP), a requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a hon-

ra previstos no Código Penal contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, do CP), a representação do ofendido em determinados crimes (arts. 130, 140, c.c. 141, II, 147, 151 etc., do CP), o trânsito em julgado da sentença que anula o casamento, no crime definido no artigo 236 etc. O STJ já entendeu que é também condição de procedibilidade o trânsito em julgado da sentença em que ocorreu falso testemunho ou falsa perícia para se instaurar inquérito policial e ação penal contra o autor desse delito.

As condições de procedibilidade podem atuar sobre o mérito, sobre a ação ou sobre o processo, tudo dependendo dos efeitos que a lei lhes der, o momento em que são reconhecidas pelo juiz ou em razão de outras circunstâncias. A falta de representação do ofendido, por exemplo, dá causa a decisão de absolvição da instância na fase preambular do processo (ocasião para o recebimento da denúncia) ou decisão de mérito, ao julgar-se, afinal, que deveria ter havido representação e, na ausência desta, declarar extinta a punibilidade.".

Seguindo a mesma vertente, ensina RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*in Manual de Processo Penal*. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011. p. 263) a diferenciação entre condição da ação e condições de prosseguibilidade:

"4.3. Condições da ação e condições de prosseguibilidade

Condições da ação (ou condições de procedibilidade) não se confundem com condições de prosseguibilidade.

Condição da ação (ou de procedibilidade) é uma condição que deve estar presente para que o processo penal possa ter início. A título de exemplo, verificando-se a prática de crime de lesão corporal leve ocorrido em data de 20 de janeiro de 2010, temos que a representação é uma condição de procedibilidade, porquanto, sem o seu implemento, não será possível o oferecimento de denúncia em face do suposto autor do delito, já que o art. 88 da Lei 9.099/1995 dispõe que o crime de lesão corporal leve depende de representação.

Condição de prosseguibilidade é uma condição necessária para o prosseguimento do processo. Em outras palavras, o processo já está em andamento e uma condição deve ser implementada para que o processo possa seguir seu curso normal. Exemplo interessante é aquele constante do art. 152, caput, *do*

CPP. De acordo com tal dispositivo, verificando-se que a doença mental do acusado sobreveio à infração, o processo permanecerá suspenso até que o acusado se restabeleça. Como se percebe, a necessidade de o agente recobrar sua higidez mental no caso de insanidade superveniente é uma condição de prosseguibilidade do processo; sem o seu implemento, o processo fica paralisado, com a prescrição correndo normalmente, o que é denominado pela doutrina 'crise de instância'.

Outro exemplo de condição de prosseguibilidade foi introduzido pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. Como se sabe, com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/1995, os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, que antes eram de ação penal pública incondicionada, passaram a depender de representação, por força do art. 88. Mas e quando aos processos que já estavam em andamento? Haveria necessidade do oferecimento de representação?

De acordo com o art. 91 da própria Lei nº 9.099/1995, nos casos em que a Lei dos Juizados passou a exigir representação para a propositura da ação penal pública (leia-se: lesão leve e culposa), o ofendido ou seu representante legal teve que ser intimado para oferecê-la no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência. Como se percebe, referida lei também impôs o implemento da representação para os processos que já estavam em andamento, sem a qual haveria decadência e consequente impossibilidade de prosseguimento do processo.

Portanto, quanto à representação na Lei nº 9.099/1995, pode-se dizer o seguinte: quanto aos processos penais que ainda não tinham tido início quando da entrada em vigor da referida lei, a representação funcionou como condição de procedibilidade nos crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa (art. 88); quanto aos processos penais atinentes aos crimes de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa que já estavam em andamento quando da vigência da Lei nº 9.099 (27/09/1995), a representação funcionou como condição de prosseguibilidade.".

No caso dos crimes de deserção, dentre as condições de procedibilidade ou de admissibilidade do processo, além do interesse de agir, da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, há a reinclusão nas organizações militares, em decorrência da apresentação voluntária ou da captura do desertor e a aptidão para o serviço ativo das Forças Armadas apreciadas em inspeção de saúde.

Por certo, cumpridas essas condições, o processo penal militar deverá ser iniciado, mesmo porque nesta oportunidade o desertor, com raras exceções, encontra-se recolhido à prisão, e ainda que no decorrer do processo o reincluído perca a condição de militar do serviço ativo, em virtude de ato administrativo do Poder Executivo, a ação penal militar deverá seguir seu curso normal, até o julgamento final da causa.

Ademais, repise-se que a vedação ao julgamento à revelia dos acusados pela prática do crime de deserção que estava prevista no Código da Justiça Militar de 1932 não integrou o Código de Processo Penal Militar, deixando de existir a norma negativa. Por outro lado, somente com a captura do desertor e após o laudo médico é que este pode se ver processar pelo crime de deserção.

Entende-se que é por meio da citação que são consagradas as garantias constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no inciso LV do art. 5º da Lei Maior. É somente após a efetiva ciência da existência da acusação que o réu pode exercer o seu direito de defesa.

O doutrinador JÚLIO FABBRINI MIRABETE (*in Processo Penal*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004. p. 460) esclarece:

> *"Em decorrência do princípio da ampla defesa, assegurado pela Constituição Federal, é imprescindível que sejam os acusados cientificados da existência do processo e de todo o seu desenvolvimento."*.

A citação válida é, portanto, pressuposto de instauração da lide processual, vinculando o demandado à instância processual e a todos os direitos e deveres daí originados.

Esse entendimento é corroborado pelas lições de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*in Processo Penal*. Vol. 3. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.), que assim se expressa:

> *"É com a citação (*rectius*: notificação) válida que se instaura a relação processual, pois, enquanto não citado (rectius: notificado) validamente, o réu não ficará sujeito àquela série de deveres e ônus processuais."*.

No tocante à revelia, há que se levar em consideração que essa somente poderá ser levada a efeito em relação ao foragido, jamais contra o trânsfuga.

Nesse ponto, é importante fazer a distinção entre a figura do trânsfuga e a do foragido.

Nas lições do ilustre professor AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *in Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, o trânsfuga é a *"pessoa que em tempo de guerra deserta de suas fileiras para passar às do inimigo; desertor";* e o foragido *"é aquele que fugiu, está escondido, errante, para escapar à justiça ou a qualquer perseguição"*.

Nesse passo, depois que o desertor se apresentar voluntariamente ou for capturado, e ser reincluído no serviço ativo das Forças Armadas, nos termos do § 1º do art. 457 do CPPM, é que poderá ser instaurada a ação penal, com o recebimento da denúncia e a citação válida, deixou esse de ser considerado trânsfuga.

Contudo, se no decorrer da ação penal militar o acusado deixar de comparecer aos atos processuais, deve ser decretada a revelia processual, prosseguindo o processo o seu curso normal.

Por isso, entende-se que a condição de prosseguibilidade impeditiva de se julgar à revelia o desertor, que recapturado e depois de todos os procedimentos legais e ajuizada a ação, com a devida citação válida do mesmo, este empreender nova fuga, tornando-se revel por não mais comparecer aos atos processuais, foi superada com a edição do Código de Processo Penal Militar de 1969.

Por esse prisma, se não existe norma legal proibitiva à aplicação da revelia aos acusados da prática de crime de deserção que, citados regularmente, fogem para não comparecerem aos atos processuais, esta Corte não pode criar uma condição de prosseguibilidade ou de suspensão inexistente no ordenamento jurídico.

É a inteligência do art. 35 do CPPM, que se transcreve:

> *"Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não.*
>
> *Parágrafo único.* ***O processo suspende-se ou extingue-se nos casos previstos neste Código****."* (Grifo nosso).

Dessa forma, deve a Justiça Militar da União decretar a revelia daqueles acusados que forem citados regularmente e não compareçam aos atos processuais, bem como decretar a revogação da liberdade provi-

sória concedida, a partir do momento em que o acusado infrinja as regras do art. 255 do CPPM, que adiante se transcreve:

> *"Art. 254. A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes:*
>
> *a) prova do fato delituoso;*
>
> *b) indícios suficientes de autoria.*
>
> *Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:*
>
> *a) (...)*
>
> *b) conveniência da instrução criminal;*
>
> *c) (...)*
>
> *d) segurança da aplicação da lei penal militar;*
>
> *e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado."*.

Por esse ângulo, não há que se falar em civil à época da consumação do delito, ainda que, por empreender nova deserção, seja excluído das Forças Armadas, mas em militar que cometeu um delito e que necessita ser processado e julgado pelo ato que praticou, a fim de que haja a preservação do serviço e do dever militares.

Cumpre ressaltar que o militar do serviço ativo, ao ser licenciado, integrará a reserva não remunerada, permanecendo na condição de reservista e terá obrigação para com o serviço militar até os quarenta e cinco anos de idade, se praça, e até os sessenta anos de idade, se oficial, podendo ser convocado a qualquer momento, quando a situação nacional de defesa exigir.

Por essa linha de raciocínio, se o que a Lei Penal Militar pretende é a preservação do serviço e do dever militares, nada obsta que o processo penal militar, em relação aos crimes de deserção, continue até o deslinde final da causa, mesmo que o militar seja licenciado no curso da ação penal, independentemente dos motivos que levaram a esse licenciamento, com exceção da incapacidade física definitiva detectada em inspeção de saúde.

Para tanto, basta verificar que nos casos julgados pela Justiça Militar da União dos outros crimes propriamente militares praticados pelo militar no serviço ativo, tais como abandono de posto, motim, revolta,

dentre outros, mesmo que o acusado perca o *status* de militar, o processo e/ou julgamento prosseguem sem qualquer óbice, até a sua conclusão.

Entende-se, ainda, que a reinclusão mantida no Código de Processo Penal Militar somente tem fundamento na finalidade de exigir que o militar sem estabilidade conclua o tempo do serviço militar inicial para o qual estava obrigado, e de possibilitar que esse venha a responder pelo seu delito, na qualidade de militar, condição essencial para o início da persecução criminal, ainda que venha a ser interrompido a qualquer momento, com amparo na Lei do Serviço Militar, sem implicações, obviamente, para a persecução criminal.

Na continuidade do processo penal militar do acusado por crime de deserção e que vier a ser condenado pela Justiça Militar da União, em sendo civil, por ter sido licenciado das fileiras das Forças Armadas, em virtude de qualquer dos motivos já apresentados, como o término do serviço militar e outros, que não o licenciamento por incapacidade física definitiva, a execução da pena ficaria adstrita aos Juízes-Auditores e, num segundo momento, se for o caso, aos Juízes das Varas das Execuções Penais dos Estados da Federação, como ocorre nos demais crimes militares em que os réus são civis, ou adquiriram essa condição por ato administrativo discricionário das Forças Armadas, ou, ainda, por aplicação de pena acessória transitada em julgado, consoante o que prescreve o inciso IV do art. 98 do CPM.

Àqueles que forem encaminhados às Varas de Execuções Penais Estaduais, aplicar-se-á a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal, por força do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 62 do CPM e com o art. 595 do CPPM, a saber:

> *"Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*
>
> *Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.*
>
> *Parágrafo único.* ***Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária****."* (Grifo nosso).

> *"Código Penal Militar*
>
> *Art. 62.* ***O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum****, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar."* (Grifo nosso).

"Código de Processo Penal Militar

Art. 595. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, será remetida para a execução da sentença:

a) ao comandante ou autoridade correspondente da unidade ou estabelecimento militar em que tenha de ser cumprida a pena, se esta não ultrapassar de dois anos, imposta a militar ou assemelhado;

b) ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, quando superior a dois, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.".

Desses dispositivos legais, extrai-se que somente será recolhido a estabelecimento prisional militar aquele militar que for condenado à pena inferior a dois anos.

Aos civis, ou àqueles que adquirirem essa condição no curso do processo, que forem condenados à pena inferior a dois anos deve ser aplicada a Lei de Execuções Penais, devendo o Juiz da Execução, decidir sobre o cabimento da suspensão condicional da pena.

Desse modo, a regra proibitiva à aplicação da suspensão condicional da pena para os crimes de deserção, quando os acusados tenham sido licenciados do serviço ativo das Forças Armadas, readquirindo a condição de civil, deve ser mitigada, impondo-se o regime inicialmente aberto, caso os sentenciados venham a descumprir as regras do *sursis*.

Neste sentido tem sido o entendimento desta Corte:

"EMENTA: Sentença condenatória. Apelo da defesa. Crime capitulado no art. 195 do CPM. Crime militar próprio. Preliminar de ilegitimidade passiva 'ad causam' afastada. Tipicidade formal e material presentes. Materialidade e autoria do delito devidamente lastreadas no conjunto probatório angariado. Alegada atipicidade da conduta em face da ausência de dano à administração castrense. Inadmissibilidade, por se tratar de crime de perigo presumido, cuja tutela resguarda, permanentemente, o dever, a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares. Incompatibilidade dos princípios da lesividade, da adequação social e da razoabilidade com o direito penal castrense, o qual, valendo-se também de preceitos constitucionais, orienta-se pelos princípios da hierarquia e da disciplina. Desprovimento do apelo defensivo. Decisão unânime." (STM – Apelação nº 48-89.2012.7.01.0301/RJ, Relator o Ministro JOSÉ

COÊLHO FERREIRA, julgado em 25/9/2012, publicado no DJe em 9/10/2012).

No caso do Acórdão citado, o Apelante era civil, porque readquirira essa condição por ato administrativo de licenciamento exarado pelo Poder Executivo, sendo condenado à pena de 3 (três) meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, concedendo-se o benefício da suspensão condicional da penal pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Há precedentes, também, nos Acórdãos da Apelação nº 169-95.2011.7.07.0007/PE (Relator o Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA); Apelação nº 6-74.2011.7.01.0301/RJ (Relator o Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS); Apelação nº 262-69.2010.7.11.0011 (Relator o Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO); e Apelação nº 3-90.2010.7.04.0004/MG (Relator o Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA).

Feito esse breve estudo, passo a analisar as condições de procedibilidade e de prosseguibilidade para o conhecimento do Recurso de Apelação interposto pela Defesa do Apelante JHONI CÉSAR BARBOSA DA SILVA, ex-Soldado do Exército.

O Comandante do Batalhão de Comando e Serviços da Academia Militar das Agulhas Negras excluiu o Apelante das fileiras do Exército, por concluir que a conduta do Apelante era contrária aos princípios da hierarquia e da disciplina militares, porque se encontrava classificado no comportamento mau, tornando-se inconveniente a permanência do Apelante nas fileiras do Exército (fl. 251), com fundamento nas leis e decretos que regulamentam as atividades castrenses.

O licenciamento a bem da disciplina foi efetivado por meio de ato administrativo discricionário do Comandante do Batalhão de Comando e Serviços da Academia Militar das Agulhas Negras, publicado no Aditamento nº 112/BCSv, ao Boletim Interno nº 112/AMAN, de 21 de junho de 2012 (fl. 252), que devolveu ao Apelante a condição de civil.

Entendo que esse ato administrativo, de licenciamento a bem da disciplina do Apelante, em vista de todo o estudo apresentado neste voto, não está abrangido pelas hipóteses legais estampadas no CPPM, que estabeleça poderes para afastar a admissibilidade do recurso de Apelação interposto pela Defesa, tampouco cria óbice ao prosseguimento desta Ação Penal Militar. **Somente o fato de o desertor haver sido julgado incapaz para o serviço militar em inspeção de saúde tem o condão de**

isentá-lo do processo, que nesse caso será arquivado, nos exatos termos do § 2º do art. 457 do CPPM.

Ante o exposto, acompanhei a Ministra-Relatora que entendeu que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso de Apelação, pelos motivos esposados neste voto, devendo, pois, ser conhecido, por apresentar plenas condições de procedibilidade e de prosseguibilidade.

Faço, desse modo, a presente Declaração de Voto, para que fique constando dos autos nos termos do § 8º do art. 51 do RISTM.

Superior Tribunal Militar, 11 de dezembro de 2012.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

_____

APELAÇÃO Nº 242-64.2010.7.05.0005-PR

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisor – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Júnior.

Apelante – Jackson Américo Machado, ex-Sd Ex, condenado à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 53, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, e Jonathas de Jesus Nascimento, Civil, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 254 do citado Códex, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 5ª CJM, de 25/10/2011.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. PECULATO-FURTO. RECEPTAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. DESPROVIMENTO. A res furtiva *estava sob a guarda direta da Administração Militar, a qual fora prejudicada pela receptação atribuída ao Apelante, razão pela qual não se vislumbra ilegalidade na tramitação do feito perante a Justiça Castrense, pela respectiva conduta criminosa. Preliminar de incompetência rejeitada, à unanimidade. Em relação à primeira Apelação, uma vez comprovadas a autoria e a materialidade, a irresignação cinge-se à não aplicação do benefício da delação premiada ao ex-militar, prevista nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. A redução da pena em face da delação premiada carece de amparo legal, pois, além de a confissão não ter sido indispensável à recuperação do fuzil, o Código Penal Militar não previu a concessão do referido benefício ao crime de receptação dolosa. Não aplicação desse instituto no âmbito da Justiça Militar. No tocante à segunda Apelação, o réu tinha ciência da origem do armamento por ele recebido, inexistindo amparo legal à pretensão defensiva de desclassificação do delito de receptação na forma dolosa para a modalidade culposa. Descabe a incidência da atenuação prevista no § 2º do art. 240 do CPM, por não ter sido espontânea a restituição do armamento. Apelações desprovidas, sem dissonância.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de incompetência desta Justiça Militar para processar e julgar o feito. **No mérito**, **por unanimidade**, negou provimento às Apelações interpostas pela defesa do ex-Sd Ex Jackson Américo Machado e do Civil Jonathas de Jesus Nascimento, mantendo a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 37ª Sessão, 16/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação interpostos contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª CJM, de 25 de outubro de 2001, por JACKSON AMÉRICO MACHADO, ex-Sd Ex, condenado à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 53, ambos do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, e JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, civil, condenado à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 254, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime inicialmente aberto.

O MPM ofereceu denúncia em desfavor dos Sds Ex JACKSON AMÉRICO MACHADO, GUILHERME ARTHUR ORO e JOFRE GARCIA BARROS e do civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, pelos fatos narrados nestes termos, *in verbis*:

> *"No ano de 2010, o Sd JACKSON relatou aos Soldados ORO e BARROS que havia recebido a proposta de receber a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) mediante a entrega de um Fuzil do Exército Brasileiro, convidando-os para participar da empreitada criminosa. Ambos os militares aceitaram o convite, não sendo todavia definida a data da subtração.*

Durante o expediente do dia 15 de dezembro de 2010, no interior do 63º Batalhão de Infantaria (Florianópolis/SC), o Sd JACKSON procurou o Sd ORO, que estava escalado para o serviço de Sentinela, propondo que subtraíssem o Fuzil naquela data.

(...)

O Sd JACKSON entrou normalmente no Batalhão, afirmando ao Cb MARCELL ***MARCELINO*** *que pretendia deixar algumas roupas e pertences pessoais no seu armário, pois no dia seguinte estaria detido disciplinarmente. O Sd JACKSON estacionou o seu automóvel FIAT PALIO na frente do jardim da 2ª Companhia e lá encontrou com o Sd ORO.*

Ambos os militares seguiram até o Alojamento da Cia. No local, o Sd JACKSON entregou ao Sd ORO uma corda, tendo ficado acertado que este militar retiraria um Fuzil do escaninho e o entregaria ao Sd JACKSON através do segundo piso do pavilhão.

(...)

O Sd BARROS pegou a chave do cadeado do escaninho, que estava sobre a mesa do permanência (...) foi até o Alojamento, tendo subtraído o carregador municiado do cinto do Sd KELVIN, que estava pendurado na cama.

Neste ínterim, o Sd ORO pegou o Fuzil 7,62mm (n° 125.889) no escaninho e levou-o ao segundo piso, através da escada da guarda que dá acesso ao Salão de Honra, sendo seguido pelo Sd BARROS que já estava na posse do carregador municiado. O Sd ORO amarrou o Fuzil 7,62 mm e o carregador municiado, com a corda que havia recebido do Sd JACKSON e abriu a janela do Salão de Honra, que fica de frente para o jardim da 2ª Companhia, sobre a Sala do Haiti.

Imediatamente, o Sd JACKSON ligou o seu carro e estacionou em frente à Sala do Haiti. O Sd ORO e o Sd BARROS desceram o Fuzil 7,62mm (n° 125.889) e o carregador municiado através da janela, tendo o Sd JACKSON recolhido o Fuzil, carregador e a corda, colocando-os no interior do seu carro e saído imediatamente do Batalhão.

Ato contínuo, na madrugada do dia 16 de dezembro de 2010, o Sd JACKSON encontrou-se com o quarto denunciado, JONATHAS, suposto chefe do tráfico de drogas na localidade conhecida como 'Casinhas do Zanellato', na cidade de São José/SC, oferecendo-lhe o Fuzil 7,62mm (n° 125.889) e o carrega-

dor municiado pela quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). O civil JONATHAS pediu ao Sd JACKSON que desmontasse o fuzil, entregando ao militar a quantia de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), sendo que o restante seria pago posteriormente. O valor efetivamente pago pelo denunciado JONATHAS foi partilhado entre o Sd JACKSON, o Sd ORO e o Sd BARROS.

(...) somente no dia 24 de dezembro de 2010, em razão do excelente trabalho de investigação conduzido pelo Comando do 63° BI, foi possível identificar os autores da subtração, seguindo-se a recuperação do Fuzil 7,62mm (n° 125.889), do carregador e da munição, no dia 26 de dezembro de 2010. (...)" (fls. 2/5).

A denúncia foi recebida em 31 de janeiro de 2011. O civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO foi citado em 9 de fevereiro de 2011 e o ex-Sd Ex JACKSON AMÉRICO MACHADO, em 15 de fevereiro seguinte.

Devidamente qualificado e interrogado, JACKSON AMÉRICO MACHADO admitiu a veracidade da denúncia, ressalvando que alguns fatos ocorreram diversamente. Segundo declarou, em 15 de dezembro de 2010, encontrava-se no quartel, quando o Sd ORO aproximou-se, tendo sido combinado o furto do fuzil. Por volta das 23 horas, dirigiu-se ao Batalhão, acompanhado de seu irmão de dez anos de idade. Ao chegar ao quartel, comunicou ao Cb Marcelino que deixaria alguns objetos e sairia em seguida. Estacionou o seu veículo *Fiat Palio* bordô em frente à 2ª Cia Fzo, retirou os seus pertences e guardou-os no armário. O Sd ORO e o Sd BARROS abriram a janela do Pavilhão de Comando, localizado acima da sala do Haiti e em frente à praça da 2ª Cia, e desceram o fuzil e o carregador com o auxílio de uma corda. O interrogando pegou tais objetos, colocando-os no interior de seu veículo, e partiu em direção à localidade denominada *Zanellato* ou *Casinhas*, onde se encontrou com o civil JONATHAS e ofereceu-lhe o fuzil em troca de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Recebeu R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) de entrada e o restante seria pago posteriormente. Desse montante, disse ter repassado R$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um dos corréus, ficando com o restante.

Ao ser inquirido, o denunciado JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO afirmou ser verdadeira a denúncia, declarando que, em dezembro de 2010, estava em casa, quando foi chamado por um morador da sua comunidade, acompanhado pelo Sd JACKSON, o qual lhe propôs a

compra do fuzil subtraído. O militar deixou a *res furtiva* com o declarante e, no dia seguinte, este lhe entregou R$ 1.000,00 (mil reais). A venda foi negociada por R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Após dois ou três dias, passou a ser noticiado na televisão o furto do armamento, deixando-o "apavorado". Por tal razão, escondeu o fuzil num córrego próximo à sua residência. Em seguida, o declarante foi capturado pela Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, ocasião em que entregou a arma. Embora tivesse recebido o referido objeto desmontado, percebeu tratar-se de um fuzil, acompanhado de munições. Imaginava que JACKSON fosse soldado do Exército, pois já o havia visto fardado.

Em seu interrogatório, o denunciado Sd Ex GUILHERME ARTHUR ORO confessou que os fatos ocorreram basicamente nos termos da denúncia. A subtração havia sido combinada com o ex-Sd JACKSON. Posteriormente, convidaram o Sd BARROS, tendo este sido encarregado de soltar o cadeado do último fuzil do escaninho e de retirar um carregador com munição. O declarante lançou o fuzil pela janela ao ex-Sd JACKSON e, no dia 16 de dezembro, recebeu R$ 500,00 (quinhentos reais), ficando acertado que depois receberia o restante.

O Sd Ex JOFRE GARCIA BARROS admitiu os fatos narrados na denúncia. Disse ter adentrado o alojamento dos soldados e, ao avistar o armamento de um militar pendurado na cama, subtraiu o respectivo carregador municiado. Recebeu R$ 500,00 do ex-Sd JACKSON, o qual afirmou ter vendido o fuzil por R$ 10.000,00. O restante lhe seria entregue posteriormente.

Como testemunhas arroladas pelo MPM, foram ouvidos o 3º Sgt Ex Christian Pitz (fls. 783/785), o ex-Sd Ex Marcell Marcelino (fls. 786/788), o ST PM Gilmar Pedro Bento (fls. 789/791) e, por carta precatória, os ex-Sds Ex Diego Kelvin dos Santos Alves (fls. 964/965), Filipe Amaral Aguiar (fls. 966/967) e Volnei Moraes (fls. 968/969).

A Defesa do ex-Sd JACKSON AMÉRICO MACHADO não indicou testemunhas.

Pela Defesa de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, prestaram depoimento, por precatória, as civis Mari Aparecida de Araújo Varela e Cleuza da Silva.

Vieram aos autos os seguintes documentos: Termo de Reconhecimento Fotográfico (fl. 533); Termos de Reconstituição dos Fatos (fls. 447/455); Alterações Militares e Boletins Internos contendo as punições disciplinares impostas ao ex-Sd JACKSON AMÉRICO MACHADO (fls.

252/254 e 725/733); Auto de Avaliação do fuzil subtraído (fls. 613/614); Certidões Negativas de Antecedentes Criminais (fls. 631, 633, 635, 636, 638, 648, 650, 669/672, 692, 706, 709 e 759); Ficha de Material Permanente Numerado, especificando as características do fuzil (fl. 744).

O Sd JACKSON AMÉRICO MACHADO foi licenciado das fileiras do Exército em 6 de junho de 2011.

No prazo do art. 427 do CPPM, as partes nada requereram.

Em alegações escritas, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR sustentou a comprovação da materialidade e da autoria delituosas, reiterando o pedido de condenação de JACKSON AMÉRICO MACHADO, como incurso no crime de peculato-furto, previsto no art. 303, § 2º, do CPM, e de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, imputando-lhe a prática do crime de receptação, descrito no art. 254 do referido *Codex*.

Na mesma fase processual, a Defesa do ex-Sd JACKSON argumentou que a falta de presteza no serviço de vigilância do quartel concorreu para a consumação do ilícito penal, requerendo a ponderação dessa circunstância em favor do réu. Admitindo a comprovação do fato, pleiteou a incidência das atenuantes previstas no art. 72, incisos I, II e III, alínea "d", referentes à menoridade penal do réu, ao comportamento meritório e à confissão do crime. Alegou também ter o denunciado colaborado para a elucidação dos fatos, fazendo jus ao benefício da delação premiada. Por último, sustentou que a conduta melhor se amolda ao crime de furto, pois o réu subtraíra coisa alheia móvel, sobre a qual não possuía o dever de vigilância.

Por sua vez, a Defesa de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO sustentou o desconhecimento da origem ilícita do fuzil, bem como a condição de soldado do corréu. Por tal razão, a conduta do denunciado não se enquadraria no crime de receptação, na forma dolosa, mas sim na modalidade culposa. Requereu a desclassificação para o tipo penal capitulado no art. 255 do CPM, bem como a redução da pena pela incidência da delação premiada, além da atenuante disposta no art. 72, II, do CPM.

Em 25 de outubro de 2011, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar, por unanimidade, decidiu: rejeitar a preliminar de incompetência suscitada pela Defesa de JONATHAS JESUS NASCIMENTO, em sua sustentação oral na Sessão de Julgamento; condenar JACKSON AMÉRICO MACHADO à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º,

c/c o art. 53, ambos do Código Penal Militar; condenar GUILHERME ARTHUR ORO e JOFRE GARCIA BARROS à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incursos no art. 303, § 2ª, c/c art. 53, ambos do CPM, c/c o art. 14 da Lei nº 9.807/99, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos; e condenar JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 254 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos. Em relação a todos os sentenciados, o Conselho estipulou o regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, concedendo-lhes o direito de recorrer em liberdade e a detração dos dias em que permaneceram presos preventivamente.

Ao rejeitar a preliminar de incompetência suscitada pela Defesa do civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, o Conselho de Justiça ressaltou que o fuzil subtraído consiste em bem público móvel da União, pertencente ao Exército Brasileiro, tendo o próprio legislador conferido competência às instituições castrenses para investigar, processar e julgar os crimes em detrimento do patrimônio sob a administração militar, nos termos do art. 124 da Constituição da República, c/c o art. 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.

Quanto ao mérito, observou que as confissões dos acusados se harmonizam com os depoimentos testemunhais e as demais provas produzidas nos autos, evidenciando a materialidade e a autoria delituosas, nos termos da peça acusatória.

O Colegiado Julgador indeferiu o pedido defensivo de desclassificação do crime de peculato-furto para o de furto, considerando que a conduta de JACKSON AMÉRICO MACHADO se amolda perfeitamente ao tipo penal abstrato capitulado no art. 303, § 2º, do CPM. Em relação a esse denunciado, ressaltou ser inaplicável o benefício da delação premiada, previsto na Lei nº 9.807/99, por não ter a confissão sido fundamental para a recuperação do fuzil.

Em relação a JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, registrou ter conhecimento prévio da origem do armamento, o qual continha a gravação do brasão das Forças Armadas. Assim, em face da natureza do objeto por ele adquirido, sabia tratar-se de produto de crime. O Juízo *a quo* afastou igualmente a incidência da delação premiada, por não ter sido a confissão indispensável à recuperação da *res*. Deixou de aplicar a atenuante do § 2º do art. 240 do CPM, por não ter sido espontânea a restituição da arma.

A Sentença foi lida e assinada em 7 de novembro de 2011, tendo as partes sido intimadas em 18 de novembro de 2011. O *Decisum* transi-

tou em julgado para o Ministério Público Militar em 23 de novembro de 2011.

Irresignada, a Defensoria Pública da União interpõe recursos de Apelação em favor de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO e JACKSON AMÉRICO MACHADO, em 23 de novembro de 2011 e 25 de novembro de 2011, respectivamente.

Nas razões recursais de JACKSON AMÉRICO MACHADO, a Defesa requer a reforma da Sentença visando à aplicação do instituto da delação premiada, na forma dos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, com a consequente redução de sua pena. Conforme argumenta, o Apelante faz jus ao benefício por ter identificado o comprador do fuzil voluntariamente, cooperando com a recuperação do produto do crime.

Por seu turno, nas razões de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, a Defesa suscita preliminar de incompetência da Justiça Militar para julgá-lo, pleiteando a nulidade do feito *ab initio*, com a remessa dos autos à Justiça Comum. Pugna também pela desclassificação do crime previsto no art. 254 do CPM para o art. 255 do mesmo Código, com a redução da pena cominada ao Apelante e pela incidência da delação premiada.

Segundo alega, ao ser subtraído do quartel, o fuzil deixou de se encontrar sob a custódia da Administração Militar, razão pela qual não restou caracterizada a competência da Justiça Castrense, nos termos do art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM.

No mérito, sustentou que o Apelante não tinha a intenção de obter qualquer tipo de benefício, desconhecendo a origem ilícita da *res furtiva* e a condição de soldado do corréu JACKSON na época dos fatos. Portanto, a conduta se amolda ao crime culposo previsto no art. 255 do CPM, por preencher os elementos descritos na respectiva norma penal.

Aduz que o Apelante confessou o crime e entregou o bem subtraído, facilitando a instrução criminal e minimizando eventuais danos, sendo devida a redução da pena em dois terços.

Por último, defende o cabimento da atenuação prevista no art. 240, § 2º, do CPM, sendo irrelevante a diferenciação entre a devolução espontânea e a devolução voluntária do produto do furto, pois a lei não estabelece condições ao elemento volitivo do agente, exigindo apenas a restituição do bem anteriormente à instauração da ação penal.

Em contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO rechaçou, na íntegra, as alegações defensivas dos sentenciados, requerendo o

desprovimento das Apelações interpostas, com a consequente manutenção da Sentença recorrida.

Quanto ao recurso do ex-Sd JACKSON AMÉRICO MACHADO, refutou a aplicação do instituto da delação premiada, pois a colaboração da Praça não foi essencial para a elucidação dos fatos. Quando assumiu a autoria delituosa e indicou o receptador da arma, a questão já estava praticamente esclarecida, sendo iminente a recuperação do fuzil.

No tocante à peça recursal de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, alegou que a preliminar de incompetência arguida pela Defensoria Pública da União carece de amparo legal, pois o armamento integrava o patrimônio da Administração Militar, cabendo inclusive à Polícia Judiciária Militar o mister de "*envidar todos os seus esforços para reintegrá-lo ao acervo patrimonial do Exército*".

Em relação ao mérito, aduz que o acusado sabia da origem ilícita da arma, não apenas em razão da sua natureza, pois a comercialização de fuzis é proibida no Brasil, mas também porque tinha pleno conhecimento da condição de militar do Exército do agente que lhe ofereceu o armamento. Portanto, seria ingenuidade do julgador o enquadramento do fato na figura culposa, tal como o pretendido pela Defesa.

Considerou indevida a incidência do benefício da delação premiada, por não ter o Apelante contribuído para a apuração dos fatos.

Da mesma forma, ressaltou ser incabível a aplicação da atenuante disposta no art. 240, § 2º, do CPM, pois a restituição do fuzil decorreu do cumprimento dos Mandados de Prisão e de Busca Domiciliar.

Às fls. 1202/1203, a Secretaria Judiciária (SEJUD/STM) certificou constar *Habeas Corpus nº 63-52.2011.7.00.0000 (2011.01.034941-3)*, julgado em 23 de maio de 2011. O Tribunal, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* para determinar que o paciente JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO fosse posto em liberdade, estendendo os efeitos do *writ* aos demais acusados da Ação Penal Militar nº 242-64.2010.7.05.0005, JACKSON AMÉRICO MACHADO, Guilherme Arthur Oro e Jofre Garcia Barros.

Em parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares manifestou-se pelo desprovimento de ambos os recursos.

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o presente processo foi posto em mesa para julgamento.

O Ministro-Revisor teve vista dos presentes autos.

É o Relatório.

VOTO

Os recursos são tempestivos e interpostos por partes legítimas e interessadas, merecendo, portanto, ser conhecidos.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Passo ao exame da preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, em relação ao civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO.

O pleito carece de amparo legal.

Na Ficha Auxiliar de Material Permanente Numerado do 63º Batalhão de Infantaria, consta o fuzil M964, calibre 7,62mm, registrado sob o nº 125.889. O armamento foi recuperado e submetido à avaliação pericial.

O art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM define como crimes militares, dentre outras hipóteses, os praticados por civis contra as instituições militares, assim considerados aqueles que atingirem *"o patrimônio sob a administração militar* ou a *ordem administrativa militar"*.

Por outro lado, o objeto jurídico tutelado pela norma prevista no art. 254 do CPM é a Administração Castrense.

Ora, uma vez comprovado que a *res furtiva* integrava o acervo do Exército Brasileiro, de uso exclusivo das Forças Armadas, infere-se que a Justiça Militar da União é competente para processar e julgar o Apelante. A arma encontrava-se sob a custódia da referida Força e, embora tenha sido subtraída do quartel e vendida ao civil, ora Apelante, não resta dúvida de que continuava pertencendo ao patrimônio da Administração Militar.

A norma penal que define a competência da Justiça Militar é clara e amolda-se perfeitamente ao caso concreto. Entender de forma diferente seria o mesmo que subverter o sentido do comando legal, em detrimento do bem por ele protegido.

Sobre o tema, confira-se o seguinte excerto do Parecer do *Custos Legis*, nestes termos:

> *"(...) Armamentos e munições não são apenas bens sob administração militar, mas bens militares empregados na atividade fim das Forças Armadas e não perdem jamais tais caracte-*

rísticas, ainda que retiradas da esfera de vigilância do dono, não perdendo a sua essência de patrimônio militar.

Não há, portanto, qualquer amparo lógico e jurídico para o pedido de reconhecimento da incompetência da Justiça Militar quanto ao delito de receptação cometido por quem dolosa ou culposamente adquire no mercado ilegal um armamento sabidamente pertencente às FFAA. (...)" (Grifo do original).

Portanto, evidentemente, a *res furtiva* estava sob a guarda direta da Administração Militar, a qual fora prejudicada pela receptação atribuída ao Apelante. Assim, não se vislumbra ilegalidade na tramitação do feito perante a Justiça Castrense, pela respectiva conduta criminosa.

Em face do exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, em favor de JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, por falta de amparo legal.

MÉRITO

Superada a preliminar de incompetência da Justiça Militar suscitada pela Defensoria Pública da União, passo à análise da Apelação interposta pelo ex-Sd Ex JACKSON AMÉRICO MACHADO.

Uma vez comprovadas a autoria e a materialidade dos fatos narrados na inicial, a irresignação da Defesa cinge-se a não aplicação do benefício da delação premiada ao ex-militar, prevista nos arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.

Do exame dos autos, verifica-se que o recurso não merece prosperar.

Como bem observou o Juízo *a quo,* o Apelante não faz jus ao referido benefício. Embora tenha admitido a prática criminosa, com a ressalva de que alguns fatos não teriam corrido na forma descrita na denúncia, tal confissão não foi essencial para a recuperação do fuzil e a elucidação do ocorrido. Inicialmente, o ex-militar havia negado a prática delituosa, decidindo admiti-la somente após constatar que de nada valeria insistir em sua versão, pois a autoria e a dinâmica dos fatos já haviam sido elucidadas pelos corréus GUILHERME ARTHUR ORO e JOFRE GARCIA BARROS. Logo, ao confessar e indicar o autor da receptação do fuzil subtraído, o deslinde da questão já era iminente.

Ainda que assim não fosse, não obstante o Conselho Julgador tenha considerado a delação premiada em relação aos demais militares sentenciados, reduzindo a pena a eles cominada, cuja Decisão já transitou em julgado para o Ministério Público Militar, mister se faz observar

que o instituto da delação premiada não foi contemplado no Código Penal Militar, nos moldes pleiteados pela Defesa, em relação à conduta delituosa em exame.

O art. 14 do mencionado Diploma Legal estabelece que:

> *"o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços".*

Esta Justiça Especializada, em julgado da Relatoria do Ministro Max Hoertel, nos autos da Apelação nº 2005.01.049833-8-AM, afastou a aplicação da delação premiada, por entender ser incongruente com os valores tutelados pela norma penal militar, conforme se extrai da seguinte ementa, *in verbis:*

> *"Ementa. Apelação. Crime de Pederastia ou outro ato de libidinagem. Inaplicação da 'Delação Premiada'.*
>
> *Hipótese em que os Acusados praticaram atos libidinosos no interior do quartel, estando todos de serviço.*
>
> *Delineamento,* in casu*, do delito recortado no art. 235, c/c a agravação estipulada no art. 237, inciso II, todos do CPM.*
>
> *Integral inaplicação, no caso, do instituto da 'Delação Premiada', em face, sobretudo, da sua total incompatibilidade com os princípios da hierarquia e da disciplina, bases institucionais das Forças Armadas,* e*, ainda, com o valor* e *a ética militar.*
>
> *Provimento do Apelo do MPM.*
>
> *Decisão Majoritária."* (Julg.: 17/5/2005).

Apesar de o mencionado precedente referir-se a crime propriamente militar, a conduta do Apelante, no presente caso, consubstanciada em peculato-furto de armamento de uso exclusivo das Forças Armadas, ocorrido no interior do quartel, reveste-se de especial gravidade e de elevado grau de reprovação, com consequências nefastas não somente à sociedade, mas também à vida na caserna. Na mesma linha de raciocínio, vale ressaltar o seguinte excerto do mencionado Acórdão, nestes termos:

> *"(...) Nesse passo, o que efetivamente impede o reconhecimento de tal figura no caso sob apreciação é a sua total incompatibilidade com os princípios institucionais das Forças Armadas,* e*, ainda, com o valor* e *a ética militar.*

E, de fato, mostra-se como absurda a simples hipótese de que, em homenagem a essa prefalada figura, possa se ter na Caserna, sem que tanto afete irremediavelmente a hierarquia e a disciplina militar, a coexistência de 'delatores premiados', vale dizer, impunes, com militares de vida reta e, o que seria até mais absurdo, dos algozes com suas próprias vítimas.".

Discorrendo sobre o referido julgado, Jorge César de Assis opõe-se igualmente à aplicação do benefício aos autores de crimes militares, adotando os seguintes argumentos, *in verbis:*

"Primeiramente, necessário tecer algumas considerações acerca destes dois importantes institutos jurídicos, v.g., a ***delação premiada*** *e o* ***perdão judicial****, verificando na sequência os limites de sua aplicação – se é que existem, no direito penal militar.*

Quanto ao PERDÃO JUDICIAL, já dissemos alhures, que o Código Penal Militar não dispôs, no rol das causas extintivas da punibilidade, do perdão judicial, como fez o Código Penal comum, em seu art. 107, inc. IX.

Entretanto, o perdão judicial está previsto no Código Castrense, no parágrafo único do art. 255 (receptação culposa), caso único, diga-se de passagem, na legislação militar (2004:232).

Da mesma forma, em relação à tão propalada DELAÇÃO PREMIADA, é de se ver igualmente que o Código Penal Militar trouxe, desde a sua edição, institutos progressistas, que inclusive vieram posteriormente incorporar-se na legislação penal comum, como a previsão da delação voluntária (ou premiada), como causa de extinção de pena no crime de conspiração (art. 152, parágrafo único), e que somente muito tempo depois foi trazida ao direito penal comum, (...).

(...)

Por aí se vê que os dois institutos estão previstos no CPM – repita-se – de forma muito restrita, não admitindo ampliação. Aliás, mesmo no direito penal comum, a ocorrência dos dois institutos é restrita, somente cabível quando legalmente previstos e nos tipos a que a lei se refere. (...)" (**STM considera os institutos da "Delação Premiada" e do "Perdão Judicial" inaplicáveis ao crime de pederastia.** Disponível em www.jusmilitaris.com.br. Acesso em 18 out. 2012. Os grifos não constam do original.)

Frise-se, por outro lado, que a Lei Penal Militar prevê, no art. 72, inciso III, alínea "d", a atenuação da pena na hipótese de confissão espontânea, a qual deixou de ser considerada no caso concreto, tendo em vista a cominação da sanção em seu mínimo legal e a vedação disposta no art. 73, parte final, do citado Códex.

Quanto ao civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, melhor sorte não assiste ao Apelante. Uma vez reconhecidas a autoria e a materialidade, pleiteia a Defesa a desclassificação do crime de receptação, disposto no art. 254, para a modalidade culposa, prevista no art. 255, ambos do Código Penal Militar, bem como a redução da pena em face da delação premiada e a incidência da atenuante do § 2º do art. 240 do CPM.

Dúvida não há de que o Apelante tinha a intenção de perpetrar o delito de receptação. Em seu interrogatório, afirmou ter consciência da ilicitude de sua conduta, declarando, inclusive, que já havia visto JACKSON fardado, imaginando ser ele militar. Ademais, conforme observado na Sentença impugnada, diante da natureza da *res furtiva*, consistente em fuzil de uso exclusivo das Forças Armadas, sabia, obviamente, tratar-se de produto de crime.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do Parecer Ministerial, *in verbis*:

> *"(...) no tocante à conduta do civil JONATHAS, igualmente não houve propriamente restituição, no sentido voluntário ou espontâneo da palavra atribuída pela legislação supra-aludida, mas mera retomada do bem pelo Exército, auxiliado pela Polícia Militar.*
>
> *(...)*
>
> *Nesse diapasão, com o mesmo fundamento é de se denegar aplicação ao disposto no art. 240, § 2º, do CPM (diminuição da pena em sendo o criminoso primário e sobrevindo a restituição da coisa ao seu dono), pois, repita-se, não houve propriamente restituição do fuzil subtraído, mas sim busca e apreensão, em claro cenário de cumprimento de diligências pelas autoridades empenhadas na retomada do bem.*
>
> *Outrossim, ficou claro que o civil JONATHAS sabia da origem da arma a ele trazida pelo ex-Sd JACKSON, não havendo, bem por isso, qualquer respaldo à pretensão defensiva de desclassificação do crime de peculato doloso para a sua modalidade culposa. (...)"* (fls. 1120/1221).

Em relação à redução da pena em face da delação premiada, pelas mesmas razões apresentadas em relação ao pleito do ex-Sd JACKSON AMÉRICO MACHADO, verifica-se que o pedido do ora Apelante carece de amparo legal, pois, além de a confissão não ter sido indispensável à recuperação do fuzil, o Código Penal Militar não previu a concessão do referido benefício ao crime de receptação dolosa.

Do mesmo modo, não deverá incidir a atenuante do § 2º do art. 240 do CPM, por não ter sido espontânea a restituição do armamento. Sobre o tema, confira-se o entendimento consignado nos autos dos Embargos 01-20.2005.7.03.0103 (2009.01.050584-2)/DF, *in verbis*:

> *"Embargos. Furto de arma de fogo. Atenuante do art. 240, §§ 1º e 2º, do CPM.*
>
> *Recurso improvido.*
>
> *A jurisprudência da Corte não considera espontânea, nos termos do art. 240, § 2º, do CPM, a devolução da pistola subtraída, antes do oferecimento da denúncia, se o acusado encontrava-se preso, emergindo a presunção de ter sido pressionado a revelar o local onde se encontrava a res furtiva.*
>
> *Embargos rejeitados.*
>
> *Decisão por maioria."* (Relator: Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, Decisão: 16/9/2009; Publicação: 8/4/2010.)

Pelas razões acima apresentadas, comprovadas a autoria e a materialidade dos tipos penais atribuídos aos Apelantes, na forma descrita na peça acusatória, e diante da impossibilidade de redução das respectivas penas por falta de amparo legal, afigura-se irretocável a Sentença impugnada.

Em face do exposto, superada a preliminar de incompetência suscitada pela Defensoria Pública da União, no mérito, nego provimento às Apelações interpostas pelo ex-Sd Ex JACKSON AMÉRICO MACHADO e pelo civil JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO, mantendo a Sentença recorrida por seus próprios e legítimos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar, suscitada pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento às Apelações interpostas

pela defesa do ex-Sd Ex Jackson Américo Machado e pelo civil Jonathas de Jesus Nascimento, mantendo a Sentença recorrida por seus próprios e legítimos fundamentos.

Brasília, 16 de maio de 2013 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

Embargos

EMBARGOS Nº 63-18.2008.7.11.0011-DF

Relatora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Revisor e Relator p/o Acórdão – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Embargantes – Laci Marinho de Araújo, 2º Sgt Ex, e Fernando Alcântara de Figueiredo, ex-2º Sgt Ex.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 20/3/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011.

Advogados – Drs. Marcio Gesteira Palma e Patrícia Braz Guimarães.

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. DESACATO. RECONHECIMENTO DA SEMI-IMPUTABILIDADE EM RELAÇÃO A DELITO DE DESERÇÃO. PROVA EMPRESTADA. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE ENTRE OS DELITOS. EMBARGOS REJEITADOS. Reconhecida, preliminarmente, a extinção da punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 214 e 219 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, nos termos dos artigos 123, inciso IV, e 125, inciso VII, e seus §§ 1º e 5º, inciso II, ambos do mencionado Estatuto repressivo castrense. Decisão unânime. A excludente parcial da culpabilidade, nos termos do parágrafo único do artigo 48 do

CPM, mostrou-se passível de aceitação em relação ao processo de deserção, o que não importa dizer, necessariamente, seja acolhida ao delito de desacato, objeto de outro processo. Trata-se de fatos diversos no tempo e no espaço, não podendo a comprovação da semi-imputabilidade do crime de deserção ser considerada válida para o delito tipificado no artigo 298 do CPM, ocorrido dois meses depois, ainda mais quando o aventado laudo foi claro em afirmar que o transtorno vivenciado pelo embargante não lhe retirou ou diminuiu a capacidade de entendimento da ilicitude do fato. Embargos rejeitados. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, preliminarmente, declarou a extinção da punibilidade do 2º Sgt Ex Laci Marinho de Araújo, quanto à imputação do crime de calúnia, previsto no art. 214 do CPM e a extinção da punibilidade do ex-2º Sgt Ex Fernando Alcântara de Figueiredo, no tocante ao crime do art. 219 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII e § 1º, ambos do mesmo Código. **No mérito**, **por maioria**, rejeitou os Embargos defensivos para manter o Acórdão hostilizado, tão somente na parte em que condenou o 2° Sgt Ex Laci Marinho de Araújo à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de continuar recorrendo em liberdade, conforme fixados pelo Juízo *a quo*. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora) e José Coêlho Ferreira acolhiam os Embargos defensivos e absolviam o 2° Sgt Ex Laci Marinho de Araújo, do crime previsto no art. 298 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira acolhia os Embargos para fazer prevalecer a declaração de voto da lavra do Ministro Francisco José da Silva Fernandes, proferida na Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011. Relator para Acórdão Ministro William de Oliveira Barros (Revisor). A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora) fará voto vencido. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson

Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 53ª Sessão, 1º/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos opostos pela Defesa do 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO e do ex-Sd Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO contra o Acórdão desta Corte que, nos autos da Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida pela PGJM de não conhecimento do recurso de Apelação, em razão de sua intempestividade; por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa, de nulidade do processo *ab initio*; e no mérito, por maioria, negou provimento aos apelos dos acusados 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO e do ex-Sd Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO mantendo íntegra a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os Ministros Francisco José da Silva Fernandes (Relator), Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Cleonilson Nicácio Silva davam provimento parcial ao apelo interposto pelo 2º Sgt LACI MARINHO DE ARAÚJO para reduzir-lhe a pena para 10 meses e 10 dias de detenção e mantinham os demais termos da Sentença questionada. Entendiam que, embora demonstrada a autoria e a materialidade dos crimes de calúnia e desacato, não havendo dúvidas quanto à intenção delitiva, deveria ser acatado o Parecer Psiquiátrico realizado no USIM/HFA, trazido à baila na Ação Penal nº 2008.01.051223-5, referente ao crime de deserção (contemporâneo ao delito de desacato), a comprovar o transtorno de personalidade apresentado pelo réu, o que diminui sua capacidade de se autodeterminar.

O Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) dava provimento ao apelo da Defesa para reformar a Sentença *a quo* e absolver o 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, e absolver o ex-Sgt Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO, com supedâneo no art. 439, alíneas "b" e "d", do CPPM, c/c o art. 39 do CPM. Considerou que o transtorno psiquiátrico de personalidade do acusado 2º Sgt LACI DE ARAÚJO influenciou a prática delitiva e obstaculizou o dolo de agir em ambos os crimes. Quanto ao ex-Sgt FERNANDO ALCÂNTARA, asseverou não restar comprovado nos autos que o militar tivesse certo como inverídicas as acusações de tortura alegadas pelo Sgt LACI DE ARAÚJO. Salientou não se poder admitir como crimino-

sa atitude de defesa do ex-Sargento ALCÂNTARA, ante o evidente sofrimento pelo qual passava seu companheiro, sendo-lhe inexigível conduta diversa.

De acordo com a exordial acusatória (fls. 2/7):

> *"(...) O primeiro denunciado foi capturado no dia 4 de junho do corrente, por força da prática do crime de deserção, quando estava na cidade de São Paulo/SP, após ter se apresentado em programa de televisão.*
>
> *Transferido para a cidade de Brasília no dia seguinte – 5 de junho – foi custodiado pela Polícia do Exército nas dependências do HGeB, tendo sido transferido, devidamente escoltado, na manhã do dia 6 de junho do corrente do referido nosocômio para o xadrez do Batalhão da Polícia do Exército de Brasília (BPEB), tendo com o itinerário as vias internas do Setor Militar Urbano que interligam o HGeB com BPEB.*
>
> *No dia 10 de junho passado, estando o primeiro denunciado recolhido ao xadrez do Batalhão de Polícia do Exército em Brasília (BPEB), em matéria veiculada no Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, o então militar e ora segundo denunciado afirmou à repórter Delis Ortiz, cuja mídia consta dos autos à fl. 297, que o primeiro denunciado tinha sido vítima de maus tratos no BPEB, estando a matéria assim veiculada na mídia escrita, no portal Globo (G1):*
>
> > *'Nesta terça, o sargento Fernando disse que o companheiro dele está sendo torturado na prisão. Colocaram um saco de plástico na cabeça dele, aplicando técnicas de sufocamento, bateram nele bastante, utilizando tecidos para evitar os hematomas. Nos momentos que sai para tomar banho de sol ou para receber alguma visita, ele tem que tirar toda a roupa na frente de várias pessoas'.*
>
> *Instaurado o presente inquérito para apurar as graves denúncias formuladas na mídia, afirmou o primeiro denunciado, no tocante ao momento da tortura, que esta ocorreu no dia 6 de junho do corrente ano e que o local foi o interior do veículo, onde estava algemado, usado na sua transferência do HGeB para o xadrez do BPEB.*
>
> *Quanto aos autores dos maus-tratos, o primeiro denunciado afirmou perante a autoridade policial que foi o Ten Danilo Alva-*

renga, comandante do PIC, quem lhe colocou um 'saco plástico na cabeça'. Afirmou, ainda, que o Sd Abelardo, também integrante da escolta, lhe teria 'golpeado com a lateral da mão na região do estômago', tendo tudo acontecido de forma muito rápida, acrescentando que 'não ficou nenhuma marca ou lesão que comprova a prática dos atos, que a Escola de formação ensina técnicas de tortura sem deixar marcas.'

Ouvido o Dr. Marcos Rogério de Souza, testemunha indicada pelos advogados do primeiro denunciado, este declarou que o então preso relatou à Senadora Fátima Cleide Rodrigues da Silva, a quem a testemunha acompanhava juntamente com o Sr. José Ronald Pinto, que fora vítima de agressões já na Base Aérea de Brasília, quando de sua chegada de São Paulo.

Descreveu o primeiro denunciado às autoridades, segundo a narrativa do Dr. Marcos Rogério, que tão logo desceu do helicóptero foi lançado ao chão e algemado, que foi vítima de piadas, e que, no trajeto entre o HGeB e o BPEB, no dia 6 de junho do corrente, 'teriam colocado um saco plástico na cabeça dele, que teriam utilizado técnicas de sufocamento no pescoço; que teriam dado um soco na altura do abdômen (sic) *e que teriam batido palmas', não sabendo a testemunha indicar se das mãos ou dos pés, ou de ambos. Como autor das agressões, o primeiro denunciado dizia que foram vários militares, mas repetia apenas o nome de um major, de nome 'Stalt ou Stolb'. Diante da narrativa contundente do então preso, a Excelentíssima Senadora chorou, segundo a testemunha.*

Relato semelhante consta do documento de fls. 162/165, da lavra da Dra. Marina da Silva Steinbruch, Defensora Pública da União de Categoria Especial, tendo como supostos algozes vários integrantes do PIC, sendo nominado apenas o Major Stoltz:

> *'(...) Que o veículo ficou dando voltas, até chegar a este Quartel, e, nesse meio tempo, foi-lhe colocado um "saco" em sua cabeça, o que impediu totalmente sua visão, ato contínuo foi obrigado a esticar suas pernas, ficando seus pés descalços entre o motorista e o Major Stoltz, levando "palmatórias" na sola dos pés (...)'.*

Determinada que foi quando da requisição da instauração de inquérito a preservação das imagens das câmeras de seguran-

ça instaladas no âmbito da carceragem do BPEB, estas foram entregues juntamente com a mídia, em áudio, do deslocamento realizado na manhã do dia 6 de junho, pelo Comando do BPEB à autoridade policial, constando os detalhes no Relatório de Investigação de fls. 137/144.

Também foram disponibilizados pelo Comando Militar do Planalto as imagens capturadas e referentes à chegada do primeiro denunciado à Base Aérea de Brasília e seus deslocamentos no dia 5 de junho do corrente ao IML e ao HGeB, além de sua permanência no interior de ambos os locais, bem como o áudio do desembarque de fl. 304.

Todo este material foi encaminhado ao Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Distrito Federal, estando as mídias autenticadas constando dos autos.

Ouvidos os ora denunciados e várias testemunhas, além de determinada a degravação de parte do material, constatou-se que a notícia veiculada não corresponde à verdade dos fatos, sendo certo que ambos aos serem ouvidos no curso do IPM alteraram, para menos, a narrativa dos supostos maus-tratos, bem como indicaram local e hora distinto daquele referido na chamada do noticiário e veiculado em larga escala no país.

Colhidos os depoimentos de vários militares integrantes do PIC e que participaram da escolta e custódia do primeiro denunciado, procedia à reconstituição, cujo laudo consta dos autos às fls. 315/340, que é totalmente compatível com a versão dos integrantes do PIC do BPEB, resta cristalina a intenção do primeiro denunciado de macular a honra pessoal do Major Stoltz, do Ten Alvarenga e do Sd Abelardo, imputando-lhes graves violações que nunca ocorreram.

No tocante ao Ten Alvarenga, já no dia 5 de junho, o primeiro denunciado já lhe provocava, com a clara intenção de lhe diminuir a autoridade perante a escolta, conforme trecho transcrito à fl. 346: 'Ta se achando que (...) se achando que é muito fodão. Solte. Me solte. Tenente, tire a mão.'

No tocante a conduta do segundo denunciado, não pode este alegar em seu favor que não sabia que nada ocorrera ao primeiro denunciado, já que desde o dia 5 de junho, quando da chegada na Base Aérea de Brasília, sem que nada ocorresse ao preso, já recebeu ordem do amigo íntimo para que propalasse inverdades, conforme consta do laudo de fls. 341/350, em especial a transcrição constante às fls. 345/347:

'H1 - E ele... diga a ele que ele me agrediu. Caiu aqui, ele agrediu... Para ele ligar para a Globo'.

Por derradeiro, vale registrar que no áudio de transferência de preso, apesar da distância entre o equipamento de gravação e o preso, restou gravada a ligação telefônica que lhe foi concedida, sendo que quando confrontadas com a matéria veiculada no programa Fantástico, da Rede Globo, no dia 8 de junho próximo passado, constante dos autos à fl. 298, verifica-se que antes da conversa com o entrevistador Marcelo Canelas conversou o primeiro denunciado com o segundo denunciado, dando detalhes sobre a medicação que tomou na véspera, de sua transferência, sem jamais citar qualquer violação à sua integridade física, como passou a fazer no mesmo dia 6 de junho.

O primeiro denunciado, ao imputar ao Major Stoltz agressões físicas à sua pessoa, como acima narrado, ao Ten Alvarenga a colocação de um saco plástico em sua cabeça e ao Sd Abelardo agressões físicas, na forma de socos na altura do abdômen, violou a Lei Substantiva Castrense, em seu artigo 214, que versa sobre o crime de calúnia, já que imputou aos nominados militares a prática de condutas que constituem crime segunda legislação penal brasileira. Com relação ao modo como o primeiro denunciado se dirigiu ao Ten Alvarenga no dia 5 de junho próximo passado, verificou-se, ainda, a violação ao artigo 298, caput, *do Código Penal Militar.*

O Segundo denunciado, por sua vez, a afirmar em rede nacional que seu então colega de caserna teria sido vítima de maus-tratos no âmbito do BPEB, inclusive narrando que o então preso apanhara bastante, mas que haviam usado tecidos para que não ficassem marcas, e sobre a colocação de um saco na cabeça do custodiado, com o emprego de técnicas de sufocamento, violou o artigo 219, do Código Penal Militar, em seu parágrafo único, já que propalou fatos que sabia inverídicos e capazes de abalar o crédito do Exército Brasileiro junto à população brasileira. (...)".

Em 22/10/2008, a Denúncia foi recebida pelo Juízo *a quo*.

Regularmente citados, os acusados foram interrogados e fizeram uso do direito constitucional ao silêncio.

Foram ouvidos os ofendidos (fls. 464/466 e 486/489) e as testemunhas arroladas pelo MPM e pela Defesa (fls. 490/491, 523/527, 553/556, 565/566, 589/590 e 619/620).

Em 8/6/2010, o Conselho Permanente de Justiça, à unanimidade de votos, julgou improcedente a acusação contida na Denúncia, em relação ao crime tipificado no art. 343 do CPM, absolvendo o 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM; e julgou procedente a acusação em relação aos crimes tipificados nos arts. 214, *caput,* por três vezes, e art. 298, *caput,* todos do CPM, para condenar o citado militar à pena final de 1 (um) ano, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, com o direito de apelar em liberdade, e, por maioria, com o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos.

Decidiu, ainda, por unanimidade, julgar procedente a acusação contida na Denúncia em relação ao crime tipificado no art. 219, parágrafo único, do CPM, para condenar o ex-Sgt FERNANDO DE ALCÂNTARA FIGUEIREDO à pena final de 8 (oito) meses de detenção, com o direito de apelar em liberdade, e o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, além de conceder-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de dois anos.

A Sentença foi lida e publicada em 14/6/2010.

Inconformada, a Defesa interpôs Apelação em favor dos acusados (fl. 793; Razões, fls. 800/813; Contrarrazões, fls. 817/822).

Em 20/3/2012, esta Corte Castrense julgou o citado recurso, consoante já afirmado em epígrafe, mantendo, por maioria, o decreto condenatório por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Decisão foi assim ementada:

> *"EMENTA. APELAÇÃO DEFENSIVA. RÉUS DENUNCIADOS NOS ARTS. 214, 298 E 219, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CPM. ALEGADAS INTEMPESTIVIDADE RECURSAL E NULIDADE DO FEITO NÃO VERIFICADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.*
>
> *Na contagem dos prazos processuais exclui-se o dia de início e inclui-se o dia final, prorrogando-se o prazo para o primeiro dia útil seguinte, tratando-se de feriado ou final de semana. Preliminar de intempestividade que se rejeita. Unânime.*
>
> *A garantia do promotor natural tem por escopo afastar a figura do acusador de exceção, situação que não ficou configurada no presente caso. Preliminar de nulidade por violação ao princípio do promotor natural rejeitada, à unanimidade.*
>
> *No mérito, os fatos descritos na exordial restaram devidamente comprovados nos autos. O primeiro Réu imputou fal-*

samente aos seus pares fato definido como crime, sabendo serem inverídicos, bem como desacatou superior hierárquico diante da escolta.

O segundo Réu propalou por meio da mídia fatos ofensivos à dignidade e capazes de abalar o crédito das Forças Armadas e a confiança que essas merecem do público.

Recurso defensivo desprovido. Maioria".

A Defesa, após a publicação do Acórdão no DJE (30/5/2012), antecipou-se à intimação pessoal e opôs os presentes Embargos, tempestivamente, em 4/6/2012.

Requereu a prevalência do entendimento esposado pelo voto vencido do Ministro-Revisor, que dava provimento ao apelo para absolver os embargantes ou, alternativamente, que fossem acolhidos os votos que conferiram provimento parcial ao recurso da defesa, com o fim de reduzir a pena imposta ao 2º Sgt Ex LACI MARINHO para o patamar final de 10 meses e 10 dias de detenção.

Assentou que o reconhecimento da semi-imputabilidade do apelante, verificada nos autos da Apelação nº 21-66.2008.7.11.0011/DF mediante laudos e manifestações médicas, foram colacionados ao presente feito, sendo prova pericial válida ao julgamento da demanda. Pontuou restar demonstrada a condição psicológica precária do primeiro recorrente no dia dos fatos e que se foi reconhecida a semi-imputabilidade do Sargento LACI MARINHO no crime de deserção, incompreensível não a ser no crime de desacato, que exige a presença inequívoca da intenção subjetiva de ofender. Aduziu que, afetada a capacidade de discernimento e/ou autodeterminação, deve ser afastada a presença do dolo, consoante demonstrou o Min. José Coêlho Ferreira.

Quanto ao segundo embargante, frisou dever ser considerada a relação afetiva existente entre eles, bem como o relato das testemunhas que estiveram com o Sargento LACI MARINHO, no sentido de terem ficado impressionadas com a debilidade de seu estado mental e sofrimento psíquico, concluindo que um companheiro não poderia agir de forma diferente.

Ponderou inexistirem provas de que o ex-Sargento FERNANDO ALCÂNTARA soubesse que as supostas torturas não estariam ocorrendo, "*na medida em que o acesso ao então preso LACI se dava nas condições que chamavam atenção de todos, justamente pela nítida impressão de sofrimento psíquico*".

O Recurso foi admitido em 13/8/2012 por Decisão de fl. 941.

Em Impugnação acostada às fls. 944/950, a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Anete Vasconcelos de Borborema manifestou-se pela rejeição dos Embargos, entendendo restar cristalino o amoldamento da conduta dos embargantes aos tipos descritos nos artigos do CPM pelos quais foram condenados.

É o Relatório.

VOTO

Os Embargos são tempestivos e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade, merecendo ser conhecidos, como já o fez a Ministra-Relatora.

PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO

Preliminarmente, há de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, no tocante ao crime de calúnia (art. 214 do CPM) imputado ao apelante LACI MARINHO DE ARAÚJO e ao delito previsto no art. 219 do CPM imputado ao apelante FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO. Veja-se:

A Denúncia foi recebida em 22/10/2008. O apelante LACI MARINHO DE ARAÚJO foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar à pena de 6 (seis) meses de detenção (por três vezes), como incurso no art. 214 do CPM e o apelante FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO, condenado à pena de 8 (oito) meses como incurso no art. 219 do CPM.

A Sentença condenatória, contra a qual somente a Defesa interpôs recurso, foi publicada no dia 14/6/2010. O julgamento da Apelação ocorreu em 20/3/2012, com a manutenção do decreto condenatório, tendo o Acórdão sido publicado em 30/5/2012 e os presentes Embargos opostos em 4/6/2012. Observo, ainda, que o processo foi distribuído à Relatora em 15/6/2012, com admissão do Recurso em 13/8/2012, por Decisão de fl. 941.

Consoante o art. 125, § 1º, do Código Penal Militar:

> *"§ 1º* ***Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta****, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do*

curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente." (grifos nossos).

O prazo prescricional das reprimendas fixadas no *decisum a quo*, consoante inciso VII do art. 125 do Código Penal Militar, é de apenas 2 (dois) anos.

Tendo em vista que a publicação da Sentença condenatória recorrível ocorreu em 14/6/2010 e o Acórdão confirmatório da Sentença não interrompe o prazo prescricional, tendo decorridos mais de 2 (dois) anos após o último marco interruptivo, há de ser reconhecida a prescrição intercorrente, nos termos do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII e § 1º, ambos do Código Penal Militar.

Posto isso, voto pela extinção da punibilidade do 2º Sgt LACI MARINHO DE ARAÚJO, quanto à imputação do crime de calúnia (art. 214 do CPM) e pela extinção da punibilidade do ex-2º Sgt Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO, no tocante ao crime do art. 219 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII e § 1º, ambos do Código Penal Militar.

Superada a arguição preliminar de extinção da punibilidade, passo à análise do mérito.

MÉRITO

Os fatos restaram categoricamente demonstrados ao longo deste extenso processo, evidenciando o dolo na conduta do 2º Sgt LACI MARINHO ARAÚJO de denegrir a autoridade do Ten Alvarenga perante os demais integrantes da tropa, bem como proferir calúnias imputando-lhe fatos criminosos sabidamente inexistentes.

A alegação de que teria sido jogado no chão logo após descer da aeronave, ainda na Base Aérea, foi desmentida pelo próprio graduado, ao afirmar tanto na fase investigativa quanto na instrução criminal que teria escorregado no momento em que descia as escadas do avião em face da necessidade de ingressar rapidamente na viatura que o levaria até o HGeB.

As agressões sofridas pelo Sargento LACI MARINHO deixam de subsistir em face do depoimento do Maj Stoltz e de outras testemunhas de não ter esse Oficial sequer entrado na viatura onde se encontrava o preso, seja no trajeto Base Aérea/HGeB seja no HGeB/BPEB. Também não consta nos autos nenhum dado de que eventual ordem dessas agressões teria partido do mencionado Oficial.

A apuração dos fatos concluiu pela inexistência das agressões envolvendo técnicas de tortura com saco plástico na cabeça do custodiado bem como dos socos em seu abdômen.

Diante desses elementos trazidos aos autos, impossível não afastar o dolo de caluniar e desacatar seus superiores e os demais integrantes da escolta, não havendo de prevalecer o entendimento esboçado no voto vencido de que o 2º Sgt LACI MARINHO padecia de mal psíquico que lhe tolhera a capacidade de entender a ilicitude de seu ato.

Os depoimentos citados no voto vencido do eminente Ministro-Revisor do recurso embargado referindo-se a pareceres de profissionais de saúde e de parlamentares interessados na proteção de direitos humanos, em que pese o elevado teor técnico de suas afirmações, apenas referem-se ao estado emocional do Sargento LACI MARINHO, não tecendo nenhuma afirmação em relação ao ocorrido. Ademais, tais declarações não podem suprir a ausência da prova pericial, a qual seria hábil a comprovar eventual transtorno mental desse graduado e constatar a sua inimputabilidade total ou parcial. Quanto a isso, o Acórdão foi categórico em afirmar, em relação à Apelação nº 2008.01.051223-5/DF (referente à deserção imputada ao mencionado militar, no qual consta a existência de laudo atestando a interferência de sua capacidade de autodeterminação), que o exame de sanidade mental é referente ao momento da ação e omissão de cada crime, não podendo servir como prova emprestada para crime subsequente.

Em relação à condição psíquica do 2º Sargento LACI MARINHO, verifica-se ter a Defesa alegado a impossibilidade de entendimento da ilicitude do fato, com base em dados existentes em outro processo envolvendo o mencionado acusado. Contudo, deixou de produzir a prova adequada no momento da instrução criminal, preferindo se servir de depoimentos que não demonstram a insanidade do acusado no momento dos crimes objetos deste processo.

A prova pericial produzida no processo de deserção, a fim de apurar eventual inimputabilidade do acusado ao tempo desse crime, não é precisa, pois, embora admita a hipótese do transtorno da personalidade emocionalmente instável, frisou que tal transtorno não eliminou ou diminuiu a capacidade de entendimento dos atos praticados, mas apenas reduziu a capacidade de volição, ou seja, a vontade dirigida à prática do crime. Assim, a excludente parcial da culpabilidade, nos termos do parágrafo único do artigo 48 do CPM, mostrou-se passível de aceitação em relação ao processo de deserção, o que não importa dizer, necessariamente, seja acolhida ao caso em comento. Trata-se de fatos diversos no

tempo e no espaço, não podendo a comprovação da semi-imputabilidade do crime de deserção ser considerada válida para o delito tipificado no artigo 298 do CPM, ocorrido dois meses depois, ainda mais quando o aventado laudo foi claro em afirmar que o transtorno vivenciado por LACI MARINHO não lhe retirou ou diminuiu a capacidade de entendimento da ilicitude do fato. Não é demais transcrever a conclusão dos doutos peritos lançada no laudo pericial alusivo ao crime de deserção, *in verbis*:

> *"Conforme relatos acadêmicos, acima transcritos,* ***observamos que o Transtorno de Personalidade emocionalmente instável, tipo impulsivo, não elimina ou diminui a capacidade de entendimento dos atos praticados, porém, diminui a capacidade da volição*** *(ato pelo qual a vontade se determina a alguma coisa). Com a diminuição do controle de impulsos, acessos de violência ou comportamento ameaçador são comuns, particularmente em respostas a críticas de outros."* (Grifo nosso).

Logo, a diminuição da capacidade de volição, como afirmam os peritos, contextualizada em determinada circunstância, não implica obrigatoriamente o seu reconhecimento em momento posterior. A dificuldade volitiva detectada no momento da deserção, por si só, não excluiu ou atenuou a culpabilidade do agente em relação ao outro crime, no caso, o desacato, a menos que haja laudo pericial específico que o ampare.

A esse respeito, trago à colação o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"CRIMINAL. HC. EXTORSÃO. ROUBO QUALIFICADO. RÉU CONDENADO. EXISTÊNCIA DE LAUDOS ATESTANDO SUA INIMPUTABILIDADE. DOCUMENTOS PRODUZIDOS EM OUTROS PROCESSOS. CONDIÇÃO AFASTADA PELO MAGISTRADO. APELAÇÃO. EXAME DE SANIDADE MENTAL. CÓPIA DE PERÍCIA ANTERIOR. DOIS NOVOS LAUDOS ATESTANDO A IMPUTABILIDADE DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDAS ACERCA DA HIGIDEZ MENTAL DO PACIENTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. IMPRESTABILIDADE DOS NOVOS LAUDOS. INOCORRÊNCIA. IMPROPRIEDADE DO* WRIT. *ORDEM DENEGADA. Hipótese na qual o paciente foi condenado pela prática dos delitos de extorsão e roubo qualificado, apesar de terem sido juntados ao feito dois laudos produzidos em outros processos atestando sua inimputabilidade.* ***Os***

laudos juntados ao processo não servem para atestar a saúde mental do acusado, pois foram produzidos em exames de insanidade mental instaurados em outros processos criminais onde este figurou como réu, e juntados ao presente feito sem que haja notícias de manifestação do Ministério Público acerca dos documentos *(...)."* (STJ/HC nº 48428/SP, Relator Ministro GILSON DIPP, 5ª Turma, julgado em 20/4/2006, publicado DJ de 15/5/2006) (Grifo nosso).

Evidenciado o dolo na conduta do Sargento LACI MARINHO, não há de se questionar a sua idoneidade mental, de forma a levantar dúvidas acerca da existência das elementares dos tipos penais que lhe foram imputados. A condenação baseou-se em provas sólidas, nas quais se valeram o Acórdão ora Embargado, do qual me sirvo dos bem lançados fundamentos a evidenciarem o delito tipificado no artigo 298 do CPM, *in verbis*:

> *"No que se refere ao crime de desacato, também não há nos autos qualquer perícia médica ou laudo que confirme eventual inimputabilidade ou semi-imputabilidade do Réu, não servindo para o caso, como já referido, perícia feita em data outra que não a relativa ao presente feito, mesmo porque se trata de crime diverso.*
>
> *Ficou caracterizado no curso da apuração daqueles fatos que o Réu desacatou o Tenente ALVARENGA com a clara intenção de lhe diminuir a autoridade perante a escolta, usando os seguintes termos: 'Tá se achando que (...) se achando que é muito fodão. Solte. Me solte. Tenente, tire a mão'.*
>
> *Observe-se que ao fazer uso do direito de permanecer em silêncio por ocasião do interrogatório, o Sgt LACI também deixou de exercitar o seu direito de defesa, não oferecendo qualquer razão que justificasse as palavras ofensivas proferidas contra aquele Oficial condutor.*
>
> *Desacatar é, segundo o magistério do professor CÉLIO LOBÃO, opus cit., pág. 373:*
>
>> *'(...) desacatar, que consiste na falta de acatamento, no ultraje, no insulto, na ofensa moral, atingindo a dignidade, respeitabilidade, decoro, decência, honra, e pundonor do militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela. Desnecessário saber se o militar sentiu-se ou não ofendido.*

Aplica-se à espécie o ensinamento de Nelson Hungria, segundo o qual desacato é 'qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, gestos obscenos, gritos agudos, etc'. Compreende, também, a conduta orientada no sentido de deprimir, debilitar, enfraquecer a autoridade do militar, mesmo que esse fim não seja alcançado (...)'.

Com efeito, é inaceitável, por parte de um militar, ainda mais tratando-se de graduado, esse tipo de conduta desrespeitosa, máxime em virtude da gravidade da situação no momento – a condução coercitiva no crime de deserção.

No caso, não restou dúvida de que os termos usados pelo Réu tiveram o nítido propósito de diminuir a autoridade de seu superior hierárquico, em flagrante desrespeito à hierarquia e disciplina militares.".

Diante do exposto, acolhida a preliminar de extinção da punibilidade, dos crimes tipificados nos artigos 214, em relação ao 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO, e 219, em relação ao ex-2º Sgt Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO, ambos do CPM, em face da prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos artigos 123, inciso IV, e 125, inciso VII, § 1º, do CPM. No mérito, rejeito os Embargos defensivos para manter o Acórdão hostilizado, tão somente na parte em que condenou o 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de continuar recorrendo em liberdade, conforme fixados pelo Juízo *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, preliminarmente, em declarar a extinção da punibilidade do 2º Sgt Ex Laci Marinho de Araújo, quanto à imputação do crime de calúnia, previsto no art. 214 do CPM, e a extinção da punibilidade do ex-2º Sgt Ex Fernando Alcântara de Figueiredo, no tocante ao crime do art. 219 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII e § 1º, ambos do mesmo Código. No mérito, por maioria de votos, em rejeitar os Embargos defensivos para manter o Acórdão hostilizado, tão somente na parte em que condenou o 2° Sgt Ex Laci Marinho de Araújo à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 298 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2

anos e o direito de continuar recorrendo em liberdade, conforme fixados pelo Juízo *a quo*.

Brasília, 1º de agosto de 2013 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
EMBARGOS Nº 63-18.2008.7.11.0011-DF

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Embargos opostos pela Defesa do 2º Sgt Ex LACI MARINHO DE ARAÚJO e do ex-Sd Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO contra o Acórdão desta Corte (fls. 860/894) que, nos autos da Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011, no mérito, por maioria, negou provimento aos Apelos, mantendo íntegra a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Preliminarmente, foi declarada a extinção da punibilidade do 2º Sgt LACI MARINHO DE ARAÚJO, quanto à imputação do crime de calúnia (art. 214 do CPM) e a extinção da punibilidade do ex-2º Sgt Ex FERNANDO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO, no tocante ao crime do art. 219 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VII e § 1º, ambos do Código Penal Militar.

Resta a análise do crime de desacato, previsto no art. 298 do CPM, imputado ao embargante 2º Sgt LACI MARINHO DE ARAÚJO.

A questão cinge-se ao reconhecimento da semi-imputabilidade do agente, verificada nos autos da Ação Penal nº 2008.01.051223-5 (Apelação nº 21-66.2008.7.11.0011/DF), e seu reflexo sobre o elemento volitivo para a perpetração do delito *sub judice*.

No julgamento da Apelação nº 21-66.2008.7.11.0011/DF acima referida, foi declarada a semi-imputabilidade do 2º Sgt Ex LACI DE ARAÚJO com base em Parecer Psiquiátrico nela constante, que concluiu o transtorno de personalidade do réu e a consequente diminuição da sua capacidade de determinação.

Em que pese a ausência de realização de exame de insanidade mental específico para este feito, verificou-se, a teor do Laudo Médico

(fls. 621/628) expedido pela Dra. Candice Alvarenga, neurologista do Hospital Universitário de Brasília, que o primeiro embargante vinha sendo atendido por neurologistas desde 2003, com quadro epilético identificado naquele ano (2008), tendo progredido em frequência e intensidade.

De acordo com o Diagnóstico:

> *"(...) Objetivamente, temos um paciente epilético, não controlado, com uma doença que cursa com* ***alteração do conteúdo da consciência*** *– crises parciais complexas –, afasia de wernicke,* ***confusão mental*** *e comprometimento da memória; possuindo também alterações psiquiátricas tais como* ***sentimento persecutório****,* ***distúrbio da percepção sensorial****, além de* ***transtorno ansioso-depressivo****.*
>
> *Neste contexto, o paciente apesar de no futuro ter a possibilidade de controle parcial ou total das crises epiléticas com medicação, não há como visualizar que o mesmo consiga se adequar ao serviço no exército, visto que as suas limitações mentais e neurológicas são de caráter recidivante – o que é característico desta patologia".*

Importa frisar que ao longo da prisão do 2º Sgt Ex LACI DE ARAÚJO, mais precisamente no dia 10/6/2008, foram-lhe prescritos quatro medicamentos pelo Dr. Antônio Ferreira da Silva Filho, médico psiquiatra, a saber: Paroxetina 20 mg, Donarem 50 mg, Rivotril 2mg e Cefaliv[55] (fl. 139). Segundo ficha de atendimento às fls. 140/141, embora não tenham sido observadas alterações psicóticas, o paciente queixava-se todo o tempo de sofrer perseguições (fl. 140).

Analisando-se as provas produzidas nos presentes autos, em especial os depoimentos testemunhais da médica Dra. Candice Alvarenga (fls. 619/620), da Deputada Estadual Érica Jucá Kokay (fls. 523/525), da assistente social Eva Teresinha Silveira Faleiros, Coordenadora do Movimento Pró-Saúde Mental do DF (fls. 526/527), e do Dr. Ricardo de Albu-

---

[55] A Paroxetina é indicada para tratamento de sintomas de doenças depressivas, incluindo depressão reativa e grave acompanhada por ansiedade. Igualmente é utilizada no tratamento de sintomas e prevenção de recorrências do Transtorno Obsessivo Compulsivo (TOC), no tratamento de sintomas e prevenção de recorrências da Doença do Pânico, com ou sem agorafobia e, ainda, para o tratamento da Fobia Social/Transtorno da Ansiedade Social – DMS-IV. O Donarem também é um antidepressivo. Já o Rivotril é um tranquilizante indicado para crises epiléticas e o Cefaliv para crises agudas de dor de cabeça e cefaleia.

querque Lins, psiquiatra, conclui-se dever o Parecer Psiquiátrico da USIM/HFA, utilizado na Ação Penal nº 2008.01.051223-5 (Apelação nº 21-66.2008.7.11.0011/DF) referente ao crime de deserção – delito contemporâneo ao dos presentes autos –, ser acatado e tomado como prova emprestada para o julgamento da presente lide.

Conforme relatou a Dra. Candice Alvarenga (fls. 619/620), em 21 de março de 2008, procedeu ela uma avaliação médica domiciliar no 2º Sgt LACI DE ARAÚJO, e, na época, diagnosticou várias patologias tais como: labirintite, enxaqueca e transtorno ansioso. Informou que a duração da consulta foi de aproximadamente 4 (quatro) horas e, a partir dela, solicitou a realização de exames, devido à suspeita de epilepsia do lóbulo temporal, confundida com os sintomas da esclerose múltipla.

Aduziu ter se encontrado novamente com o paciente em agosto de 2008, quando teve acesso a um eletroencefalograma realizado em 27/8/2008, cujo resultado era compatível com epilepsia do lóbulo temporal, predominando o lado esquerdo. Esclareceu que há dois tipos de crise epiléptica, uma parcial e outra generalizada, enquadrando-se o Sgt LACI na primeira; que o problema *"se manifesta através da não compreensão daquilo que é falado e impossibilidade de verbalizar aquilo que foi ouvido; (...) há períodos de ausência, como se o paciente estivesse desligado do mundo exterior"* (fl. 620).

Por seu turno, o Dr. Ricardo Albuquerque Lins aclarou ter sido convidado a integrar uma comissão que visitou o Sgt LACI DE ARAÚJO quando estava preso na Polícia do Exército em Brasília. Consignou que o militar informou-lhe ter sido torturado, sem saber por quem, porém não constatou qualquer lesão no exame ocular realizado. Destacou ter passado a atendê-lo em seu consultório particular, de forma gratuita, pois *"ficou interessado em esclarecer qual o problema psiquiátrico ou neurológico que o Sargento DE ARAÚJO era portador"* já que nos *"exames realizados, essa resposta não havia ficado clara"* (fls. 589/590).

Pontuou ter encontrado o primeiro embargante muito ansioso, com sensação de perseguição, hipervigil[56], acelerado, atento e hostil com relação ao Exército. Esclareceu, *verbis*:

> *"(...) que um dos relatos feitos pelo Sargento DE ARAÚJO, acerca da tortura, ocorreu quando este estava sentado na cama, muito ansioso, se sentindo perseguido, tendo relatado que havia*

[56] Alteração no nível de atenção.

sido colocado um saco plástico em sua cabeça; que, indagado se era verossímil a narração feita pelo Sargento DE ARAÚJO naquela ocasião, o depoente declarou que a possibilidade ou não de ocorrência de um fato depende da situação na qual se encontra aquele que se declara vítima, e que essa possibilidade está presente em locais de prisão, não significando, com isso, que afirmar a possibilidade de ocorrência signifique que o fato efetivamente ocorreu" (fl. 590).

A assistente social Eva Teresinha Silveira Faleiros relatou que, quando visitou o primeiro denunciado, o dia estava frio e chamou sua atenção, ao adentrar na cela, ter encontrado o Sgt LACI DE ARAÚJO de shorts, camisa de manga curta e sandálias havaianas. Aduziu ter o acusado, em determinado momento, dito-lhe estar sentindo frio e haver sofrido muitas humilhações. Consignou perceber que o Sargento se sentia extremamente coagido e isolado. Acrescentou que, após a análise clínica procedida pelo Dr. Ricardo Lins, perguntou-lhe se havia necessidade de hospitalização do réu para tratamento especializado, tendo recebido resposta positiva (fls. 526/527).

Por sua vez, a Deputada Erika Jucá Kokay, quando visitou o Sgt LACI DE ARAÚJO em companhia da Dra. Eva Faleiros e do Dr. Ricardo Lins, declarou ter sido possível perceber que ele *"estava extremamente tenso, ansioso e em verdadeiro sofrimento psíquico"*. Firmou ter formação acadêmica em psicologia e o seu sentimento, naquele dia, foi o mesmo experimentado pelos demais membros da comissão, qual seja, *"que aquele Sargento parecia, na ocasião, estar sendo pressionado, sentindo-se acuado"*. Aduziu ter sido recomendado pelo Dr. Ricardo Lins o prosseguimento de uma investigação neurológica, que teria sido interrompida, e a realização de uma avaliação psicológica.

Esclareceu fazer parte da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Legislativa do DF, que recebe em média de 200 a 300 denúncias por ano. Tais denúncias são feitas tanto por pessoas que se encontram em liberdade, quanto por presos. Aduziu que, em relação aos militares, denúncias são feitas e *"muitas vezes é possível perceber que, provavelmente em decorrência do rigor militar e do modo de vida militar, há uma espécie de despersonalização daquele militar, com somatização do sofrimento"*. Pontuou haver casos *"em que a busca da verdade se torna muito difícil porque, regra geral, diante da ocorrência desses fatos, os órgãos respectivos são acionados, e a instauração do inquérito ocorre, sendo que o investigador, em geral, integra o mesmo órgão do investigado, ficando a palavra*

do vitimizado contra a palavra do vitimizador, e aí temos uma investigação que dificilmente mostrará a realidade daqueles fatos".

Sustentou que a fala do 2º Sgt LACI DE ARAÚJO, no momento da visita ao presídio, lhe pareceu muito verdadeira e sua percepção foi de que ele, de fato, sentia-se acuado. Alertou, *verbis*:

> *"(...) que a situação de sofrimento psíquico pode levar a um nível do qual pode resultar até uma consequência fatal para o indivíduo; que em psicologia há algo que é chamado de delírio persecutório verossímil, e, nesse delírio, a pessoa pensa efetivamente que está sendo torturada; que esse pensamento decorre das circunstâncias nas quais essa pessoa se encontra, e parte de alguns fatos verdadeiros; que o Sargento DE ARAÚJO demonstrava, de forma clara, que ele se sentia perseguido"* (fls. 523/525).

Evidente, portanto, que o transtorno psiquiátrico de personalidade do 2º Sgt LACI DE ARAÚJO, realmente, influenciou a conduta do agente.

Consoante as narrativas apresentadas neste feito, restou claro que o primeiro embargante acreditava estar sendo perseguido pelo Exército Brasileiro, mormente após reproduzida em rede nacional televisiva sua relação homoafetiva. Sentia-se humilhado e desencorajado, vítima de preconceitos e discriminação contra a sua orientação sexual.

Indo adiante, da análise probatória verifico comprometida a intenção dolosa no tocante ao crime de desacato. A transcrição, constante do Laudo de fls. 341/348, deixa dúvidas quanto o elemento subjetivo do tipo. Pelo que se observa, quando apressado a descer do avião pelo Ten Alvarenga, o 2º Sgt LACI DE ARAÚJO respondeu:

> *"H1[57] – Não precisa gritar, não, que eu já vou descer, tenente. O senhor está se achando muita coisa, viu?*
> *[H1 escorrega em um dos últimos degraus, cai de pé e continua andando normalmente.]*
> *H1 – O senhor está se achando muita coisa.*
> *[H1 passa a ser conduzido pelos braços por H3 e por outro militar até um carro de cor escura com quatro portas. H1 ordena a H3 que o solte e tenta se desvencilhar das pessoas que o conduzem].*
> *H1 – Me solte.*

[57] H1 – Sgt LACI DE ARAÚJO; H2 – ex-Sgt FERNANDO ALCÂNTARA; H3 – Tenente Alvarenga.

> *H2 – Como é o nome do tenente?*
> *H1 – Tira a mão. Ta achando que... se achando que é muito fodão. Solte. Me solte. Tenente, tire a mão (...). Tire a mão da minha pessoa.".*

Ao que me parece, tais assertivas não tinham o condão de ofender a dignidade e o decoro do Tenente, tampouco procuraram deprimir-lhe a autoridade. Visavam, tão somente, fazer com que o condutor o tratasse com maior cuidado, delicadeza e menor severidade.

Na lição de Nelson Hungria, desacato a superior é "*qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, gestos obscenos, gritos agudos, etc.*"[58]. A conduta do acusado, por certo, não revelou essa intenção.

Além disso, não há no depoimento judicial do Tenente Danilo dos Santos Alvarenga nenhuma menção a esse episódio, considerado na Denúncia e na Sentença como a causa do desacato (somente foram produzidas provas inquisitoriais).

Destaco, ainda, que o réu se encontrava fragilizado, emocionalmente perturbado e visivelmente em posição desfavorecida. Como bem salientou o Min. José Coêlho no voto vencido:

> *"(...) ficou demonstrado que a representação da realidade pelo acusado, notadamente no que se refere ao Exército Brasileiro, mostrou-se bastante distorcida. Como se vê, em razão de seu quadro clínico, o apelante considera-se perseguido, torturado e discriminado pelo EB, ainda que efetivamente não o seja.*
>
> *(...) não me parece correta a posição do Conselho em condenar o Sgt DE ARAÚJO diante das inúmeras evidências de que ele não gozava de perfeita saúde psíquica, sobretudo quando se trata de crimes dessa natureza, nos quais a representação subjetiva do agente contra os ofendidos deve transparecer no contexto probatório, não podendo estar maculada pelos efeitos decorrentes de uma patologia neurológica ou psiquiátrica".*

Tal entendimento, *data maxima venia*, é o que melhor retrata a realidade no processo *sub examine*. Ora, não há tipicidade penal sem comprovação do elemento subjetivo. *In specie*, o dolo específico fora afetado pelo estado psíquico do agente.

---

[58] *In* LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 226.

Posto isso, votei vencida para dar provimento aos Embargos defensivos e reformar a Sentença *a quo*, absolvendo o 2º Sargento do Exército LACI MARINHO DE ARAÚJO do crime previsto no art. 298 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 1º de agosto de 2013.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
EMBARGOS Nº 63-18.2008.7.11.0011-DF

Votei vencido, divergindo da maioria, posto que acolhia os Embargos Defensivos para fazer prevalecer o voto vencido da lavra do Ministro-Relator Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, proferido nos autos da Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011/DF.

No julgamento do Recurso de Apelação, o Ministro Gen Ex FERNANDES reconheceu a condição de semi-imputabilidade e reduziu a pena imposta ao Sgt LACI MARINHO DE ARAÚJO de 1 (um) ano de reclusão para 8 (oito) meses de reclusão, em razão da prática do delito previsto no art. 298 do CPM.

Naquela oportunidade, acompanhei o voto divergente do Ministro FERNANDES, de modo que mantenho esse mesmo posicionamento pelos fundamentos que passo a aduzir.

A autoria restou comprovada. Efetivamente, o Embargante ao proferir as frases "*Não precisa gritar, não, que eu já vou descer, tenente. O senhor está se achando muita coisa, viu? (...) O senhor está se achando muita coisa (..) Tira a mão. Tá achando que... se achando que é muito fodão. Solte. Me solte. Tenente, tire a mão.*" cometeu o crime disposto no art. 298 do CPM.

Não é esse o comportamento que um graduado deve manter diante de um oficial, sob pena de fragilização da hierarquia e da disciplina militares, pilares básicos dentro da OM. Ao proferir esses termos, o Sargento estava querendo diminuir, debilitar, enfraquecer a autoridade do Tenente naquele momento.

Destarte, é o que está disposto no art. 298 do CPM: "*Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade*.".

Por outro lado, entendo não haver dúvida quanto à semi-imputabilidade do Sargento LACI. Em outra ocasião, o ora Embargante respondeu perante esta Justiça Especializada pelo crime de deserção, cuja consumação se deu em 12 de abril de 2008. Por tal fato, foi processado, julgado e condenado, porém considerado semi-imputável, quando do julgamento da Apelação nº 2008.01.051223-5, em 29 de setembro de 2009, conforme ementa transcrita a seguir:

> *"EMENTA. APELAÇÃO. DESERÇÃO. Preliminar de nulidade do feito a partir do indeferimento pelo Juízo das elucidações requeridas pela Defesa com relação à Perícia Psiquiátrica. Alegação de cerceamento de defesa, porque a decisão do Conselho impossibilitou que alguns elementos constantes no referido laudo pericial fossem sanados. Doutrina e jurisprudência pátrias são acordes no sentido de que não constitui ofensa ao princípio da ampla defesa o indeferimento pelo Juiz de perícia, diligências e outros requerimentos defensivos, se considerados desnecessários ao esclarecimento da verdade. Demais, na Sessão de Julgamento, a Defesa declarou o encerramento de sua produção probatória e ambas as Partes concordaram que o processo estava em condições de ser julgado, ao que pareceu satisfeita com a prova produzida. Preliminar rejeitada à unanimidade. No mérito, provadas autoria e a materialidade do delito. O Réu, servindo no Hospital Geral de Brasília, ausentou-se de sua OM sem autorização, por mais de oito dias, passando à situação de desertor. Alegações defensivas desprovidas de suporte fático. Não há sequer indícios, além das próprias alegações do Réu, de que pretendessem atentar contra sua vida ou incolumidade física. Antes, verificam-se as inúmeras vezes em que a Administração Militar tentou resolver a situação de saúde do Apelante, cabendo salientar que há muito ele vinha recebendo as licenças médicas de que necessitava. Destarte, o Parecer Psiquiátrico constante dos autos concluiu que o transtorno apresentado pelo Réu diminui a sua capacidade de determinação da vontade. A condição de semi-imputabilidade do Apelante é, assim, admitida na Perícia, embora não se refira especificamente à doença mental, mas a transtorno de personalidade. O art. 48 do CPM estabelece que é inimputável quem não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Porém, se a doença ou a defi-*

ciência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas o agente é semi-imputável e deve ter a pena atenuada. Provido parcialmente o recurso defensivo, reduzindo-se a pena imposta para 4 meses de prisão, em face do art. 48, parágrafo único, do CPM. Decisão majoritária.".

Agora, o delito analisado (crime de desacato) foi praticado em 5 de junho de 2008. Dessa forma, vejo que há contemporaneidade entre os dois fatos, de modo que o Parecer Psiquiátrico, elaborado posteriormente aos dois crimes, ou seja, em 24 de setembro de 2008, deve ser considerado válido para o cálculo da pena, em benefício do Embargante.

Entendo que, se o Incidente de Insanidade Mental foi aceito naquele feito (Deserção), nada o desabona agora, tendo em vista que não houve questionamentos quanto a sua validade ou não.

A prova produzida é farta. Há documentos e relatos das testemunhas de que o Sargento LACI fazia uso de medicamentos controlados. O eletroencefalograma digital (fl. 603), emitido em 27 de agosto de 2008, concluiu para uma alteração lateral e localizada, sugerindo a existência de foco potencialmente epileptogênico temporal médio nesse hemisfério cerebral. Existe, ainda, nos autos, um Laudo Médico (fls. 621/628), descrevendo que, apesar de o Embargante não ser inválido, sua patologia o torna incompatível para o desempenho de atividades militares.

Diante disso, o conjunto probatório deve ser analisado em favor do Embargante, tendo em vista as evidências de seu problema psicológico.

Em relação ao Laudo Psiquiátrico que atestou a semi-imputabilidade do Sargento LACI, entendo que está em perfeita consonância com a nossa ordem legal. Faz parte do operador do direito trazer provas emprestadas, até porque não haveria sentido, nem necessidade, a produção de um novo parecer técnico.

Tecnicamente, a prova emprestada pertence ao processo e serve para fundamentar uma decisão, uma sentença ou mesmo um acórdão, independentemente de ser favorável ou desfavorável ao jurisdicionado. Tal mecanismo consiste no transporte de determinada prova de um processo para outro, viabilizando o aproveitamento de atividade probatória anteriormente realizada, tendo, como principal efeito, uma economia e uma celeridade processual, pois elimina a necessidade de se produzir a mesma prova.

O caso em análise é de redução facultativa da pena, de atenuação da pena, conforme disposto no parágrafo único do art. 48 do CPM, *in verbis:*

> ***"Art. 48. (...)***
> ***Parágrafo único****. Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena* ***pode*** *ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 113."* (grifos nossos).

Trata-se de Réu semi-imputável, que deve responder pelos seus atos, no momento da ação ou omissão; porém, recebendo uma reprimenda menor do Estado-Juiz pelo fato de ter, naquele momento, sua capacidade de entendimento da ilicitude diminuída.

Adoto, como minhas razões de decidir, os fundamentos do e. Ministro Gen Ex FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES (fls. 888/894), no que se refere ao crime de desacato a superior, na forma como se segue:

> *"(...) Em relação ao crime de 'desacato a superior', previsto no art. 298 do CPM, tendo como Ofendido o Ten* ***ALVARENGA,*** *igualmente, a prova é inconteste quanto à intenção do Acusado de ofender a dignidade e deprimir a autoridade do referido Oficial, que comandava a escolta, perante outros militares, logo após descer da aeronave, proferindo as seguintes palavras de baixo calão, extraídas de trecho degravado pela Polícia Civil da Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal, conforme registrado nos autos, às fls. 344: 'Tá se achando que... se achando que é muito fodão. Solte. Me solte. Tenente, tire a mão'.*
>
> *Nesse sentido, o delito restou plenamente configurado, pois, segundo leciona* ***CÉLIO LOBÃO,*** *verbis:*
>
>> *'A ação incriminada é desacatar, que consiste na falta de acatamento, no menosprezo, no ultraje, no insulto, na ofensa moral, praticada contra superior hierárquico, atingindo-o em sua dignidade, respeitabilidade, decoro, decência, honra, e pundonor. Desacato a superior, segundo Nelson Hungria, é "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, gestos obscenos, gritos agudos, etc." Compreende, também, a conduta do agente, orientada no sentido*

> *de deprimir, debilitar, enfraquecer a autoridade do superior, mesmo que esse fim não seja alcançado' ('Direito Penal Militar', 3ª Ed., 2006, pág. 226).*

Ainda em relação ao Acusado ***LACI MARINHO DE ARAÚJO,*** *alega a Defesa que o histórico dos fatos permitiria ao Juízo confirmar a dificuldade que o referido militar enfrenta na condução de seus atos e reações, sendo que tal condição foi reconhecida por esta Corte. Aduz que, 'no caso, cuja conduta supostamente típica diz respeito à ação de desacatar autoridade de superior, a absoluta incapacidade de se autodeterminar, ainda que não decorrente de doença mental, deve servir para afastar a culpabilidade'. Argumenta que não se poderia condenar o Apelante pela prática de* ***desacato*** *– que exige especial fim de agir, uma vez que ele não possuía capacidade de se autodeterminar.*

De fato, em 29/9/2009, por ocasião do julgamento da Apelação n° 2008.01.051223-5, referente ao Processo de ***deserção*** *do ora Apelante* ***LACI MARINHO DE ARAÚJO,*** *que de certo modo possui estreita relação com o caso vertente, esta Corte acolheu, em parte, o Recurso defensivo para atenuar a pena, com base no* ***parágrafo único do art. 48 do CPM,*** *acatando a conclusão do Parecer Psiquiátrico realizado no UISM/HFA no sentido de que o* ***Transtorno de Personalidade*** *apresentado pelo Réu diminui a capacidade de determinação da vontade. Daquele Aresto, no que pertine, extrai-se a seguinte fundamentação:*

> *'(...) A condição de semi-imputabilidade do Apelante é admitida na referida perícia, embora não se refira especificamente à doença mental, mas a transtorno de personalidade, que é, como explicado, perturbação da saúde mental e que interfere na capacidade de determinação, apesar de preservada a capacidade de entendimento (...)'.*

Comentando sobre o parágrafo único do artigo 26 do CP (correspondente ao parágrafo único do artigo 48 do CPM), ***DAMÁSIO DE JESUS*** *explica:*

> *'(...) No caso do parágrafo ingressam as doenças mentais que não retiram do sujeito a capacidade intelectiva ou volitiva, mas diminuem essa capacidade,* ***e outras anormalidades psíquicas que, diminuindo o entendimento e a vontade, não constituem doenças***

> ***mentais*** *(...)' (negritei) ('Direito Penal', Parte Geral, 1º Vol, Saraiva, 15ª Ed., 1991, págs. 442/443).*

Mutatis mutandis, *as circunstâncias são semelhantes ao do presente feito, sendo razoável seguir-se a mesma orientação na análise da culpabilidade do Apelante, pois a sua semi-responsabilidade, verificada por ocasião do crime de deserção, era contemporânea à prática do delito de desacato. A* ***deserção*** *foi consumada em 12/4/2008, enquanto que o crime de* ***desacato*** *foi praticado em 5/6/2008. E, por sua vez, o Parecer Psiquiátrico é datado de 24/9/2008.*

Da jurisprudência colhe-se o seguinte entendimento a respeito do alcance do laudo de insanidade mental do Acusado:

> *'Quando a lei processual, no art. 151, se refere "ao tempo da infração", ela não se limita ao momento consumativo dessa infração; o âmbito é mais largo, para abranger – numa colocação razoável – os delitos consecutivos os perpetrados em datas próximas. Como se sabe, a natureza não dá saltos. A doença mental, no caso, orgânica e recessiva, não se instalou de imediato, sem a lenta evolução de sua densidade. Não se tem nenhuma dúvida de que o diagnóstico de psicose maníaco depressiva – a que chegaram os peritos – alcança o acusado ao só na ocasião (aliás não definida) do crime a que alude o exame mas também alguns meses atrás, o que inclui o fato criminoso de que cuida este processo' (TACRIM-SP -El - Rel. Mafra Carbonieri - RTJE 61/250).*
>
> *'Sucessivos os crimes e cometidos – portanto – em datas aproximadas, o laudo psiquiátrico do incidente de insanidade mental (produzido em autos apartados) pode ser utilizado nos diferentes processos. O laudo pericial de inimputabilidade só não pode ser anterior ao crime' (TACRIM-SP - El - Rel. Mafra Carbonieri - RJD 5/196).*

Por tais razões, votei no sentido de prover parcialmente o apelo de ***LACI MARINHO DE ARAÚJO*** *para, reconhecendo a sua semi-imputabilidade, aplicar a regra prevista no art. 48, parágrafo único, do CPM, e diminuir a pena de cada um dos delitos, na fração de 1/3. (...) relativamente ao crime do* ***art. 298,*** *a pena de*

*1 (um) ano de reclusão fica estabelecida em **8 (oito) meses de reclusão,** (...).".*

Não reconhecer a semi-imputabilidade do Réu, neste feito, seria uma desproporcionalidade injustificável, na medida em que suas condições psicológicas eram idênticas no momento dos dois fatos típicos, a Deserção e o Desacato.

Ante o exposto, votei divergindo da douta maioria, posto que acolhia os Embargos Defensivos, para fazer prevalecer a Declaração de Voto da lavra do Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, proferida nos autos da Apelação nº 63-18.2008.7.11.0011/DF, no intuito de reconhecer, em favor do Embargante 2º Sargento LACI MARINHO DE ARAÚJO, a semi-imputabilidade, prevista no art. 48, parágrafo único, do CPM, para diminuir a pena do delito, na fração de 1/3 (um terço), de 1 (um) ano de reclusão para 8 (oito) meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 298 do CPM.

Faço a presente declaração de voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 1º de agosto de 2013.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

_____

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 30-91.2013.7.00.0000-RS

Relator – Min. Alte Esq Marcos Martins Torres.

Paciente – Paulo Guilherme Ribeiro Fernandes, Ten Cel Ex, respondendo à Ação Penal Militar nº 101-58.2012.7.12.0012, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor do mencionado Juízo, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, o trancamento e arquivamento da citada Ação Penal Militar. No mérito, pede a confirmação da liminar pleiteada.

Impetrante – Drs. Rafael Scherer Politano e Jardel Spiering Pires.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *PECULATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXAME DE PROVA. JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. A denúncia, para que não seja considerada inepta, deve obedecer aos requisitos do art. 77 do CPPM, respondendo, quanto à exposição do fato criminoso, às sete questões do injusto, a fim de dar subsídios para que se exerça a ampla defesa. Constrangimento configurado haja vista que a peça pórtico-acusatória explicita de forma obscura as condutas dos denunciados, imputando-lhes conduta que não constitui crime, sob a classificação jurídica de peculato. O exame da prova, a fim de perquirir a justa causa para ação*

penal, é possível na via estreita do writ*, desde que não seja realizado de maneira aprofundada. O inquérito policial militar, ao mesmo tempo em que serve para colher subsídios para a propositura da ação penal, tem função de filtro, a fim de que não sejam oferecidas denúncias infundadas. Investigação criminal preliminar que não traz elementos de convicção a demonstrar quer a existência de dano patrimonial à administração militar, quer a prática de crime pelos denunciados, gestores do Hospital de Guarnição de Tabatinga. Trancamento de ação penal determinado sem prejuízo da abertura de novo IPM caso surjam novas provas. Ordem extensiva a todos os denunciados. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, concedeu a ordem de *habeas corpus* ao Paciente Ten Cel Ex Paulo Guilherme Ribeiro Fernandes, para trancar a Ação Penal Militar nº 101-58.2012.7.12.0012, por falta de justa causa, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, e, consoante o art. 515 do mesmo Código, estendeu seus efeitos aos demais denunciados. Na forma regimental, usaram da palavra o Dr. Rafael Scherer Politano, pela Defesa, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Alberto Marques Soares e Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 21/3/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Rafael Scherer Politano e Jardel Spiering Pires em favor de PAULO GUILHERME RIBEIRO FERNANDES, Ten Cel Ex, respondendo à Ação Penal Militar nº 101-58.2012.7.12.0012, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM, em que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor do mencionado Juízo, e requer, liminarmente, o trancamento e arquiva-

mento da citada Ação Penal Militar. No mérito, pede a confirmação da liminar pleiteada.

Argumenta, em síntese, o impetrante ser a denúncia recebida pela Autoridade apontada como coatora inepta e desprovida de justa causa, visto que genérica, ampla, sem descrição de condutas de forma individualizada, lacônica e desprovida de suporte probatório, razão pela qual estaria sendo imposto ao paciente constrangimento ilegal por aquele juízo.

Acostadas à inicial vieram cópias da íntegra do processo (apensos 1 e 2).

Indeferi a liminar por entender não estarem presentes seus pressupostos de concessão.

As informações vieram às fls. 47/48 – vol. 1, esclarecendo que o processo está na fase de citação dos acusados, havendo sido marcadas as datas de 14 e 15 de maio para qualificação e interrogatório. A elas vieram acostadas cópias da Denúncia (fls. 49/54), do Relatório do IPM (fls. 55/57), da Solução do IPM (fl. 59), da decisão de recebimento da denúncia (fl. 60), da ata de Acórdão do STM no sentido de que o paciente não seja interrogado por precatória (fls. 61/63), da Certidão de sorteio do Conselho Especial de Justiça (fl. 64) e de despacho (fl. 65 – vol. 1).

O *Custos Legis*, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (fls. 68/72 – vol. I), opina pela concessão, em parte da ordem, para o fim de que a *"denúncia seja rejeitada, porém determinando-se a possibilidade de emenda, a teor do artigo 78, alínea 'a', do CPPM"*, estendendo-se os seus efeitos aos demais corréus.

Argumentou que a denúncia padece de diversos vícios formais, devendo ser declarada inepta, mas que não seria cabível o trancamento da ação penal, pois se trataria de julgamento antecipado da lide, fruto de análise aprofundada de prova, verdadeiro abortamento da pretensão punitiva, o que configuraria desrespeito ao art. 129, I, da CF, requerendo, antecipadamente o prequestionamento.

É o relatório.

Voto

"Conceder-se-á habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (...)"* (art. 5º, inc. LXVIII, da CF).

No caso em questão, a coação à liberdade de locomoção do paciente é evidente, devendo ser concedida a ordem em razão de toda a argumentação alinhavada na exordial, quer seja por absoluta inépcia da denúncia, quer por falta de justa causa para ação penal.

A inépcia da inicial é explícita, bastando simples leitura de seu texto (fl. 49):

> *"Excelentíssimo Sr. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar*
>
> *Ref. IPM n° 0000101-58.2012.7.12.0012*
>
> *O Ministério Público Militar da União, por esta Procuradora infra-firmada, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no art. 129, inciso I, da Constituição da República, c/c os artigos 29, 30, 34 e 77 do Código de Processo Penal Militar, tendo por base os inclusos autos de Inquérito Policial Militar, e ainda os fatos e fundamentos abaixo expostos, vem oferecer, DENÚNCIA contra:*
>
> ***1) ANTONIO SERGIO DE ANDRADE** (Coronel Ex), brasileiro, casado, natural de Recife/PE, nascido em 6/4/1962, filho de Lucila de Andrade, Identidade n° 076186113-7 Min. da Defesa, servindo no Hospital de Área Militar de Recife - Hmil, endereço à Rua do Hospício, n° 563, Recife/PE;*
>
> ***2) PAULO GUILHERME RIBEIRO FERNANDES** (Ten Cel Ex), brasileiro, natural de São Paulo/SP, nascido em 15/3/1968, filho de Célio Ribeiro Fernandes, Identidade n° 023240853-4 Min. da Defesa, servindo no 3º Batalhão de Infantaria de Suprimento - 3° Bsup, endereço à Estrada de Morretes, s/n°, bairro Morretes, Nova Santa Rita/RS;*
>
> ***3) EUGEN DE ALMEIDA WOLFF** (Ten Cel Ex), brasileiro, natural de Rio de Janeiro/RJ, nascido em 1º/6/1967, filho de Eugênio Wolff e de Isis de Almeida Wolff, Identidade n° 025453573-5 Min. da Defesa, servindo no Centro de Avaliações do Exército (CAEx) - Rio de Janeiro/RJ, endereço à Estrada Roberto Burle Max, n° 9140, Guaratiba – Rio de Janeiro/RJ;*
>
> ***4) MARCELO AUGUSTO BELIZÁRIO** (Maj Ex), brasileiro, natural de Rio de Janeiro/RJ, nascido em 30/1/1975, filho de Manoel Augusto de Andrade e de Georgete Belizário de Andrade, Identidade n° 011157584-2 Min. da*

Defesa, servindo no 21° Centro de Telemática (21°CT), em Belo Horizonte/MG, endereço à Av. Raja Gablágia, n°450, Bairro Gutierrez, Belo Horizonte/MG;

5) ***JOÃO BOSCO BIASE DE OLIVEIRA*** *(Civil), brasileiro, nascido em 19/6/1965, filho de Fernando Garcia de Oliveira e de Joana Biase de Oliveira, Identidade n° 124016904-3, CPF n° 230.2444.292-04, residente e domiciliado à Av. da Amizade, n° 40, apto 25, Centro, Tabatinga/AM;*

pelas práticas dos fatos delituosos que a seguir passa expor:

O Hospital de Guarnição de Tabatinga/AM é uma Organização Militar de Saúde (OMS), que presta assistência médica a militares e civis na fronteira com a Colômbia (fl. 031).

O Hospital possuía uma reserva regional de 4.900 litros de gasolina e 5.500 litros de óleo diesel em 2005, e de 400 litros de gasolina e 3.200 litros de óleo diesel em 2006, recebidos da 12ª Região Militar e estocado no 8º BIS, ali aquartelado, para atender a movimentação de suas viaturas administrativas (fl. 191).

Não obstante a existência daquela reserva, o HguT recebeu nos já citados anos, respectivamente, R$ 29.040,00 (vinte e nove mil e quarenta reais) e R$ 34.560,00 (trinta e quatro mil quinhentos e sessenta reais) para aquisição de combustível além do armazenado no 8° BIS (fl. 184/187).

Na investigação realizada através das Auditorias Especiais, vê-se que o combustível foi empenhado e pago, entretanto o Hospital não conseguiu apresentar os documentos comprobatórios do recebimento e nem da utilização de 1.033 litros de gasolina e de 13.886 litros de óleo diesel no ano de 2005 e 7.068 litros de óleo diesel em 2006, resultando em prejuízo ao Erário, no valor de R$ 42.696,15 (quarenta e dois mil seiscentos e noventa e seis reais e quinze centavos) (fl. 204).

Vale ressaltar que os Peritos das Auditorias Especiais, ao solicitarem aos Responsáveis pelo Bem Público a documentação comprobatória dos itens acima referidos, com o escopo de verificação do destino do combustível, estes não atenderam ao pedido, não ficando comprovado o destino do material, asseverando-se dessa maneira o evidente desmando, a falta de zelo e o descaso com a coisa pública, dado que o combustível desapare-

ceu e seus responsáveis não souberam explicar o seu destino, restando apenas o prejuízo ao Erário, como já dito (fl. 382).

À época dos fatos, o então Ten Cel ***Antonio Sergio de Andrade*** *– OD da Unidade – tinha sob sua responsabilidade os atos e fatos administrativos do Hospital. Cabia a ele supervisionar a legalidade das ações que ali ocorriam, sobretudo os que resultavam no recebimento de bens, numerário, realização de despesas, bem como exercer a fiscalização direta sobre a escrituração financeira patrimonial, o que não ocorreu, permitindo o desvio do combustível e o respectivo prejuízo ao Erário (fls. 203/ 204).*

O Maj ***Paulo Guilherme Ribeiro Fernandes*** *e Maj* ***Eugen de Almeida Wolff,*** *na condição de Fiscais Administrativos nos anos de 2005 e 2006, eram auxiliadores do OD e eventualmente seus substitutos e, como tal, tinham entre outras atribuições a fiscalização da legalidade dos atos que resultassem no recebimento de numerário, realização de despesas, nascimento ou extinção de direitos e obrigações, conferência de numerários, valores e outros bens e ainda autorizar os pedidos de gêneros aos fornecedores habilitados, e não o fizeram motivando, sobremaneira, a facilitação do desvio da coisa pública causando prejuízo ao Erário (fls. 203/ 204).*

E mais, ao Cap ***Marcelo Augusto Belizário de Andrade*** *e ao ex-Ten* ***João Bosco Biase de Oliveira****, Almoxarifes da Unidade, em 2005 e 2006, cabia a comprovação do recebimento e aplicação do combustível adquirido, também não souberam explicar o destino do combustível aos Peritos das Auditorias e nem comprovaram sua aplicação (fls. 196/198 e 203/204), concorrendo efetivamente para o desvio do bem público.*

Como se constatou, o Hospital adquiriu mediante licitações de diversas modalidades ou dispensa de licitação 20.954 litros de combustível cuja aplicação não foi possível comprovar, uma vez que não foram encontrados os registros ou os comprovantes de seu emprego (fls.201/204).

Vale ressaltar que os danos levantados ocorreram porque o primeiro Denunciado ordenou o pagamento das despesas, sem que o material tivesse sido recebido, tendo ficado supostamente estocado em estabelecimento que não possuía infraestrutura para o seu armazenamento. E também porque o 2º e 3º Denunciados não mantiveram o devido controle patrimonial

do combustível nos anos citados, concorrendo decisivamente para a existência do prejuízo (fls. 203/ 204).

E por fim, destaca-se que os 4º e 5º Denunciados atestaram o recebimento do material inexistente, permitindo a ocorrência do dano levantado e confirmado pelas Auditorias (fls. 2003/2004).

São evidentes a violação do dever funcional e o dano patrimonial que macularam o interesse da Administração Pública pelos Acusados.

Sem dúvida que o bem desviado deu-se pela falta de zelo à probidade e fidelidade dos militares Agentes Administrativos.

A coisa pública foi desencaminhada de suas finalidades. Ninguém sabe, ninguém viu, e nem tiveram como comprovar. Entretanto, patente está o prejuízo ao Erário.

Ante o exposto, protesta o Ministério Público Militar pelo recebimento da presente Denúncia contra: Cel ***ANTÔNIO SÉRGIO DE ANDRADE;*** *Ten Cel* ***PAULO GUILHERME RIBEIRO FERNANDES****; Ten Cel* ***EUGEN DE ALMEIDA WOLFF;*** *Maj* ***MARCELO AUGUSTO BELIZÁRIO;*** *e o civil* ***JOÃO BOSCO BIASE DE OLIVEIRA****, como incursos nas penas do artigo 303 c/c o art. 53 do Código Penal Militar, requerendo a citação dos mesmos para se verem processar e julgar, sob pena de revelia, observando-se as formalidades legais e oitiva das testemunhas, abaixo arroladas.*

Testemunhas:

1 - 3º Sgt ***Edivaldo Paulo da Silva****, serve no Hospital de Tabatinga HGuT;*

2 - 1º Ten QAO ***Oanes Lima Oliveira****, serve na 12ª/CFEx;*

3 - Civil ***Edilson Gurgel Filho****, proprietário da Firma 'Auto-peças Tabatinga' (depoimento constante no IPM 100/2008, fls. 344/345).*

Manaus, 24 de julho de 2012.

Maria de Nazaré Guimarães de Moraes

Procuradora de Justiça Militar".

Os requisitos formais da denúncia estão previstos no art. 77 do CPPM, que dispõe, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Art. 77. A denúncia conterá:

a) A designação do juiz a que se dirigir;

b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimento pelos quais possa ser qualificado;

c) o tempo e o lugar do crime;

d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível;

e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias;

f) as razões de convicção ou presunção da delinquência;

g) a classificação do crime;

h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação".

Como tem reiteradamente afirmado, na exposição do fato criminoso, a denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme magistério doutrinário, a saber:

a) Quem praticou o delito (quis)?

b) Que meios ou instrumentos empregou? (quibus auxiliis)?

c) Que malefício, ou perigo de dano, produziu o injusto (quid)?

d) Que motivos o determinaram à prática (cur)?

e) Por que maneira praticou o injusto (quomodo)?

f) Em que lugar o praticou (ubi)?

g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?

O prévio conhecimento da imputação dirigida contra o acusado é pressuposto inarredável do exercício da ampla defesa, garantia de direito fundamental expressa no inc. LV do art. 5º da CF[59].

Sendo assim, a denúncia recebida é inepta em razão dos seguintes fatos:

I) de forma indefinida, relaciona o suposto crime de peculato aos anos de 2005 e 2006 em que o paciente era responsável pela fiscalização

[59] Cf. STJ HC 75441/PB.

da legalidade dos atos que resultassem no recebimento de numerário, realização de despesas, nascimento ou extinção de direitos e obrigações, conferência de numerários, valores e outros bens e de autorizar os pedidos de gêneros aos fornecedores habilitados, no Hospital de Guarnição de Tabatinga/AM, sem precisar em que data sua ação ou omissão teria sido consumada;

II) não esclarece de que forma teria se dado a participação de cada um dos denunciados, nem o liame subjetivo entre eles;

III) e não expõe o fato criminoso de forma clara, aliás, nem como conduta criminosa, em si, haja vista que não esclarece, indene de dúvidas, como se teria dado o desvio ou subtração da *res* pública, nem quem teria se locupletado com o prejuízo, nem, muito menos, se o acusado teria agido com dolo ou culpa, em nítida responsabilização criminal objetiva, em razão de a administração não haver oferecido os documentos comprobatórios do uso do combustível aos Auditores do Exército.

Ressalte-se que não apenas este Relator, mas o próprio *Custos Legis*, na figura do ilustre parecerista que opinou no feito, que como ninguém tem subsídios para tecer considerações a respeito de um colega de instituição, tem o mesmo entendimento quanto à inépcia da peça pórtico-acusatória. Passo a transcrever trecho do parecer, que utilizo como razão adicional de decidir:

> *"(...) A denúncia contém os seguintes problemas: o comportamento negativo atribuído aos pacientes, na verdade, está descrito em forma de autoria colateral e não em codelinquência. Caso se trate de autoria colateral, de fato, é correto falar-se em denúncia genérica, pois não está descrita na inicial a contribuição isolada de cada um para o desvio, nem em que parte do prejuízo suportado pela administração militar. De outra banda, se o caso é realmente de coautoria, então como se deu o liame subjetivo? A denúncia não esclarece. Defender-se de autoria colateral é bem diferente de defender-se de codelinquência. Neste último caso, qualquer parcela de comportamento autoriza, pela teoria monista, a responsabilização no mesmo crime, em face do prejuízo total à administração decorrente do evento – o desvio de combustível.*
>
> *Ainda quanto à tipicidade objetiva, a denúncia não esclarece se o desvio foi perpretado em benefício dos autores/coautores ou de um terceiro. Tampouco, quanto a essa elementar, esclarece se a imputação seria alternativa. Quando o desvio se opera*

em proveito de terceiro, às vezes não se consegue identificá-lo, mas, ainda assim, é fundamental saber-se que o desvio não foi para os próprios agentes/omitentes. Admitimos a imputação alternativa, porém mesmo ela deve ser clara. Teria havido prova dessa parte da elementar no IPM? Impossível responder-se positivamente por não se ter conhecimento, nesse momento, de tudo que foi apurado no presente IPM. Mas é certo que existe deficiência da descrição fática quanto a essa elementar do tipo.

Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, a denúncia imputa ao paciente e aos demais denunciados a prática de peculato doloso em comissão por omissão. Bom, já vimos que não há descrição de liame subjetivo. Ademais, a descrição elaborada na exordial não é, definitivamente, referente a crime doloso e sim a crime culposo. Isso se conclui pelas expressões: asseverando-se dessa maneira o evidente desmando, a falta de zelo e o descaso com a coisa pública, dado que o combustível desapareceu e seis responsáveis não souberam explicar o seu destino, restando apenas o prejuízo ao Erário, como já dito (...).

Em outras passagens, a denúncia não aponta, rigorosamente, sequer crime culposo, pois trilha pela responsabilidade objetiva. Por exemplo: E também porque o 2º e 3º denunciados não mantiveram o devido controle patrimonial do combustível nos anos citados, concorrendo decisivamente para a existência do prejuízo (...). A coisa pública foi desencaminhada de suas finalidades. Ninguém sabe, ninguém viu, e nem tiveram como comprovar. Entretanto, patente está o prejuízo. A existência do prejuízo, sozinho, não autoriza a presumir-se a prática delitiva por omissão, pior ainda se extrai dessa informação dolo ou culpa. Nem mesmo em reparação civil, dentro dos preceitos da responsabilidade aquiliana, a descrição se prestaria a fundamentar a causa de pedir reparação do Estado contra os denunciados em face do prejuízo advindo do desvio noticiado.

Sem dúvida, a denúncia não permite uma defesa adequada nos moldes das exigências da Justiça Militar Federal. A denúncia deve ser o norte da futura sentença, e esse não é o caso da presente descrição da inicial (...)".

Assim, só por esses fatos, já estaria demonstrada a inépcia da inicial e, por conseguinte, o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente. Mas não é só.

A Constituição da República, por força do disposto no seu art. 93, inc. IX, impõe a análise da segunda tese explicitada na inicial, a falta de justa causa para a ação penal.

Desde já, deve ser esclarecido que é equivocado o entendimento no sentido de que não é lícito examinar prova na via do *Habeas Corpus*.

O que se tem entendido, e isso é uma criação doutrinária e jurisprudencial, é que no remédio heroico é indevido o exame "aprofundado" da prova.

Isso quer dizer que a prova documental deve vir pré-constituída, que não se admite instrução probatória, oitiva de testemunhas, valoração sob o crivo do contraditório. Mas impedir que, no *habeas corpus,* o Poder Judiciário analise os documentos trazidos aos autos é fazer letra morta à previsão do instituto como garantia constitucional do direito à liberdade de locomoção.

Nesse sentido, a lição de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em sua tese de doutorado sobre o tema, na qual cita votos dos Ministros Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal:

> *"O Ministro Pedro Chaves, ao examinar o tema, assim se manifestou: '(...) enquanto a justa causa for justificativa da permissibilidade do pedido de* habeas corpus*, sou obrigado a examinar provas. Não farei exame do contraditório, não abrirei instrução probatória no processo sumário do* habeas corpus*. Mas não posso julgar esse pedido sem examinar a prova produzida. Podendo ou devendo examinar a prova produzida, não sou obrigado a ter a mesma impressão que o juiz do processo. Posso aceitar a versão dada pelo juiz da sentença e posso dar outra versão completamente diferente das mesmíssimas provas produzidas. Mas deixar de examinar provas, não posso, sob pena de não poder dar o meu voto'.*
>
> *O mesmo pensamento foi esposado pelo Ministro Victor Nunes Leal:*
>
> *'Não há, Sr. Presidente, um desvio do Supremo Tribunal na sua antiga orientação de não examinar prova em* habeas corpus*. O Supremo Tribunal não examina prova no sentido de que não as submete a uma reapreciação subjetiva. É isso, somente isto, que estamos impedidos de fazer'.*
>
> *'Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se ba-*

seia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá habeas corpus *em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. E o nosso dever é fazer cumprir a Constituição'.*

Em síntese: fatos controvertidos, prova contraditória ou conflitante não se prestam ao reconhecimento da coação ilegal. Mas havendo demonstração inequívoca, nos autos, de que o fato não se aperfeiçoou ou de que o acusado não é seu autor, ou evidenciada, desde logo, a absoluta ausência do elemento subjetivo, ou a excludente de ilicitude, nada impede que, examinados os elementos colhidos na investigação, conclua-se que houve arbítrio ou abuso do direito de denunciar. Pelo menos parcela dos julgados examinados assim entendem"[60].

Assim, *data venia* o entendimento da ilustre parecerista, é plenamente possível a análise da justa causa na via estreita do *writ* e haver subsídios para o trancamento da ação penal por falta de justa causa, e que tal medida em nada afronta o disposto no art. 129, inciso I, da Constituição da República.

É que as investigações criminais preliminares, no caso o IPM, no Sistema Processual Penal do Estado Democrático de Direito, assumem dupla função, quais sejam, a de fornecer subsídios para a denúncia e de servir de filtros para que não se submetam os indivíduos ao constrangimento de sofrerem a estigmatização de responderem a uma Ação Penal infundada, em nítido desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, disserta Marta Saad, em importante monografia sobre o tema[61]:

"O processo penal, é sabido, constitui sanção negativa em si mesmo. Carregado de simbolismo, produz efeitos indeléveis em quem o sofre, mesmo que a ação penal ao fim termine em sentença penal absolutória. O indivíduo sofre e padece o processo penal.

Daí que, para acusar, deve-se ter prova, obtido por meio de uma apuração preparatória ou prévia à ação penal de natureza condenatória que demonstre, com alguma certeza, a exis-

---

[60] *Justa causa para a ação penal, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 285.

[61] *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 22 a 24.

tência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e ao menos indícios de autoria, coautoria ou participação, sem esquecer os elementos de convicção quanto à provável culpabilidade do indiciado.

Há necessidade, enfim, de algum suporte probatório, anterior ao aforamento da ação penal de conhecimento de natureza condenatória. Consolida-se tal atividade na persecução, ou apuração prévia ou preliminar à instauração da persecução, ou apuração prévia importando a forma em que se substancie, que varia conforme o tempo e a organização judiciária, política, social e cultural de determinado Estado.

Sob esse primeiro aspecto mencionado, destaca-se a função preservadora da persecução inicial, com a finalidade de preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam, propiciando sólida 'base e elementos para a propositura e exercício da ação penal'.

Note-se que esse especial aspecto preservador da apuração preliminar foi ressaltado, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, como uma das razões da manutenção do inquérito policial em nossa sistemática processual penal: 'é ele [o inquérito policial] uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas'.

Mas não é só. Há, ainda, além da função preservadora da liberdade contra acusações infundadas, uma segunda função, dita preparatória, da persecução preliminar ou prévia.

Isso porque os vestígios do delito tendem a desaparecer, surgindo então a necessidade de mecanismo que acautele os meios de prova, às vezes inadiáveis ou instransponíveis, levando-os ao conhecimento do juiz e depois para o bojo de eventual ação penal, onde 'não poderiam colher certas provas, ou praticar certas diligências, se antes não houvesse atuada a polícia judiciária', daí a função acautelatória".

No mesmo diapasão, Aury Lopes Jr.:

> *"A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente"*[62].

Nessa esteira, a lei de ritos castrense explicita como requisitos materiais para que a denúncia seja apresentada *"a) prova de fato que, em tese, constitua crime"* e *"b) indícios de autoria"* (art. 30 do CPPM).

No presente caso, quanto ao paciente, não se vislumbram, nem um, nem outro, bastando ler o Relatório (fls. 245/246, apenso 2) e a Solução do IPM (fl. 248, apenso 2), que retratam fidedignamente o conteúdo probatório dos autos da investigação preliminar, *in verbis*:

I – O Relatório:

> *"(...) Os fatos, segundo o que resultou apurado nos autos, ocorreram da seguinte maneira: em trinta de agosto de dois mil e seis, o 3º Sgt EDVALDO PAULO DA SILVA, à época Cabo do Exército Brasileiro, compareceu à Procuradoria da República, na sala da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão (PRDC/AM) e denunciou, como objeto desta investigação, que os desvios se estendem também na compra de combustível, conforme consta nos autos do IPM 100/8 (fls. nº 019 e 020). Em dezesseis de junho de dois mil e seis, o militar foi ouvido em sindicância relacionada ao fato instaurada no HGuT, relatou a existência de vale combustível da empresa Autopeças Tabatinga (fl. nº 030); em sete de agosto de dois mil e oito, em oitiva do IPM nº 0000057-78.2008.7.12.0012 declarou que o combustível adquirido na empresa Autopeças Tabatinga era recebido de forma fracionada para utilização nas viaturas do HGuT.*
>
> *Em dezoito de maio de dois mil e nove, a Procuradoria da Justiça Militar em Manaus/AM requereu a realização de uma Tomada de Contas Especial (TCE) junto ao HGuT, para apurar supostas irregularidades administrativas em relação à aquisição de materiais em geral para o Hospital de Guarnição de Tabatin-*

---

[62] *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 272.

ga. O órgão de controle interno de Exército Brasileiro designado à realização desta tarefa foi a 12ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército (12ª ICEFEx).

A equipe encarregada da TCE apresentou, em seu Relatório de Auditoria Especial Complementar, que foram realizadas pesquisas no Sistema de Administração Financeira (SIAFI) para constatar as aquisições de combustível realizadas pelo HGuT, nos exercícios financeiros de 2005 e 2006. Desta análise, destacam-se e se individualizam as irregularidades observadas na tabela 13 – Irregularidades observadas e responsáveis (fls. 189 e 190); pois os demonstrativos documentais existentes de consumo e apropriação de combustível não fecham. Ressalta-se que o depoimento do então 1º Sargento Carlos Alberto Ferreira de Queiroz, ditado nas fls. 422 e 423 da Sindicância (fl. nº 125), relata que o combustível era adquirido em firmas da cidade, por meio de galões de 200 (duzentos) litros, desta forma, o combustível adquirido junto a Autopeças Tabatinga, nos anos de 2005 e 2006, não teve seu consumo comprovado por documento, conforme consta em fl. 132 do Relatório de Auditoria Especial Complementar, de treze de setembro de dois mil e onze.

Da análise dos depoimentos constantes dos autos, percebe-se que não foi respeitado pelo HGuT o princípio da Segregação de Função, pois o 1º Sargento Carlos ***Alberto*** *Ferreira de Queiroz realizava acumulativamente, as tarefas de: responsável pela Seção de Transporte do HGuT; membro da Comissão de Licitação do HGuT e elemento de contato do HGuT com a empresa Autopeças Tabatinga para recebimento de combustível, conforme consta no depoimento do proprietário da empresa na fl. 344 do IPM (fl. nº 115).*

Foi constatado no item 2.4.2. CONSTATAÇÕES (fl. nº 112) do Relatório de Auditoria Especial Complementar, datado de treze de setembro de dois mil e onze (fls. nº 098 a 236) que as aquisições de combustível conduzidas pelo HGuT, objeto do presente IPM, deixaram de observar os preceitos legais, no que diz respeito à adoção de modalidade de licitação, à segregação de funções e a inexistência de processos administrativos de aquisição, demonstrando favorecimento à empresa HGuT (...)".

II – A solução:

"(...) verifica-se que não houve indícios de crime, por inexistir materialidade e a consequente falta de indícios de autoria. Na esfera administrativa, verifica-se que há indícios de irregulari-

dades administrativas e dano ao Erário com responsabilidade Solidária, decorrentes da aquisição de combustível junto à empresa AUTOPEÇAS TABATINGA, nos anos de 2006 e 2007 (...)".

Poder-se-ia argumentar que não haveria prova do crime de peculato em razão de não estar demonstrado o desvio ou a subtração do dinheiro público, mas que se poderia estar diante do crime de inobservância de lei, regulamento ou instrução (art. 324 do CPM).

Entretanto, nem quanto ao crime do art. 324 do CPM poder-se-ia receber a denúncia. A uma, porque, diante da ocorrência dos fatos nos anos de 2005 e 2006, na pior das hipóteses de que o crime tenha ocorrido em 31 de dezembro de 2006, este já estaria alcançado pela prescrição da pena em abstrato.

A duas, porque, ao analisar as auditorias realizadas, deixam dúvidas, mesmo quanto ao dano de que trata o relatório do IPM, haja vista que o HGuT não possuía local para armazenamento do combustível, vejamos (apenso 2, fl. 126):

> *"(...) Cabe ressaltar, conforme já citado anteriormente, que o Hospital não possuía local para armazenamento de combustível o que obrigaria a receber o material de forma parcelada, em pequenas quantidades, utilizando galões para armazenamento, fato que acarretaria um risco à integridade de pessoas e de danos a instalações.*
>
> *Outra possibilidade seria a de que o material ficasse estocado na empresa contratada e à medida que fosse necessário abastecer uma viatura ou suprir o grupo gerador, aquela Organização Militar procederia a apanha em local previamente acertado. Contudo, a análise das tabelas 18 e 19 demonstra que houve registro patrimonial de consumo elevado nos meses seguintes ao pagamento das despesas, comparando-se com os meses anteriores, sem que houvesse uma justificativa para tal procedimento.*
>
> *Após analisar a movimentação patrimonial da Unidade registrada no SIAFI, percebeu-se que durante os seis primeiros meses do ano de 2005* ***não houve aquisição de combustível****, mas, principalmente, a OM apresenta em sua escrituração contábil* ***não ter havido consumo*** *de nenhum litro de combustível, situação pouco provável de ter ocorrido na prática, tendo em vista que dispunha das seguintes viaturas: Ambulância, S10, Fiat Uno, caminhão e kombi (...)".* (Grifos nossos).

Ou seja, há grande possibilidade de que o combustível tenha sido efetivamente entregue e utilizado nas viaturas da unidade, sem que tenha ocorrido efetivo dano ao erário.

Terceiro, os impetrantes fizeram juntar aos autos Acórdão do Tribunal de Contas da União no sentido da aprovação das contas daquela unidade nos exercícios de 2004 e 2005.

Não se trata, aqui, de se realizar julgamento antecipado da lide, coisa que, aliás, nem se cogita no ordenamento processual penal brasileiro. Trata-se de garantir ao cidadão que se aplique a lei, que determina um juízo de certeza maior quanto à "prova" da materialidade do crime no momento em que se apresenta uma denúncia.

A denúncia foi, por demais, precipitada e a investigação criminal deficiente. Como exemplo, serve o fato de sequer haver sido interrogados os acusados no IPM.

Afronta o espírito da Constituição deixar o cidadão a mercê de arbitrariedades do Estado acusação, sobretudo no meio militar, em que a honra e o decoro da classe se avultam como imprescindíveis ao exercício da profissão na caserna. No que diz respeito à condição de oficial do paciente, a situação é ainda mais delicada, haja vista que seus comandados dele esperam o exemplo.

Sendo assim, tendo em vista não haver princípios absolutos, mesmo no texto constitucional, impõe-se relativizar o disposto no art. 129, I, da Constituição da República, em favor da prevalência dos direitos humanos, do respeito à dignidade humana e da garantia do *due process of law*.

Nesse sentido, em sede de Habeas Corpus, esta Corte tem reiteradamente decidido:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. PECULATO. CAPITÃO VETERINÁRIO. DESVIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. DENÚNCIA. INÉPCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. Não é apta ao desencadeamento da persecução penal acusação genérica, que não expõe o fato delituoso de modo circunstanciado, tampouco individualiza a ação, em tese, ilícita. À ausência de justa causa somam-se as irregularidades formais de que padece a denúncia, por desatendimento aos requisitos do art. 77, alíneas 'e' e 'f', do CPPM, sem apresentar, com robustez de argumentos, as 'razões de convicção ou presunção de delinquência'. Ordem concedida, por unanimidade"* (HC nº 0000142-

94.2012.7.00.0000/AM, Min. Rel. Ten Brig Ar José Américo dos Santos, j. 16/10/2012, DJE 29/10/2012).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PECULATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. Oficial co-denunciado como incurso no art. 303 do CPM. Denúncia Inepta. Ausentes os requisitos do art. 77 do CPPM. Trancamento da ação penal militar em relação ao paciente. Falta de Justa Causa para o seu prosseguimento. Possibilidade de apresentação de nova denúncia ou aditamento. Necessidade. Surgimento de novas provas. Ordem concedida. Decisão unânime" (HC nº 0000049-34.2012.7.00.0000/DF, Min. Rel. Carlos Alberto Marques Soares, j. 8/5/2012, DJE. 28/5/2012).

Mas é em um aresto de um Recurso em Sentido Estrito que concluo meu voto:

"RECURSO CRIMINAL. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. O Inquérito Policial Militar, como fase de investigação preliminar, ao mesmo tempo que tem a função de colher elementos de convicção para embasar a ação penal, tem função de garantia, a fim de que não sejam impostos os efeitos estigmatizantes da persecutio criminis in judicio *ao indivíduo, em razão de acusações infundadas. O juiz, ao analisar se recebe, ou não, a denúncia, deve fazer um juízo de probabilidade quanto aos elementos de convicção colhidos no inquérito policial, não se contentando com a mera 'descrição', de fato que, em tese, constitua crime na inicial acusatória, mas com 'prova' de fato que, em tese, constitua crime. Capitão de Mar e Guerra FN, Capitão de Fragata FN e Capitão Tenente FN denunciados pelas condutas previstas nos arts. 324 e 312 do CPM, por haver, supostamente, desrespeitado princípios e regras da Lei de Licitações. Ausência de prova idônea do dano à administração militar, a respaldar a ação penal, haja vista que o* Parquet *das armas fundou-se apenas em perícia elaborada por técnico de seus próprios quadros, em detrimento da perícia elaborada no Inquérito Policial Militar e de Acórdão do Tribunal de Contas da União, que atestam a inocorrência do dano indispensável à tipicidade. Insubsistência da acusação por falsidade ideológica haja vista que a emissão de votos fiscais falsos só poderia ser imputada à empresa prestadora de serviços e, pelo princípio do* nemo

> tenetur detegere*, o cidadão investigado não tem obrigação de prestar informações verídicas ao Ministério Público Militar. Recurso improvido por maioria"* (RSE nº 0000054-56.2008.7.11.0011 (2009.01.007693-5) UF: DF, Min. Rel. Marcos Augusto Leal de Azevedo, j. 4/3/2010, DJE 28/5/2012).

Por fim, esclareço que a concessão da presente ordem não impede que se reabra a investigação criminal no caso da descoberta de novas provas.

Isso posto, voto para conceder a presente ordem de *habeas corpus* ao paciente PAULO GUILHERME RIBEIRO FERNANDES, para trancar a ação penal nº101-58.2012.7.12.0012 por falta de justa causa, estendendo-a aos demais denunciados, com fulcro no disposto no art. 467, "c", do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conceder a ordem de *habeas corpus* ao Paciente Ten Cel Ex Paulo Guilherme Ribeiro Fernandes, para trancar a Ação Penal Militar nº 101.58.2012.7.12.0012 por falta de justa causa, com fulcro no art. 467, alínea "c", do CPPM, e, consoante o art. 515 do mesmo Código, em estender seus efeitos aos demais denunciados.

Brasília, 21 de março de 2013 – Alte Esq Marcos Martins Torres, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 45-60.2013.7.00.0000-RJ

Relatora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Paciente – Ilton Damião Barbosa Alexandre, Sd Aer, sentenciado pelo Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, nos autos da Ação Penal Militar nº 2-28.2011.7.01.0401, à pena de 3 meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto, Sentença esta mantida por Acórdão desta Corte, de 1º/2/2013, em Apelação de mesmo número, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte da MMª Juíza-Auditora do citado Juízo, impetra o presente *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, a suspensão dos efeitos do trânsito em julgado da r. sentença condenatória, até decisão final deste *writ*. No mérito, pede que seja decretada a nulidade dos atos processuais praticados desde a data em que foi dissolvido o Conselho Permanente de Justiça que iniciou a instrução criminal.

Impetrante – Dr. Marcelo da Silva Trovão.

EMENTA

HABEAS CORPUS. *PREVISÃO DE RECURSO CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO À REVISÃO CRIMINAL. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL PARA PRIVILEGIAR O SISTEMA RECURSAL VIGENTE. ANÁLISE DE OFÍCIO. CONSELHOS DE JUSTIÇA. OBSERVÂNCIA DO POSTULADO DO JUIZ NATURAL EM TODAS AS SUAS ACEPÇÕES. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INCIDÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. EXCEÇÕES LEGALMENTE PREVISTAS. LOJM. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. A majoritária jurisprudência evoluiu no sentido de restringir as hipóteses de cabimento do* habeas corpus*, a fim de privilegiar o sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo desnecessário. Na espécie, o* writ *foi manejado como sucedâneo da revisão criminal, não merecendo ser conhecido. No caso de* habeas corpus *substitutivo de revisão criminal, entretanto, ao Tribunal competente cumpre analisá-lo para aferir a ocorrência de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que*

implique ameaça à liberdade de locomoção do paciente ou nulidade absoluta do decreto condenatório, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Concernente às garantias dos julgadores militares, cediço que, muito embora não as detenham tal qual os magistrados de carreira, dispõem eles de outras que lhes conferem a devida neutralidade nos julgamentos submetidos aos Conselhos de Justiça, assegurando-lhes a indispensável imparcialidade. A garantia do juiz natural não compreende, em nenhuma de suas acepções, a identidade física do juiz, que somente passou a vigorar no processo penal comum a partir do advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o art. 399 do CPP. O princípio da identidade física do juiz também se aplica no âmbito da Justiça Castrense, à vista do disposto no art. 3º, alínea a, do CPPM. Isso porque o aludido postulado foi inserido no ordenamento jurídico para homenagear princípios maiores, quais sejam, a oralidade e a imediatidade; sendo relevante a consequência para o aprimoramento da jurisdição, uma vez que o magistrado que participou presencialmente da instrução probatória decidirá o processo. Não obstante, se até mesmo a integração analógica da processualística cível é invocada para excepcionar a identidade física do juiz no processo penal, mais acertada é a ressalva regulada em lei de organização judiciária, mormente a elaborada para ser aplicada à Justiça Militar da União, qual seja, o art. 24 da LOJM, que afasta parcialmente o postulado invocado no que tange aos Conselhos Permanentes de Justiça, prevendo que os Juízes Militares ali sorteados somente funcionarão pelo período de três meses. Importante notar, entretanto, não ser o afastamento absoluto, porquanto, dentro do trimestre no qual os julgadores militares estiverem regularmente investidos na função judicante, o princípio incidirá normalmente, observadas, em todos os casos, as disposições do art. 132 do CPC e do art. 31 da LOJM. Inexistência de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, o que impossibilita a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. *Ordem não conhecida. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, nos termos do voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), não conheceu da Ordem.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral de Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 36ª Sessão, 15/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor do Sd Aer ILTON DAMIÃO BARBOSA ALEXANDRE, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, que o condenou, nos autos da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, à pena de 3 meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, com o regime prisional inicialmente aberto e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, requerendo, liminarmente, a suspensão dos efeitos do trânsito em julgado da Sentença condenatória e, no mérito, a concessão definitiva da ordem para declarar a nulidade dos atos processuais do aludido feito a partir da dissolução do 1º Conselho Permanente de Justiça.

Narra o impetrante ter existido violação aos princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz a partir da dissolução do 1º Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, órgão que deu início à instrução processual penal militar; pugnando, dessa forma, pela nulidade do feito desde aquele instante processual.

Alegou que tais princípios somente poderiam ser afastados nos casos de férias ou remoção do julgador, restando não recepcionada, pela Carta Magna, a previsão de substituição trimestral dos Conselhos Permanentes de Justiça.

No que tange à demonstração do prejuízo para a decretação da nulidade, sustentou o impetrante restar ele patente uma vez que o paciente não foi julgado pelo juiz natural, *ex vi* da aplicação, por analogia, do art. 399, § 2º, do CPP.

A petição não veio instruída com prova documental, exceto por cópia de informação processual de Procedimento Ordinário da 2ª Auditoria da 1ª CJM, que não diz respeito à pessoa do paciente.

Solicitadas informações à autoridade coatora (fl. 9) em 12/3/2013, por meio do Ofício nº 114/SEJUD/SEDIL (fl. 11), o Juiz-Auditor Substituto

daquela circunscrição consignou ter sido autuado, em 6/3/2012, processo de execução, em virtude da condenação do réu à pena de 3 meses de detenção, com a concessão do benefício do *sursis*.

Aduziu ter sido realizada audiência admonitória em 12/3/2012, sendo que o paciente comparece trimestralmente ao Juízo, cumprindo devidamente as obrigações a ele estipuladas (fls. 14/15).

Em *Decisum* de fls. 26/29, indeferi a liminar pleiteada, sob a fundamentação de que, muito embora a condenação ainda não houvesse transitado em julgado no momento da impetração, o art. 533 do CPPM prescreve como ressalva do efeito suspensivo da Apelação, entre outros, o início do cumprimento da sanção pela suspensão condicional da pena, por importar em benefício ao sentenciado.

Desse modo, à luz da condição de especialidade do Código Processual Penal Castrense, não se aplicaria o art. 160 da Lei de Execução Penal, porquanto o sentenciado possui o *status* de militar e não de civil.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Dra. Arilma Cunha da Silva (fls. 39/44), manifestou-se pelo conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem, à vista da inexistência de afronta aos princípios arguidos pela defesa.

Em 3/4/2013, o impetrante protocolou a petição de n° 027057/13, na qual pugnou pela reconsideração do *Decisum* monocrático de fls. 26/29, que indeferiu o pedido liminar formulado no presente *Habeas*. Na mesma assentada, requereu a juntada de documentos, instruindo devidamente o feito (fls. 48/125).

Em nova decisão interlocutória, não reconsiderei o indeferimento liminar ante a inexistência de manifesta ilegalidade ou constrangimento indevido, bem como não recebi o pedido como Agravo Regimental, porquanto cediço ser incabível tal espécie recursal contra decisão de relator que indefere liminar em sede de remédio heroico (fls. 127/129).

Dada nova vista dos autos ao *Parquet Milicien* e à Defensoria Pública da União, ambos tomaram ciência da nova documentação juntada pelo impetrante.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em novo Parecer da lavra do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 133/136), retificou o anteriormente oferecido pela Dra. Arilma Cunha da Silva, manifestando-se pelo não conhecimento do *writ*. No mérito, contudo, acompanhou-a para denegar a ordem.

Por seu turno, a DPU pugnou pela desnecessidade de sua intimação dos atos processuais, porquanto o impetrante não formulou pedido nesse sentido, além de alegar se tratar de advogado (fls. 140/141).

O pleito foi indeferido, pois houve expressamente o requerimento de intimação daquele órgão para todos os atos processuais, bem como em razão de o impetrante não ser advogado constituído pelo paciente, mas defensor dativo com escritório profissional localizado em outra unidade da federação (fls. 143/144).

Em consequência, deu-se nova ciência do processo à Assistência Judiciária Federal.

O *writ* foi inserido em mesa para julgamento no dia 8/5/2013, ciente o impetrante na qualidade de defensor dativo e a Defensoria Pública da União (fls. 147 e 149).

É o relatório.

VOTO

Em Parecer da lavra do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar pronunciou-se pelo não conhecimento da ordem, porque, transitado em julgado Acórdão confirmatório de Sentença nos autos da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, careceria este Tribunal de competência para o julgar o *writ*. *Vide*:

> *"Portanto, ao impugnar suposta nulidade ocorrida no julgado da ação penal – tese em nenhum momento alegada anteriormente, em verdade, o Impetrante está a impugnar o v. Acórdão desse Egrégio Tribunal, uma vez que a Sentença recorrida foi mantida por unanimidade de votos. Ou seja, a impugnação se dirige contra o Acórdão. E, sendo assim, falta-lhe competência, pois, ao manter íntegra a ação penal originada no primeiro grau, essa Egrégia Corte deu-lhe o aval de completa legalidade.*
>
> *Ora, se o objetivo da impetração é anular a ação penal conservada íntegra no julgamento do Recurso de Apelação, pode-se afirmar que a impetração pretende, ao final, desconstituir o v. Acórdão na Apelação n. 2-28.2011.7.01.0401/RJ, julgada na 1ª Sessão de Julgamento de 2013 – 1° de fevereiro deste ano. A nosso sentir, há fundamento suficiente para não conhecer o pedido."*.

De fato, o pleito não merece conhecimento, mas não por falência de competência desta Corte, e sim por impetração da ordem em substituição à ação de revisão criminal.

De início, esclareça-se que o paciente foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, no bojo da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, à pena de 3 meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, com o regime prisional inicialmente aberto e o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos.

Contra tal *Decisum*, interpôs o devido recurso, dando ensejo à Apelação n° 2-28.2011.7.01.0401, julgada, em 1°/2/2013, por este Plenário, nos termos do voto do ilustre Relator Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, que negou provimento à insurgência defensiva, a teor do Acórdão publicado no DJe de 15/2/2013, disponível no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar e, posteriormente, juntado aos autos pelo impetrante.

Da referida decisão colegiada, a Procuradoria-Geral de Justiça Militar e a Defesa foram intimadas, respectivamente, em 15/2/2013 e em 7/3/2013.

Trânsito em julgado no dia 25/3/2013.

Consoante relatado, *a posteriori*, impetrou-se o presente *habeas* para requer a nulidade dos atos processuais da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, a partir da dissolução do 1º Conselho Permanente de Justiça, órgão que deu início à instrução processual penal militar, por restar patente o prejuízo ao paciente de não ser julgado pelo juiz natural, *ex vi* da aplicação, por analogia, do art. 399, § 2º, do CPP.

Muito embora ainda transcorresse o prazo legal quando da impetração (11/3/2013), o autor, ao pugnar pela nulidade aludida, pleiteou, na verdade, o desfazimento da coisa julgada, à vista da *res judicata*.

Tanto é que expressamente requereu, em sede liminar, a suspensão dos *"efeitos do trânsito em julgado da r. sentença condenatória até o julgamento de mérito do presente* Writ*"*.

Com efeito, o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal dispõe que *"conceder-se-á* habeas corpus *sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"*.

Por outro lado, o art. 102, incisos I, alínea *j*, e III, da Carta Magna prevê a competência originária do Supremo Tribunal Federal para os julgamentos da revisão criminal de suas decisões e do recurso extraordinário nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Lei Maior.

Concernente à revisão criminal, igual competência foi expressamente deferida ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, e, implicitamente, também o foi aos demais Tribunais com jurisdição penal.

Destarte, quando houver recurso constitucionalmente estabelecido, o *habeas corpus*, em regra, não tem o condão de substituí-lo, de forma que será inadequado impetrá-lo no lugar do recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso especial e da revisão criminal.

A majoritária jurisprudência evoluiu no sentido de restringir as hipóteses de cabimento deste remédio, a fim de privilegiar o sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo desnecessário.

Confiram-se decisões da Suprema Corte:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II,* A. *CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES FIXADAS. CONVERSÃO DAS PENAS RESTRITIVAS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE E ALTERAÇÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO.* ***1. O* habeas corpus *tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhada, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo* habeas corpus *em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.*** *(...) 4.* Habeas corpus *extinto sem resolução do mérito."* (HC n° 111904, Relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 25/4/2013) (grifo nosso).

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. ARTIGO 102, INCISO II, ALÍNEA* A*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AO CASO CONCRETO. PRECEDENTE DA PRIMEIRA*

TURMA. FLEXIBILIZAÇÃO CIRCUNSCRITA ÀS HIPÓTESES DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. WRIT *EXTINTO.* ***1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do*** **habeas corpus** ***que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. 2. Nada impede, entretanto, que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do*** **habeas corpus** ***como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos. 3.*** **Habeas corpus** ***extinto, por inadequação da via processual eleita."*** (HC n° 113209, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 15/4/2013) (grifo nosso).

Igualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO E EXTORSÃO. CONDENAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE CRIME ÚNICO. EXAME DAS PROVAS. VEDAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. DELITOS CONSUMADOS. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. EXTORSÃO. CRIME FORMAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.* ***1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do*** **habeas corpus***, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e em louvor à lógica do sistema recursal.* **In casu***, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. (...) 6.* Writ *não conhecido."* (HC n° 159349, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16/4/2013) (grifo nosso).

"EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LATROCÍNIO, SEGUIDO DE MORTE, E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA (ARTS. 157, § 3º, E 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO* WRIT. *PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO*

> *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE DENEGOU A ORDEM, PORQUANTO A MATÉRIA DEVERIA SER DISCUTIDA EM APELAÇÃO, JÁ INTERPOSTA E PENDENTE DE JULGAMENTO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE* HABEAS CORPUS, *PARA DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, POR OFENSA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO E PELA OCORRÊNCIA DE* BIS IN IDEM. *MATÉRIAS NÃO ANALISADAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NO HABEAS CORPUS ALI IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, PELO STJ, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)* ***III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do*** **habeas corpus**, ***previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de*** **habeas corpus** ***substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido*** **habeas corpus**, ***de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V.*** **In casu**, ***contudo, não há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de*** **habeas corpus.** *XI.* Habeas corpus *não conhecido."* (HC n° 37501, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe de 16/4/2013) (grifo nosso).

Na espécie, o impetrante pretende desconstituir a coisa julgada nos autos da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, anulando-se o processo a partir da dissolução do Conselho Permanente que deu início à instrução criminal. Ora, tal insurgência, salvo hipóteses excepcionais, deveria ter sido pleiteada pela revisão criminal e não pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, o *writ* não poderá ser manejado como sucedâneo de ação própria, neste feito, a revisão criminal, sendo pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Leia-se desta Corte Castrense:

> *"EMENTA:* HABEAS CORPUS *IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO REVISIONAL, COM PEDIDO DE LIMINAR*

PARA SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DA REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE PARA COM O OFICIALATO Nº 2007.01.000056-3 E DA REVISÃO CRIMINAL Nº 2007.01.001321-7. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO, DESDE A SUA ORIGEM, FUNDADA NA SUSPEIÇÃO DE JUIZ-AUDITOR. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA JÁ ENFRENTADA E REFUTADA EM SEDE DE APELAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. I - Liminar Indeferida por ausência de fumus boni juris. ***II - É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o* Habeas Corpus *não pode ser utilizado como sucedâneo de Revisão Criminal*** *(HC Nº 91079/SP e RHC Nº 83625/RJ). (...) Ordem de* Habeas Corpus *Denegada. Decisão unânime."* (HC n° 27-15.2008.7.00.0000, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, DJe de 25/3/2009) (grifo nosso).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *NULIDADE DO PROCESSO PARA APLICAÇÃO DE LEI PENAL MAIS BENIGNA. COISA JULGADA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO.* ***A sentença expressa a vontade do Estado, que tem o dever de exercer a função jurisdicional. Satisfeita a prestação jurisdicional e uma vez transitada em julgado a decisão, surge a coisa julgada como garantia de exequibilidade, representando a própria razão de existência do Poder Judiciário. Do contrário, haveria grande insegurança no meio social. Pouco importa cogitar sobre o acerto ou desacerto da sentença. Eventual discussão sobre esse aspecto somente seria razoável por meio de revisão criminal.*** *Porém, não se admite o habeas corpus como sucedâneo da revisão criminal. (...) Preliminarmente, o Tribunal não conheceu do pedido. Decisão majoritária."* (HC n° 1998.01.033339-8, Relator Ministro Sérgio Xavier Ferolla, DJe de 25/6/1998) (grifo nosso).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *PLEITO OBJETIVANDO A NULIDADE DO PROCESSO PARA APLICAÇÃO DE LEI MAIS FAVORÁVEL. COISA JULGADA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO.* ***A sentença expressa a vontade do Estado, que tem o dever de exercer a função jurisdicional. Satisfeita a prestação jurisdicional e uma vez transitada em julgado a decisão, surge a coisa julgada como garantia de exequibilidade, representando a própria razão de existência do Poder Judiciário. Do contrário, haveria grande insegurança no meio social. Não há como cogitar sobre o acerto ou desacerto da senten-***

ça por meio do presente remédio constitucional. Eventual discussão sobre esse aspecto, inclusive a aplicação de lei mais benigna, somente seria razoável por intermédio de revisão criminal. Porém, não sendo admissível o habeas corpus como sucedâneo da revisão criminal, a solução que se impõe é o não conhecimento. *(...) Pedido não conhecido, preliminarmente. Unânime."* (HC n° 1998.01.033332-0, Relator Ministro Antonio Carlos de Nogueira, DJe de 12/6/1998) (grifo nosso).

Do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO E ESTELIONATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. REVISÃO DA PENA EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. ALCANCE. EXPRESSÃO ECONÔMICA DO PREJUÍZO IMPOSTO À VÍTIMA. RELEVÂNCIA. VÍNCULO PROFISSIONAL ENTRE OS ENVOLVIDOS. AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.* ***1. O Supremo Tribunal consolidou o entendimento no sentido de não ser o habeas corpus substitutivo da revisão criminal, pelo que, não havendo manifesta ilegalidade ou teratologia na definição da pena, é inviável o reexame dos elementos de convicção essenciais ao estabelecimento da sanção penal, cuja atividade depende da concreta avaliação das circunstâncias do fato.*** *(...) 6. Ordem denegada."* (HC n° 109596, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 21/3/2013) (grifo nosso).

"HABEAS CORPUS. *CRIME MILITAR. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. ART. 311 CPM. EXTINÇÃO DA PENA PELO SEU CUMPRIMENTO. SÚMULA 695/STF.* HABEAS CORPUS *COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIADE. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. (...)* ***4. Não se deve admitir o manejo do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, salvo, a título excepcional, quando houver flagrante nulidade do processo, da sentença ou do acórdão em que se reconheceu tratar-se de hipótese de condenação.*** *(...) 6. Ante o exposto, não conheço do presente* writ*."* (HC n° 96440, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 6/2/2009) (grifo nosso).

E, alfim, do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. DESNECESSIDADE EM SEGUNDO GRAU. NÃO OBRIGATORIEDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELO DEFENSOR. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.* ***1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o*** **habeas corpus** ***substitutivo de revisão criminal. 2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição à revisão criminal. Precedentes.*** *(...) 5.* Writ *não conhecido."* (HC n° 260397, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora Convocada Do TJ/PE –, DJe de 26/3/2013) (grifo nosso).

"EMENTA: HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. DEFESA PRÉVIA. FALTA DE INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. QUALIFICADORAS. PRETENDIDA EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.* ***1. É imperiosa a necessidade de racionalização do*** **habeas corpus,** ***a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. 2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. 3. Consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, não se deve admitir o manejo do*** **habeas corpus** ***como substitutivo de revisão criminal, salvo, a título excepcional, quando houver flagrante nulidade do processo, da sentença ou do acór-***

> ***dão em que se reconheceu tratar-se de hipótese de condenação (HC n. 96.440/SP, Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 6/2/2009), o que não se verifica na espécie dos autos.*** *(...) 6. Habeas corpus não conhecido."* (HC n° 143140, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 11/12/2012) (grifo nosso).

Ademais, diante de sentença condenatória operada em julgado, o *habeas* só terá lugar quando o paciente estiver preso ou em caso de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, cabendo a revisão criminal nas demais hipóteses de impugnação da *res judicata*.

A propósito, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) quando o processo for manifestamente nulo (inciso VI), já que nesse estado não deve ser considerado apto a produzir qualquer efeito negativo ao réu ou condenado. Logicamente, somente se utiliza o habeas corpus, em lugar da revisão criminal, no caso de processo findo, quando houver prisão ou quando a situação for teratológica, passível de verificação nítida pelas provas apresentadas com a impetração."*.

Nestes autos, o paciente beneficiado pelo *sursis* comparece trimestralmente ao juízo *a quo*, cumpre as obrigações estipuladas em audiência admonitória – a teor das informações de fls. 18/19 –, não estando encarcerado nem ameaçado de sê-lo por flagrante ilegalidade ou abuso de poder, consoante abaixo se analisará.

No tocante à manifestação ministerial no sentido de faltar competência a esta Corte Militar – por ser objeto da impetração a anulação de ação penal decidida à unanimidade –, entendo que eventual impetração da ordem, se cabível fosse, diretamente ao Supremo Tribunal Federal, configuraria indevida supressão de instância.

Não obstante o STM tenha julgado a Apelação da Defesa, negando-lhe provimento para manter incólume o *Decisum a quo*, o recurso é dotado de efeito devolutivo, de maneira que caberia à parte sucumbente submeter seu inconformismo à superior instância, fazendo valer o duplo grau de jurisdição.

Aqui, o impetrante não instou o Tribunal, no julgamento da Apelação, a pronunciar-se sobre a matéria ora levantada, de modo que eventual impetração diretamente no Excelso Pretório configuraria indevida supressão de instância, pois o enfrentamento da questão, pela primeira vez, dar-se-ia no STF.

Confiram-se os seguintes precedentes:

"EMENTA: HABEAS CORPUS - *JUSTIÇA ELEITORAL - PRETENDIDA ANULAÇÃO DE PROCESSO-CRIME - ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - JUIZ TITULAR IMPEDIDO – ATUAÇÃO DE JUIZ SUBSTITUTO DESIGNADO PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - VITALICIEDADE AINDA NÃO ADQUIRIDA - COMPETÊNCIA PRESERVADA - REGULAR EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO ELEITORAL - APLICABILIDADE DO ART. 22, § 2º, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN) - ALEGAÇÕES DE PRESCRIÇÃO PENAL, DE DECURSO DO PERÍODO DE PROVA DE* SURSIS *E DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO - QUESTÕES NÃO ABRANGIDAS PELO ATO IMPUGNADO - INCOGNOSCIBILIDADE - PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. IMPETRAÇÃO DE* HABEAS CORPUS *COM APOIO EM FUNDAMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO* WRIT *CONSTITUCIONAL. - **Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional do*** **habeas corpus*****, quando impetrado com suporte em fundamentos que não foram examinados pelo Tribunal apontado como coator. Se se revelasse lícito ao impetrante agir*** **per saltum*****, registrar-se-ia indevida supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos de ordem processual.*** *(...)."* (**STF**: HC n° 79395, Relator Ministro Octavio Gallotti, Relator para Acórdão Ministro Celso De Mello, DJ de 1°/9/2006) (grifo nosso).

*"*HABEAS CORPUS *IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. 2. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE DEVIDA INSTRUÇÃO E DE PRÉVIA SUBMISSÃO À INSTÂNCIA DE ORIGEM. 3. NULIDADES PROCESSUAIS. DEFESA DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 523/STF E ART. 563 DO CPP. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 4. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REQUISITOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 5.*

> *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, RATIFICANDO-SE A LIMINAR, PARA CASSAR O DECRETO DE PRISÃO. (...) 2. Ainda que se mostre possível o exame das questões suscitadas indevidamente por meio de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a fim de se evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal,* ***é imprescindível que a impetração esteja devidamente instruída e que os temas tenham sido efetivamente submetidos ao crivo prévio das instâncias ordinárias. Não tendo sido todos os temas submetidos ao exame da Corte a quo, não é possível conhecer deles.*** *(...) 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando-se a liminar, para cassar o decreto de prisão, estendendo-se os efeitos da ordem ao corréu W G B."* (**STJ**: HC n° 226954, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/4/2013) (grifo nosso).

Convém frisar, entretanto, que, no *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal que não merece conhecimento, ao Tribunal competente cumpre analisá-lo para aferir a ocorrência de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça à liberdade de locomoção do paciente ou a nulidade absoluta do decreto condenatório, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Tal como explanado, passo à análise, de ofício, da ordem.

Como exposto, o impetrante pretende ver declarada a nulidade, inclusive com o desfazimento coisa julgada, da Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, a partir da dissolução do 1º Conselho Permanente de Justiça, órgão que iniciou a instrução processual, por flagrante prejuízo ao paciente que não foi por ele julgado, malferindo, por analogia, o art. 399, § 2º, do CPP.

Narra o causídico que *"a lei que prevê a criação e a dissolução dos Conselhos Permanentes de Justiça a cada 3 (três) meses não foi recepcionada"* pela atual Constituição, na medida em que afronta os postulados do juiz natural e da identidade física do juiz, que só poderiam ser afastados em períodos de férias ou por remoção.

Inicialmente, analiso a vulneração arguida quanto ao primeiro princípio.

Indubitável constituir-se o juiz natural numa das mais importantes garantias magnas, ao materializar a imprescindível vedação aos juízos ou tribunais de exceção.

Tal previsão, insculpida na Carta da República, não se restringe somente ao processo penal, abarca toda a atividade estatal no que respeita ao exercício da Jurisdição, mesmo em sede administrativa.

Sobre o tema, observa Eugênio Pacelli de Oliveira:

> *"O Direito brasileiro, adotando o princípio em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais."* [63].

Por igual, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco ensinam, *in verbis*:

> *"Um dos princípios essenciais do direito constitucional diz respeito ao postulado do juiz natural, que traz ínsita a proibição das Cortes ad hoc ou dos Tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII)."* [64].

Ora, a Lei Maior, ao instituir os órgãos constitutivos do Poder Judiciário, dotou-lhes da respectiva competência. À evidência, todos por ela arrolados, instituídos por norma de eficácia plena ou de eficácia limitada, não configuram foros de exceção, vez terem sido estabelecidos pelo Constituinte Originário.

Nesses termos, o tratamento peculiar regulado pela Lei de Organização Judiciária Militar aos Conselhos de Justiça, mormente no que concerne à sua composição, respalda-se na principiologia da positividade máxima, nomeadamente o art. 92, inciso VI, art. 122, inciso II, e art. 125, §§ 3º e 5º, da CF.

Certo é que a Justiça Castrense Federal, justamente por ser foro especial, não é disciplinada minuciosamente pela Grande Norma, tal como ocorre, por exemplo, com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.

Nesse compasso, o art. 122 da Carta da República prevê como órgãos da Justiça Militar da União: o Superior Tribunal Militar e os Tribu-

---

[63] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25.

[64] MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 544.

nais e Juízes Militares instituídos por lei. Outrossim, o art. 124, parágrafo único, da CF estabelece que: *"A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar"*.

Daí, a Carta da República somente tratou da composição do Superior Tribunal Militar, deixando por conta do legislador ordinário a instituição de tribunais e juízes militares, por se tratar de norma de eficácia limitada por princípio institutivo.

Nesse diapasão, a *Lex* Suprema, ao versar sobre as demais jurisdições especializadas, deixou a cargo de lei infraconstitucional a estruturação e a fixação de competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais (art. 121), bem assim a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício da Justiça do Trabalho (art. 113) e a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

In casu, com espeque nos dispositivos maiores, a Lei n° 8.457 de 1992 previu como órgãos da Justiça Militar Federal, em seu art. 1°, inciso III, os Conselhos de Justiça.

Tal previsão encontra-se em perfeita consonância com a Constituição Federal e longe está de afrontar o princípio do juiz natural.

Ademais, no âmbito da Justiça Militar Estadual, foi o próprio Poder Fundacional quem instituiu, expressamente, os Conselhos de Justiça. Com efeito, assim dispõe a redação originária do § 3º do art. 125 da CF:

> *"§ 3º - A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída,* ***em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça*** *e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes."* (grifo nosso).

Destarte, o próprio Constituinte genuíno, único dotado dos atributos fundamentais de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade, conferiu as características de juiz natural aos Conselhos de Justiça estaduais, o que, pelo princípio da decorrência, também se estende aos da União.

Ressalte-se, de igual modo, que o Poder Derivado incumbido de revisar, modificar e atualizar a obra constitucional, quando da reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional n° 45 de 2004), mante-

ve os Conselhos de Justiça como órgãos da Justiça Castrense dos entes federados, e investiu-os da necessária Jurisdição para julgar os crimes militares em geral. Somente restringiu-lhes a atuação no tocante aos delitos militares cometidos contra civis e nas ações judiciais contra atos disciplinares, os quais passaram à alçada do juiz de direito do juízo especializado (art. 125, § 3º, da CF).

Aprofundando o raciocínio, prevê a *Lex Magna* juízes outros investidos temporariamente na função julgadora: é o caso do tribunal do júri e dos juízes eleitorais.

Nesse último caso, referidos juízes, a teor do § 2° do art. 21 da CF, somente *"servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos"*, sendo nos tribunais eleitorais patente a ausência da garantia de vitaliciedade.

Tal como colocado, a previsão de julgadores temporários decorre do próprio texto maior, donde reside a legitimidade de ambos os juízos referidos, nos mesmos moldes dos Conselhos de Justiça.

Fato é que, quando a Constituição quis estender garantia privativa aos magistrados de carreira aos juízes temporários, o fez explicitamente, segundo a dicção do art. 121, § 1°, *in verbis*:

> *"Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável,* ***gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis****."* (grifo nosso).

Não se olvide da anterior disciplina constitucional dada à Justiça do Trabalho, integrada por juízes classistas temporários e, nem por isso, desprovidos do princípio do juiz natural na função julgadora que lhes fora atribuída pelo próprio Legislador Primogênito.

E, quando o Colégio da Soberania entendeu por bem suprimi-los, o fez expressamente, nos termos do art. 116, da CF ao dispor que a jurisdição nas Varas do Trabalho será exercida por juiz singular.

Portanto, os Conselhos de Justiça, órgãos decorrentes ou estabelecidos pela Lei Fundamental, observam o princípio em comento, não se constituindo em tribunais ou juízos de exceção.

Sob outro prisma, compreende-se por juiz natural aquele regularmente investido em função judicante, dotado das garantias inerentes a seu mister, e que soluciona conflitos de interesses baseado em regras gerais de competência vigentes ao tempo dos fatos.

A propósito, o magistério de Tourinho Filho:

> *"Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar.*[65]
>
> *No mesmo sentido Figueiredo Dias, ao salientar que o princípio do Juiz natural apresenta tríplice significado: 'a) põe em evidência o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) explicita um ponto de referência temporal: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo; c) pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente' (Direito Processual Penal, Coimbra, 1974, 1º v., p. 322)."* [66].

Igualmente, as lições de Guilherme de Souza Nucci:

> *"A preocupação maior desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, visto que, num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos materializem-se de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura."* [67].

Sua previsão destina-se a tornar efetiva a neutralidade da magistratura, impondo-se-lhe a obrigatória isenção frente às partes litigantes. Dele resulta a *"necessidade de que o sistema preveja e desenvolva fórmulas que permitam o afastamento, a exclusão ou a recusa do juiz que, por razões diversas, não possa oferecer a garantia de imparcialidade"* [68].

Nesse conspecto, o Código de Processo Penal Castrense e a Lei de Organização Judiciária Militar materializam o princípio do juiz natural

---

[65] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65.

[66] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

[67] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 85.

[68] MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. *Op. cit*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 545.

ao prescreverem regras acerca do impedimento e da suspeição dos magistrados, inclusive, dos juízes militares. Leiam-se:

Código de Processo Penal Militar:

"Art. 36. (...)

§ 1º Sempre que este Código se refere a juiz abrange, nesta denominação, quaisquer autoridades judiciárias, singulares ou colegiadas, no exercício das respectivas competências atributivas ou processuais.

§ 2º No exercício das suas atribuições, o juiz não deverá obediência senão, nos termos legais, à autoridade judiciária que lhe é superior.

Art. 37. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

a) como advogado ou defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito, tiver funcionado seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim até o terceiro grau inclusive;

b) ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

c) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

d) ele próprio ou seu cônjuge, ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, for parte ou diretamente interessado.

Parágrafo único. Serão considerados inexistentes os atos praticados por juiz impedido, nos termos deste artigo.

Art. 38. O juiz dar-se-á por suspeito e, se o não fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

a) se for amigo íntimo ou inimigo de qualquer delas;

b) se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, de um ou de outro, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

c) se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim até o segundo grau inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

d) se ele, seu cônjuge, ou parente, a que alude a alínea anterior, sustentar demanda contra qualquer das partes ou tiver sido procurador de qualquer delas;

e) se tiver dado parte oficial do crime;

f) se tiver aconselhado qualquer das partes;

g) se ele ou seu cônjuge for herdeiro presuntivo, donatário ou usufrutuário de bens ou empregador de qualquer das partes;

h) se for presidente, diretor ou administrador de sociedade interessada no processo;

i) se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes.".

Lei de Organização Judiciária Militar:

"Art. 31. Os juízes militares são substituídos em suas licenças, faltas e impedimentos, bem como nos afastamentos de sede por movimentação, que decorram de requisito de carreira, ou por outro motivo justificado e reconhecido pelo Superior Tribunal Militar como de relevante interesse para a administração militar. (Redação dada pela Lei nº 10.445, de 7.5.2002)".

Concernente às garantias dos juízes militares, cediço que muito embora não as detenham tal qual os magistrados de carreira, dispõem eles de outras que lhes conferem a devida neutralidade nos julgamentos submetidos aos Conselhos de Justiça, assegurando-lhes a indispensável imparcialidade.

Com efeito, detêm o pressuposto de jurisdição válida, porquanto lhes foram providas medidas assecuratórias para o exercício do mister jurídico. Por essa razão, a Lei n° 10.455 de 2002, ao alterar os arts. 18 e 31 da Lei de Organização Judiciária Militar, estendeu-lhes a vitaliciedade e a inamovibilidade.

Quanto à vitaliciedade, estatui o art. 18:

"Art. 18. Os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, ***com vitaliciedade assegurada****, recorrendo-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria se insuficientes os da sede e, se persistir a necessidade, excepcionalmente a oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar."* (grifo nosso).

Para além, o postulado retro referido decorre diretamente da Constituição Federal, *ex vi* de seu art. 142, § 3º, inciso VI.

A respeito da inamovibilidade, reza o art. 31 da LOJM:

"Art. 31. Os juízes militares são substituídos em suas licenças, faltas e impedimentos, bem como nos afastamentos de

sede por movimentação, que decorram de requisito de carreira, ou por motivo justificado e reconhecido pelo Superior Tribunal Militar como de relevante interesse para a administração militar.".

Assim, aos juízes militares são asseguradas as necessárias garantias da função, em estrita observância ao princípio do juiz natural, também, sobre o prisma da imparcialidade.

A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a composição dos Conselhos de Justiça Militares, com a participação de Oficiais das Forças Armadas, não fere os articulados magnos. Confiram-se os seguintes julgados:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. POSSE E USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ÁREA MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.* ***A Lei nº 8.457/1992, na parte em que estabelece a composição dos Conselhos de Justiça, converge com a vontade do legislador constituinte, regulamentando o art. 124 da Constituição da República. Uma vez convocado para integrar o Conselho Julgador, o militar se reveste, tanto quanto o Juiz togado, do manto estatal para julgar seus semelhantes. Preliminar de inconstitucionalidade rejeitada, à unanimidade****. Na espécie, restaram comprovadas a materialidade e a autoria delituosas, pelas fartas provas documentais e testemunhais carreadas aos autos. A tese da insignificância não encontra amparo nos crimes de posse e uso de entorpecente, praticados no interior das Organizações Militares, por ausência de previsão legal. Esse tem sido o entendimento consolidado desta Corte, fundamentado no manifesto perigo que tais condutas representam para a saúde da coletividade no âmbito dos quartéis, além da natureza das atividades neles desempenhadas, na maioria das vezes com o emprego de arma de fogo ou outros equipamentos com alto poder de destruição. Precedentes da Corte. Afigura-se improcedente o argumento da revogação do art. 290 do CPM pela Lei nº 11.343/2006, em virtude da especialidade da norma penal castrense. Desprovido recurso defensivo. Decisão unânime."* (Apelação n° 200-15.2010.7.05.0005, Relator Ministro William de Oliveira Barros, DJe de 9/5/2012) (grifo nosso).

> *"EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA COMETIDA EM DETRIMENTO DA*

ADMINISTRAÇÃO MILITAR - (ART. 312 DO CPM). ***I - A composição dos Conselhos de Justiça Militares não fere os preceitos constitucionais nem o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica. A Justiça Militar do Brasil tem previsão constitucional no art. 92, inciso VI, da Constituição Federal. O fato de os juízes militares não serem amparados pelo Estatuto da Magistratura não torna nulo o julgamento feito pelo Conselho de Justiça. Preliminar de nulidade conhecida e rejeitada à unanimidade****. II - Não comete o crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM) quem apõe sua assinatura em documento já preenchido, intitulado Declaração de Filha Maior Solteira, e com um X marcando o lugar da assinatura. Para a configuração do crime de falsidade ideológica exige-se a presença do dolo. Não resta provada a intenção da recorrente de fraudar a Administração Militar. Negado provimento ao apelo, por maioria.*" (Apelação n° 54-45.2009.7.07.0007, Relator Ministro Marcos Martins Torres, DJe de 2/12/2011) (grifo nosso).

"EMENTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DOS JUÍZES MILITARES INTEGRANTES DO CONSELHO. SUBMISSÃO HIERÁRQUICA AOS RESPECTIVOS COMANDANTES. IMPROCEDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. CRIME DE ESTELIONATO PRATICADO POR CIVIL CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ***A instituição dos Conselhos de Justiça, com a participação de Oficiais das Forças Armadas, tem amparo constitucional materializado nos arts. 16 e 24 da Lei nº 8.457/1992, os quais se encontram em plena vigência. O comportamento do militar, edificado nos pilares da hierarquia e da disciplina, traz ao Juiz Militar a independência para julgar de acordo com sua consciência, de forma séria e desvinculada, respeitando sempre o devido processo legal, a igualdade das partes e as garantias constitucionais do jurisdicionado****. O estelionato previdenciário, praticado por civis contra os Órgãos Pagadores das Forças Armadas, tem sua tipicidade prevista no art. 9º, incisos III, alínea 'a', e art. 251, ambos do CPM. O bem jurídico tutelado é o patrimônio sob Administração Militar. O legislador não impôs a exigência da qualidade de agente do delito, podendo ser o crime praticado por militar ou civil. Assim, em sendo a conduta perpetrada nessas circunstâncias, nenhum óbice se vislumbra para sua apreciação nesta Justiça Especializada.*

Embargos rejeitados. Decisão por unanimidade." (Embargos de Declaração n° 22-12.2008.7.02.0202, Relator Ministro William de Oliveira Barros, DJe de 23/9/2011) (grifo nosso).

Sob outro giro, questionou o Remédio Heroico a não recepção dos dispositivos da LOJM concernentes à dissolução trimestral dos Conselhos Permanentes de Justiça pela Constituição Federal, por vulneração ao princípio da identidade física do juiz.

Passo à análise da questão, igualmente, de ofício.

Conforme examinado alhures, a garantia do juiz natural não compreende, em nenhuma de suas acepções, a identidade física do juiz, que somente passou a vigorar no processo penal comum a partir do advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou o art. 399 do CPP, o qual passou a dispor:

> *"Art. 399. (...)*
> *§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.".*

Com efeito, a *novel* inserção na seara adjetiva penal não é corolário da previsão constitucional do juiz natural, de modo que inexiste interdependência entre elas.

A doutrina é uníssona ao asseverar que a identidade física do juiz não vigorava no processo penal em passado recente, somente vindo a surgir a partir da edição da Lei n° 11.719/2008. Confiram-se, respectivamente, os magistérios de Tourinho Filho, Fernando Capez, José Paulo Baltazar Júnior e Guilherme de Souza Nucci:

> *"Vigora no Processo Penal o princípio da identidade física do Juiz?*
> *Até há pouco tempo, não. A novidade surgiu com a Lei n. 11.719, de 20-6-2008. Na verdade, o § 2º do art. 399 do CPP, com a sua nova redação, estabelece que o Juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. É a mesma redação do art. 120 do CPC de 1939, que tanta dor de cabeça proporcionou, até que, em 1973, Buzaid, com o seu novo Código de Processo Civil, no art. 132 e parágrafo, aparasse as arestas. É claro que será necessária a invocação do art. 132 do CPC para preencher o vazio dessa norma processual penal recém-criada.* [69]
> *Não vigorava no processo penal, salvo no que dissesse respeito ao júri popular, no qual os mesmos jurados que presen-*

[69] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

ciassem a produção da prova testemunhal e assistissem aos debates deveriam julgar os fatos. Com o advento da reforma processual penal, o princípio da identidade física do juiz passou a ser uma imposição legal constante da nova redação do art. 399, § 2°, do CPP, determinada pela Lei n. 11.719/2008 (...).[70]

Não se aplicava ao processo penal o princípio da identidade física do juiz. (...) A reforma introduz o princípio da identidade física do juiz no processo penal (...) [71]

Ressalte-se, ainda, que, a partir da edição da Lei 11.719/2008, passa a vigorar, em nosso sistema processual penal, o princípio da identidade física do juiz. Com maior razão, o contato direto e pessoal do réu com o magistrado, que irá julgá-lo, é fundamental. De outra parte, a alteração dos procedimentos praticamente sepultou a discussão sobre o interrogatório por videoconferência (...)" [72].

Em verdade, a aludida previsão de que o mesmo magistrado que presidiu a audiência de instrução e recebeu a prova oral deva ser o que proferirá a decisão de mérito é decorrência lógica da oralidade e da imediação.

Vide a respeito Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez e José Paulo Baltazar Júnior:

"A palavra oral deve prevalecer, em algumas fases do processo, sobre a palavra escrita, buscando enaltecer os princípios da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.

(...)

Os princípios que decorrem da oralidade são os seguintes: concentração (toda a colheita da prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas); imediatidade (o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção); identidade física do juiz (o magistrado que preside a instrução, colhendo as provas, deve ser o que julgará o feito, vinculando-se à causa). [73]

---

[70] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79.

[71] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Reformas no Processo Penal*. Organizador Guilherme de Souza Nucci. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 294.

[72] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit*. p. 427.

[73] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 110.

> *Na realidade, ele veio ao encontro da nova sistemática dos procedimentos penais que privilegiou o princípio da oralidade, do qual decorre a concentração dos atos processuais em audiência única e o imediato contato do juiz com as provas.* [74]
>
> *A reforma introduz o princípio da identidade física do juiz no processo penal, o que representa, por um lado, um aumento na qualidade de produção de prova, mas pode levar a delongas no julgamento em caso de afastamento do magistrado. Para evitar esse efeito que iria de encontro aos objetivos da reforma, é de esperar a aplicação analógica das ressalvas contidas no art. 132 do CPC (...)"* [75].

Destarte, a discussão de ausência de recepção não procede. Igualmente, não se pode cogitar de eventual inconstitucionalidade da Lei n° 8.457 de 1992, segundo os argumentos defensivos, uma vez que, embora a norma seja posterior à Constituição de 1988, a identidade física do juiz não é corolário da garantia do juiz natural e tampouco decorre do Texto Magno.

Cumpre, então, analisar se o aludido princípio da identidade física do juiz restou malferido no caso concreto.

Já tive a oportunidade de pronunciar-me sobre a incidência do postulado na Justiça Castrense, hipótese na qual havia concluído que a alteração do CPP não se estende à Norma Adjetiva Especial.

Consultando a jurisprudência deste Pretório Superior, verifico divergências, existindo julgados em ambos os sentidos.

A título de exemplo, confira-se decisão a favor da incidência da norma comum:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. ABANDONO DE POSTO. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. JUIZ NATURAL. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DIVERSIDADE DE MAGISTRADOS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL E NO JULGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO CONFIGURADO. PENA REDUZIDA. No âmbito da Justiça Castrense não existe violação ao princípio do Juiz Natural, pois o Juiz-Auditor e o Juiz-Auditor Substituto integram de forma legítima o Poder Judiciário.* ***O princípio da identidade fí-***

---

[74] CAPEZ, Fernando. *Op. cit*. p. 79.
[75] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op. cit*. p. 294.

sica do juiz é observado no âmbito da Justiça Militar; todavia, não é absoluto, cabendo sua flexibilização nas hipóteses previstas em lei. *Cometem o crime de abandono de posto militares que, em serviço, deixam as instalações castrenses para abordarem civis em externa ao quartel, contrariando ordem expressa de superior hierárquico. Crime de perigo abstrato e presumido, não se exigindo o resultado lesivo ao bem jurídico tutelado para sua consumação. O risco ao qual a tropa é exposta e a lesão causada em civil não autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, por ser, a primeira, consequência do próprio delito e, a seguinte, de incompetência desta Justiça Especializada. Decisões unânimes."* (Apelação n° 6-74.2011.7.01.0301, Relator Ministro William de Oliveira Barros, DJe de 25/9/2012) (grifo nosso).

E no sentido da inaplicabilidade:

"EMBARGOS INFRINGENTES. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. CARTA PRECATÓRIA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. Os atos de qualificação e interrogatório realizados mediante carta precatória, perante juízo distinto do processante, são absolutamente válidos. ***No âmbito da Justiça Militar da União, não prevalece a regra da identidade física do juiz.*** *Até mesmo nos Conselhos Especiais de Justiça, constituídos para processar e julgar um caso específico, os juízes, tanto togados, como militares, podem ser substituídos no correr da instrução criminal, pelas mais diversas razões, sem que isso implique a necessidade de renovação dos atos já praticados por outros juízes. Por questão de economia e celeridade processuais e visando garantir a efetiva prestação jurisdicional, socorrem-se os magistrados dos expedientes denominados 'deprecatas', para realização de atos processuais essenciais ao regular andamento do feito, contribuindo com isso para o rápido desate da relação jurídico-processual. Por unanimidade, rejeitada a preliminar de nulidade arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. Embargos infringentes rejeitados. Decisão majoritária."* (Embargos n° 16-64.2007.7.05.0005, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, Relator para Acórdão Ministro José Américo dos Santos, DJe de 18/2/2011) (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a impetração de *Habeas Corpus* contra o último julgado nomeado (Embargos n° 16-

64.2007.7.05.0005), a despeito de haver denegado a ordem por fundamentação diversa, expressamente reconheceu a aplicação do princípio da identidade física do juiz ao Código de Processo Penal Militar, *in verbis*:

> *"4. Quanto ao princípio da identidade física do juiz, tem-se que a Lei n. 11.719/2008 alterou o Código de Processo Penal para introduzir o § 2º no art. 399 do Código de Processo Penal, que dispõe: 'O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença'.*
>
> *Esse dispositivo é específico e deve aplicar-se ao Processo Penal Militar, em razão da omissão do Código de Processo Penal Militar, nos termos do seu art. 3º, alínea a:*
>
> *'Os casos omissos neste Código serão supridos:*
>
> *a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar' (grifos nossos)."* (Habeas Corpus n° 107769, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28-11-2011).

De minha parte, reconheço a incidência da identidade física do juiz também no âmbito da Justiça Especializada, à vista do disposto no art. 3º, alínea *a*, do CPPM.

Isso porque o aludido postulado, tal qual visto, foi inserido no ordenamento jurídico para homenagear princípios maiores, quais sejam, a oralidade e a imediatidade; sendo relevante a consequência para o aprimoramento da jurisdição, vez que o juiz que participou presencialmente da instrução probatória decidirá o processo.

Mas em realidade, o certo é que, mesmo antes do advento da nova legislação comum, a Lei de Organização Judiciária Militar já previa tal sistemática ao preconizar que o Conselho Especial de Justiça é constituído para cada processo, sendo que se reunirá novamente se sobrevier nulidade do feito ou diligência determinada por este Tribunal Superior. É esta a previsão do art. 23, § 1º:

> *"Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade.*
>
> *§ 1º O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior.".*

Atente-se, ademais, ser pacífico o entendimento deste Tribunal acerca da aplicabilidade da identidade física do juiz aos processos de competência dos Conselhos Especiais de Justiça.

Por óbvio, se o princípio está literalmente disposto na Lei de Organização no que tange aos Conselhos Especiais de Justiça, a outra hipótese, seu afastamento dos Conselhos Permanentes de Justiça, não se justifica sob a ótica jurídica.

A despeito de o número de processos julgados pelos Conselhos Especiais ser inferior aos decididos pelos Conselhos Permanentes, não quer isso significar ser ele uma espécie de exceção aos Conselhos de Justiça, compreendido este em seu aspecto *lato sensu*.

A LOJM previu, dentre outros, como órgãos da Justiça Militar da União os Conselhos de Justiça, especificando em seu art. 16 serem eles de duas espécies, a saber:

> *"a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;*
>
> *b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão."*.

Efetivamente, ambos integram-na; detêm competências específicas estabelecidas na *lex*, não constituindo o primeiro conselho exceção ao segundo, a ponto de se falar que o princípio *sub examine* configurar-se-ia numa ressalva no âmbito da jurisdição especial aplicável somente aos Especiais, e não aos Permanentes.

Reconheço, portanto, a incidência da identidade física do juiz nesta Justiça Especial, *ex vi* do art. 3º, alínea *a*, da Lei Adjetiva Castrense.

Não obstante tal reconhecimento, cediço não serem os direitos e garantias constitucionais absolutos. Menos ainda, as normas principiológicas secundárias inseridas na positividade pelo legislador ordinário.

Foi como se posicionou a Suprema Corte, no julgado acima destacado, ao reconhecer a imperiosidade da identidade física do juiz neste foro. Ressaltou, porém, comportar a regra flexibilização. Veja-se:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR.*

> *ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de 'prova impossível', o princípio do* pas de nullité sans grief *exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado.* ***Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização.*** *3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada."* (Habeas Corpus n° 107769, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2011) (grifo nosso).

De forma idêntica, jurisprudência e doutrina são uníssonas em afirmar que, ao estatuído no § 2º do art. 399 do CPP, aplicam-se as ressalvas do art. 132 do Código de Processo Civil.

Assim, a convocação, a licença, o afastamento por qualquer motivo, a promoção ou a aposentadoria de magistrado têm o condão de afastá-lo da lide, hipótese na qual os autos passarão ao sucessor.

Ora, se até mesmo a integração analógica da processualística cível é invocada para excepcionar a identidade física do juiz no processo penal, mais acertada é a ressalva regulada em lei de organização judiciária, mormente, a elaborada para ser aplicada à Justiça Militar da União.

Nesses termos, o art. 24 da LOJM afasta parcialmente o postulado invocado no que tange aos Conselhos Permanentes de Justiça, pre-

vendo que os Juízes Militares ali sorteados somente funcionarão pelo período de três meses. *Vide*:

> *"Art. 24. O Conselho Permanente, uma vez constituído, funcionará durante três meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei."*.

Descortinam-se, pois, literais exceções à identidade física do juiz no tocante aos Conselhos Permanentes. Importante notar não ser o afastamento absoluto, porquanto, dentro do trimestre no qual os julgadores militares estiverem regularmente investidos na função judicante, o princípio incidirá normalmente, observadas, em todos os casos, as disposições do art. 132 do CPC e do art. 31 da LOJM.

Frise-se: concernente aos juízes militares do Conselho Permanente, o princípio será tão somente mitigado, e não, completamente inaplicável. Tal conclusão, outrossim, é retirada dos seguintes dispositivos:

1) Art. 31 da LOJM, que prevê casos de substituições dos juízes militares, não distinguindo os oficiais que funcionam no Conselho Especial dos que funcionam no Permanente;

2) Art. 390, § 5º, do CPPM, que preconiza deverem o interrogatório do acusado, a acareação nos termos do art. 365 e a inquirição de testemunhas – atos probatórios em que o contato pessoal dos julgadores, em regra, é indispensável – ser procedidos perante o Conselho de Justiça (Especial e Permanente);

3) Art. 436 e seu parágrafo único do CPPM, que prescreve a permanência da sessão de julgamento, não podendo ser interrompida salvo, dentre outras hipóteses, em caso de moléstia quando será transferida para dia designado na ocasião, que se incidir no trimestre seguinte àquele em que findar a jurisdição do Conselho Permanente, implicará a prorrogação do tempo de investidura dos oficiais julgadores.

Ditas regrações, por seu turno, estabelecem a identidade física aos julgadores militares, ao: a) arrolar as hipóteses de substituição, não deixando ao bel-prazer da Administração Castrense; b) rezar o imediato contato desses juízes com a instrução probatória; e c) prorrogar a jurisdição do Conselho Permanente após o trimestre em que deveria findar, se iniciada a sessão de julgamento.

Infere-se, daí, que o princípio da identidade física do juiz aplica-se nesta jurisdição especializada, com as peculiaridades inerentes a cada Conselho de Justiça; vejamos:

a) em se tratando do Conselho Especial, tem plena incidência, a teor do § 1º do art. 23 da LOJM;

b) versando sobre o Conselho Permanente, duas situações se apresentam, devendo-se distinguir os julgadores desse órgão:

i) no que tange aos juízes-auditores, são regulados pelo art. 3º, alínea *a*, do CPPM c/c o art. 399, § 2º, do CPP; e

ii) concernente aos militares, prevalece a identidade física no período trimestral no qual se encontram regularmente investidos no mister jurisdicional e no caso expressamente disciplinado no art. 436, parágrafo único, do CPPM; entretanto, por dicção do art. 24 da LOJM, é impossível a prorrogação desse lapso temporal nas demais hipóteses, mesmo que os sentenciantes não tenham participado da instrução probatória.

Em todas as hipóteses elencadas de incidência do postulado, são aplicadas as ressalvas do art. 132 do CPC e, referente aos juízes militares, as do art. 31 da LOJM.

In especie, o paciente foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça, não havendo que falar em observância da identidade física do juiz após o período de funcionamento legal dos Juízes Militares na Ação Penal Militar n° 2-28.2011.7.01.0401, qual seja, 3 meses, em face das expressas disposições do art. 24 e seu parágrafo único da Lei n° 8.457/1992.

Ex positis, não vislumbro a manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, de modo a impossibilitar a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Voto, pois, pelo não conhecimento da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em não conhecer a ordem de *Habeas Corpus*.

Brasília, 15 de maio de 2013 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

HABEAS CORPUS Nº 72-43.2013.7.00.0000-AM

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Paciente – Maciste Augusto Leitão, CF Mar, indiciado em IPM instaurado pela Portaria nº 05/CMatFN, de 12 de março de 2013, do Sr. Comandante do Comando de Material de Fuzileiros Navais, alegando estar na iminência de sofrer constrangimento ilegal por parte da citada autoridade, impetra o presente *habeas corpus* preventivo, requerendo, liminarmente, *inaudita altera parte*, o trancamento da referida inquisa. No mérito, pede a concessão definitiva da ordem.

Impetrantes – Drs. Maria Liberata Barbosa e Pedro de Lima Bandeira.

EMENTA

Habeas Corpus. *Trancamento de IPM. Falta de justa causa. Improcedência. Procedimento investigatório instaurado para apurar suposta crítica pública, em página do* facebook*, postada pelo Indiciado, a ato oficial do Comandante, sobre assunto de âmbito interno, de cunho administrativo. Quadro fático denotando que a conduta do militar desponta-se, em tese, delituosa. Caso* sub judice *que se encontra no início da investigação, necessitando de exame aprofundado para apurar a autoria e a materialidade, o que é defeso na via estreita do* writ. *Ordem denegada. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a Ordem, por falta de amparo legal.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente a Subprocuradora-Geral de Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Olympio Pereira da Silva Junior e Fernando Sérgio Galvão. (Extrato da Ata da 32ª Sessão, 7/5/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, impetrado em favor de **MACISTE AUGUSTO LEITÃO, CF Mar**, no qual se alega que o referido militar está na iminência de sofrer constrangimento ilegal por parte do Sr. Comandante de Material de Fuzileiros Navais (CMatFN), em face do indiciamento do Militar no IPM instaurado pela Portaria nº 05/CMatFN, de 12 de março de 2013.

Narra o Impetrante, em síntese, que o Paciente é militar da ativa do Comando da Marinha e que está sendo indiciado em IPM para apurar a possível prática de crítica a ato de superior, publicada na internet (*Facebook*).

Alega que o Oficial foi indiciado sem saber quais as razões de fato e de direito que levaram o Comandante a tomar essa decisão, além de não ter sido orientado quanto ao seu direito de permanecer calado.

Ressalta que a simples publicação no *Facebook* pelo Paciente foi fruto do seu direito constitucional de manifestar o seu pensamento.

Argumenta que a ilegalidade do IPM reside no fato de que o Paciente nunca teve a intenção de criticar Ato do Comando, mas apenas e tão somente manifestar o seu pensamento, ato lícito constitucionalmente, direito e garantia fundamental do cidadão, considerado cláusula pétrea, além do que o Encarregado do IPM se omitira quanto ao lançamento da especificação dos documentos emitidos pelo Paciente no seu depoimento como testemunha, advertindo o Patrono de que ele não poderia se manifestar e se o fizesse, pela segunda vez, seria retirado do local e lavrado o termo circunstanciado, com fulcro na DGPM-315, norma infra legal.

Sustenta a plausibilidade do direito invocado, uma vez que, de acordo com o art. 166 do CPM, um possível decreto condenatório privará o Paciente de sua liberdade com pena de detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, se o fato não constituir crime mais grave.

Ao final, requer, liminarmente, o trancamento do IPM, em virtude de faltar justa causa para a sua instauração e, no mérito, a concessão definitiva do *writ*.

A Inicial veio instruída com diversos documentos, entre os quais se destacam a Portaria de instauração do IPM e os Termos de Inquirição e de Interrogatório do Paciente.

Pela Decisão de fls. 81/83, indeferi a liminar por se encontrarem ausentes os requisitos autorizadores da medida cautelar.

Por intermédio do Ofício nº 130/CMatFN-MB, de 16/4/2013 (fl. 90), o Comandante do Comando do Material de Fuzileiros Navais prestou informações à instrução do presente *habeas corpus*, esclarecendo que, por dever de ofício, foi aberto Inquérito Policial Militar, por meio da Portaria nº 5, de 12/3/2013, para esclarecer fato ocorrido na referida OM, relativo à divulgação, por meio de mídia eletrônica, de crítica pública a ato oficial do Comando sobre um assunto de âmbito interno de cunho administrativo. Ressaltou que, atualmente, o IPM encontra-se na fase de elaboração do seu Relatório, tendo sido respeitados todos os procedimentos legais e garantias constitucionais. Em anexo, a autoridade militar encaminhou diversos documentos (fls. 91/148) que compõem o citado Inquérito.

Com vista dos Autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 151/154, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o Relatório.

VOTO

Versa o presente *writ* sobre pedido de trancamento do Inquérito Policial Militar instaurado contra o MACISTE AUGUSTO LEITÃO, CF Mar, sob a alegação de falta de justa causa.

Como é de conhecimento amplo, o trancamento de Inquérito Policial por falta de justa causa, por meio de *Habeas Corpus*, mais ainda do que da própria Ação Penal, é providência excepcionalíssima, exigindo que se constate, de plano, ser absurda a investigação policial em desenvolvimento por total atipicidade da conduta ou falta de elementos indicativos mínimos de autoria.

Na hipótese dos Autos, assinalou a autoridade militar, nas suas informações, que o procedimento investigatório foi instaurado para apurar suposta crítica pública, em página do *Facebook*, postada pelo Paciente, a ato oficial do Comando do Material de Fuzileiros Navais sobre um assunto de âmbito interno, de cunho administrativo.

A prova pré-constituída trouxe cópia do texto relativo ao fato sob apuração, no qual se destaca o seguinte trecho:

> *"(...) Ontem (6/2/13) recebi uma OS assinada pelo Titular da OM que informa que eu assumi, no dia 9/2/13, uma função sem que no corpo da Ordem de Serviço (...) houvesse referências legais para a emissão da mesma e sem citar o Ato de Nome-*

> *ação de Autoridade Competente. Uma VERGONHA NACIONAL. Por mais que tenha pedido por escrito e verbalmente às Autoridades Competentes, as mesmas alegam que sou o único militar que faz questão de ser nomeado!!! (...)"* (fl. 71).

Ainda como prova pré-constituída, o Impetrante juntou cópia do Termo de Inquirição nº 1, no qual foi ouvido como Testemunha, destacando-se o seguinte fragmento:

> *"(...) Perguntado se o Sr. reconhece esta reprodução (cópia) como sendo da sua conta no site de relacionamento* Facebook*, respondeu que afirmativo, referente ao que está escrito no corpo da reprodução, e que a ideia e a manifestação do pensamento é dele, e não inseriu imagens de propaganda, de amigos, de favoritos e de locais constantes em mapa e apresentou dúvidas quanto a questão da data constante no último parágrafo que admite que poderia ter sido um erro por ocasião de sua digitação ou uma possível mudança ocasionada por vírus que não alteraria o escopo de pensamento em tela. Perguntado se é de conhecimento de V. Sª que na conta anteriormente descrita existem comentários afetos a atos oficiais do Titular do Comando do Material de Fuzileiros Navais, respondeu que não considerava um comentário afeto a atos oficiais do Titular do Comando do Material de Fuzileiros Navais, sendo de seu conhecimento que se trata de um relato que traduz sua manifestação de pensamento sobre fatos que afetam e vem afetando a sua vida profissional e pessoal e que estes fatos têm sido relatados de forma expressa e verbal, desde o ano de 2001 e, especificamente, desde novembro de 2012, às autoridades navais às quais esteve subordinado, ou seja, no Instituto de Pesquisas da Marinha, no Comando de Pessoal de Fuzileiros Navais e na OM à qual está subordinado atualmente. Perguntado se foi V. Sª que inseriu os comentários vinculados nessa conta, respondeu que inseriu as manifestações de pensamentos vinculadas a esta conta, e que no seu entender não se tratam de comentários, como relatados anteriormente. Perguntado se podia prestar mais algum esclarecimento a respeito do assunto em tela, declarou que (...) quando questionado pelo Comandante do Material de Fuzileiros Navais a respeito de críticas a ato do Comando, por meio de mídia eletrônica, participou que não foi sua intenção divulgar pelo* Facebook *críticas ao Titular do Comando do Material de Fuzileiros Navais e*

em complemento para fundamentar ao Titular do Comando do Material de Fuzileiros Navais que a manifestação de seus pensamentos, por meio de mídia eletrônica, não eram críticas ao referido Comando, participou que além dos documentos supracitados tinha encaminhado documentação a Justiça Federal afeto a outra OM e não ao Comando do Material de Fuzileiros Navais, documento este que se referia a Ato de Provimento de Cargo (...)" (fls. 74/75).

Sustenta o Impetrante que a ilegalidade do IPM reside no fato de que o Paciente nunca teve a intenção de criticar ato do Comando, mas apenas e tão somente manifestar o seu pensamento, ato lícito constitucionalmente, direito e garantia fundamental do cidadão.

Hoje em dia não há como negar que o *Facebook*, conhecido *site* e serviço de rede social, alcançou um nível elevado de popularidade entre os usuários da rede mundial de computadores. Devido ao fato de ser uma ferramenta de acesso público a qualquer usuário, pareceu ao Comandante que o comentário postado pelo Oficial em página do *Facebook* constituiu-se em uma crítica pública a ato oficial do Comando sobre um assunto de âmbito interno, de cunho administrativo, incidindo, em tese, na prática do crime previsto no art. 166 do CPM.

O delito em questão está insculpido no capítulo que cuida "da insubordinação" e pune o militar que, livre e conscientemente, dirige críticas indevidas, sabidamente inverídicas, a seu superior hierárquico, de modo a ser percebido por indeterminado número de pessoas. A crítica pública se aperfeiçoa quando constitutiva de atentado à disciplina militar. A tipicidade requer seja demonstrada a intenção de romper os laços de sujeição e obediência à hierarquia e disciplina.

Trata-se de espécie mais grave de insubordinação e de indisciplina, não podendo o militar, quanto mais um oficial, desconhecer essa proibição como ordenamento militar administrativo e subsequente penal, sendo, assim, crime necessariamente doloso. A crítica feita publicamente, por militar, de atos de superiores ou do governo é indisciplina, porque as Forças Armadas são essencialmente obedientes e fiéis à autoridade.

Denota-se do quadro fático que a conduta do Paciente desponta-se, em tese, típica ante os elementos contidos na norma incriminadora do art. 166 do CPM, ao publicar, na Internet, crítica ao seu superior hierárquico, classificando como "vergonha nacional" o procedimento do Comando ao informar a nomeação do Paciente para o exercício de função.

Cabe ressaltar, conforme lembrou o ilustre parecerista da PGJM, esta Corte já admitiu que ato publicado na internet pode ferir a hierarquia e a disciplina militares, citando como precedente o Recurso em Sentido Estrito nº 2004.01.007177-1/CE, julgado em 2 de setembro de 2004, tendo como relator o Ministro Gen Ex JOSÉ LUIZ LOPES DA SILVA, assim ementado, *verbis*:

> *"REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. INCITAMENTO. ATIPICIDADE.*
>
> ***A publicação de queixas, denúncias, e críticas a oficial superior em site da Internet do denunciado, não importando a veracidade dessas, fere os pilares das Forças Armadas: hierarquia e disciplina****. Porém, não tipifica o delito de incitamento, previsto no artigo 155,* caput*, do CPM, pelo qual foi denunciado.*
>
> *Despacho do Juízo* a quo*, rejeitando a denúncia, por ausência de tipicidade, encontra-se correto.*
>
> *Recurso do MPM improvido.*
>
> *Decisão unânime".* (negritei).

Inviável acolher-se nesta fase, na via estreita do *Habeas Corpus*, a alegação de ausência de justa causa por inexistência do elemento subjetivo, uma vez que, de acordo com a narrativa dos fatos, não há elementos que autorizem, de plano, afirmar, de forma sumária, que de modo algum o Paciente não teve a intenção de criticar ato do Comando, o que só se mostra possível no desenrolar da apuração, a fim de que tudo possa ser esclarecido.

FERNANDO CAPEZ, na sua obra "*Curso de Processo Penal*", Editora Saraiva, 5ª Ed., 2000, pág. 462, ao discorrer sobre a falta de justa causa como condição de admissibilidade do *Habeas Corpus*, ensina:

> *"Falta justa causa para o inquérito policial quando este investiga fato atípico ou quando já estiver extinta a punibilidade do indiciado. Já se decidiu também que o simples indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido por intermédio de* habeas corpus *STF, RHC 56.019, DJU, 16 jun. 1978, p. 4394). (...) A investigação policial somente pode ser interrompida por* habeas corpus *se de um simples exame dos autos já se verifica, fora de qualquer dúvida, não haver infração penal, em tese, ou que os investigados são absolutamente estranhos aos fatos (STJ, RSTJ, 51/366). Ao contrário, 'sendo o inquérito policial mero procedimento administrativo*

preparatório para a ação penal, não há que se falar em trancamento quando se vislumbra crime, em tese' (STJ, 5ª T., RHC 2.980-3/SP, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU, 8/11/1993, p. 23571)".

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, conforme Acórdão lavrado nos autos do Habeas Corpus nº 2002.01.033722-9-DF, da relatoria do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, publicado em 18/6/2002, *in verbis*:

> *"EMENTA: PROCESSO PENAL. PRETENDIDA AVOCAÇÃO, POR ESTE TRIBUNAL, DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR A PRÁTICA DE DESACATO A MILITAR. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE AMPARO LEGAL.*
>
> *1. O ato da autoridade policial que, no cumprimento de um dever legal, dispõe-se a apurar a realidade de uma* notitia criminis *que tenha sido levada a seu conhecimento não se erige em violação de direito de qualquer cidadão.*
>
> ***2. O trancamento de inquérito policial por falta de justa causa somente se viabiliza quando inexiste elemento indiciário demonstrativo de autoria ou prática do delito, ou quando constatada ilegalidade ou abuso de poder. Essa não é a hipótese dos autos.***
>
> *3. Nesse sentido, é firme a jurisprudência do Pretório Excelso, bem como dos Tribunais Superiores.*
>
> *4. Ordem denegada por falta de amparo legal.*
>
> *5. Decisão unânime."* (negritei).

Também não se pode perder de vista que a jurisprudência dos Tribunais tem se orientado no sentido de que "*não se presta o habeas corpus ao trancamento de inquérito policial destinado à apuração de fato, em tese, delituoso, desde que sejam essenciais à compreensão da matéria, tanto a análise dos fatos, quanto o exame aprofundado da prova*" (STF - HC 71.466-8/DF, 1ª T, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16/8/94).

Por derradeiro, ressalto, apenas para registro, que não se verifica qualquer constrangimento à liberdade de locomoção do Paciente, nem há indícios de sua ocorrência, eis que aguarda o desfecho da investigação em liberdade.

Diante do exposto, conheço do pedido e denego a Ordem por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer do pedido e denegar a Ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 7 de maio de 2013 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 153-89.2013.7.00.0000-AM

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Paciente – Willia Alves de Almeida, Sd Ex, preso, respondendo à Ação Penal Militar nº 34-59.2013.7.12.0012 perante a Auditoria da 12ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor Substituto do mencionado Juízo, impetra o presente *Habeas Corpus*, requerendo, liminarmente, que seja posto em liberdade. No mérito, pede a confirmação da liminar pretendida para assegurar o direito de responder em liberdade ao aludido processo.

Impetrante – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Habeas Corpus – *Custódia de Desertor. I - Os pressupostos autorizadores da custódia cautelar do desertor estão em consonância com o disposto no art. 452 do CPPM. A referida norma processual penal castrense é harmônica com o disposto no inciso LXI, do art. 5º, da Carta Magna. Precedentes do STF. II -* Habeas Corpus *conhecido, denegado por falta de amparo legal e confirmado o indeferimento do pleito liminar. III - Decisão uniforme.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do presente *habeas corpus* para, confirmando o indeferimento do pleito liminar, denegá-lo por falta de amparo legal. O Ministro Marcos Martins Torres não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 64ª Sessão, 4/9/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do Sd Ex WILLIA ALVES DE ALMEIDA, que responde à

Ação Penal Militar nº 34-59.2013.7.12.0012, em tramitação na Auditoria da 12ª CJM.

Verifica-se nos autos que o paciente se encontra preso desde 12/7/2013 (fls. 9, 32 e 41), data em que foi capturado e, após ser considerado Apto, foi reincluído às fileiras do Exército. O *Parquet* Castrense ofereceu denúncia contra WILLIA ALVES DE ALMEIDA pela prática do crime de deserção, tipificado no artigo 187, *caput*, do Código Penal Militar (fl. 41) e o recebimento ocorreu em 25/7/2013 (fl. 48).

A Defensoria Pública da União, no presente *Habeas Corpus*, requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, para garantir a WILLIA ALVES DE ALMEIDA que responda ao processo em liberdade. No mérito, requer a anulação da ordem de prisão decretada pela Justiça Militar, bem como da decisão que indeferiu o pleito defensivo no sentido de que fosse concedida ao ora paciente o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou a concessão de menagem, visto que não se encontram presentes nos autos os elementos autorizadores da prisão preventiva, objetivando assegurar que o paciente: *"[...] responda em liberdade até eventual, futuro e incerto trânsito em julgado de sentença condenatória."* (fls. 25/31).

No Despacho de fl. 17, o Relator do feito indeferiu a liminar requerida por ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, solicitando as informações necessárias à autoridade apontada como coatora.

Às fls. 38/40, foram prestadas as informações pelo Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 12ª CJM, acompanhadas dos documentos acostados às fls. 41/57.

A PGJM, pelo Parecer de lavra da Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, manifesta-se pelo conhecimento do presente *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem de *Habeas Corpus* (fls. 62/68).

A DPU foi intimada de que o presente processo foi colocado em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O presente *Habeas Corpus* preenche as condições de admissibilidade, merecendo ser conhecido, processado e julgado.

Conforme Denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar, de fl. 41, foi lavrado Termo de Deserção em desfavor do Sd WILLIA ALVES

DE ALMEIDA, em 7/12/2012, por ter completado mais de 8 (oito) dias de ausência ao quartel, sem que tivesse autorização para tal. Em 12/7/2013, o paciente foi capturado e, após ser submetido à Inspeção de Saúde, foi considerado apto, sendo reincluído às fileiras do Exército Brasileiro.

A Defensoria Pública da União, em 19/7/2013, requereu, alternativamente: o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou a concessão de menagem (fls. 42/45).

O Ministério Público Militar requereu o indeferimento do pleito defensivo quanto ao pedido de concessão de liberdade provisória, ante a expressa vedação legal, mas não se opôs no tocante à menagem, desde que seja observada a conveniência da autoridade militar responsável (fl. 47).

Em 25/7/2013, a Denúncia foi recebida pelo Juiz-Auditor Substituto, Dr. Diógenes Moisés Pinheiros, determinando a consulta à autoridade militar competente a respeito da conveniência da concessão de menagem (art. 264, § 2º, do CPPM), para após analisar o requerimento da DPU de liberdade provisória (fl. 48).

A autoridade militar manifestou-se desfavorável à concessão de menagem, conforme Ofício de fls. 49/50.

Às folhas 56/57, foi acostada a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, datada de 7/8/2013, que, por unanimidade de votos, observado o prazo do artigo 453 do Código de Processo Penal Militar, manteve a prisão imposta ao Sd Ex Willia Alves de Almeida, baseada na Súmula nº 10 do STM.

Quanto à menagem pleiteada pela Defesa, o CPJ/Ex considerou que não havia previsão legal para sua concessão, levando, ainda, em consideração o parecer contrário da Autoridade Militar e deferiu o requerimento da DPU, no que concerne à realização de Sindicância com o fito de apurar-se eventual condição de arrimo de família do acusado, sustentando o seguinte:

> *"[...] O pleito defensivo há de ser denegado. Com efeito, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal Militar é pacífica quanto à constitucionalidade da prisão insculpida no art. 453 do Código de Processo Penal Militar, sendo, por outro lado, incabível a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do delito de Deserção, conforme vedação contida no art. 270, parágrafo único, alínea 'b', daquele Codex.*
>
> *[...]*

Quanto à 'menagem' pleiteada pela Defesa, sobre não haver previsão legal para concessão do aludido benefício em casos que tais, há de ser considerado ainda o teor do acima referido Ofício nº 197-DIV PES/7º BIS.

[...]

Quanto à ausência de intimação prévia das partes, ressalta-se a inexistência de qualquer prejuízo, seja por não haver previsão legal de Sustentação Oral para atos que tais (Decisões Interlocutórias), seja porque, especificamente em relação à Defensoria Pública da União, esta será intimada pessoalmente da presente Decisão.".

Diante da r. Decisão, a DPU impetrou o presente *Habeas Corpus*.

A Defensoria Pública da União, no presente *Habeas Corpus*, requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, para garantir a WILLIA ALVES DE ALMEIDA que responda ao processo em liberdade. No mérito, requer a anulação da ordem de prisão decretada pela Justiça Militar, bem como da decisão que indeferiu o pleito defensivo no sentido de que fosse concedida ao ora paciente o relaxamento da prisão, a concessão de liberdade provisória ou a concessão de menagem, visto que não se encontram presentes nos autos os elementos autorizadores da prisão preventiva, objetivando assegurar que o paciente: *"[...] responda em liberdade até eventual, futuro e incerto trânsito em julgado de sentença condenatória."*.

A Defesa argumenta que:

- o cerceamento da liberdade de qualquer acusado é medida de exceção e, somente, encontra guarida se contar com a devida fundamentação fática e jurídica. Trata-se de primado válido para qualquer ramo do Direito Brasileiro; e

- a lei autoriza a prisão de desertor, mas a manutenção, somente, se justifica quando demonstrado o suporte fático que autorize a manutenção da prisão, o que não é o caso dos autos. E que a regra é permitir ao acusado o direito de responder o processo em liberdade, ainda mais quando o crime de que é acusado tem pena máxima, abstratamente, considerada inferior a quatro anos (fls. 25/31).

A esses argumentos defensivos, contraponho o seguinte:

O presente *Habeas Corpus* tem índole constitucional, de distinguida relevância e objetiva afastar a prisão processual do Paciente.

É assente que a prisão, em se tratando de crime militar próprio – e a deserção está inserida entre eles –, prescinde de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, por força constitucional.

A confirmar este entendimento tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que tratou da prisão de desertor, cuja Ementa é a seguinte:

> *"CRIME MILITAR – DESERÇÃO – PRISÃO – ARTIGOS 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E 456 A 459 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR – RECEPÇÃO PELA CARTA DE 1988. A prisão no crime de deserção – artigo 187 do Código Penal Militar – mostra-se harmônica com o disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal ."* (HC nº 84.330/RJ – Decisão de 29/6/2004 – 1ª Turma – Relator Min. MARCO AURÉLIO).

A construção pretoriana desta Corte, também, aponta no sentido de que a prisão processual do desertor está acorde com a norma constitucional e infraconstitucional, como a seguir se constata.

> *"Processo: STM - HABEAS CORPUS: HC 448020107000000 MS 0000044-80.2010.7.00.0000, Relator: Ministro FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE, Data de Julgamento: 15/4/2010, Data de Publicação: 25/5/2010, Fonte: DJe.*
>
> *1. DESERÇÃO. APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA E/OU CAPTURA. PRISÃO. LEGALIDADE. Sendo a Deserção um crime propriamente militar, a prisão daquele que comete o crime do artigo 187 do CPM ao apresentar-se voluntariamente ou ao ser capturado, encontra respaldo no artigo 452 do CPPM, dispositivo esse que está em plena vigência, uma vez que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. 2. DESERTOR. PRISÃO 'EX VI LEGIS. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. A concessão de liberdade provisória a Desertor recolhido à prisão por força do artigo 452 do CPPM encontra expressa vedação no artigo 270, alínea b, do mesmo diploma legal. 3. DESERÇÃO. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. A prisão preventiva deve fundar-se na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal, na periculosidade do acusado, na segurança da aplicação da lei penal militar e na manutenção dos princípios da hierarquia e disciplina militares, quando ameaçados pela liberdade do acusado. Inteligência do artigo 255 do CPPM. Na hipótese do Crime de Deserção, despi-*

cienda a determinação de tal custódia antes de expirado o prazo estabelecido no artigo 453 da Lei Adjetiva Castrense. Conhecido do pedido e deferida parcialmente a Ordem. Decisão majoritária. 187 CPM 452 CPPM Constituição Federal 452 CPPM 270 255 CPPM." (448020107000000 MS 0000044-80.2010.7.00.0000, Relator: Flávio de Oliveira Lencastre, Data de Julgamento: 15/4/2010, Data de Publicação: 25/5/2010 Vol: Veículo: DJe, undefined).

"Processo: STM – HABEAS CORPUS: HC 358420111000000 RJ 0000035-84.2011.7.00.0000, Relator: Ministro FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, Data de Julgamento: 24/3/2011, Data de Publicação: 9/5/2011, Fonte: DJe.

2. EMENTA: Habeas Corpus. Deserção. Liberdade Provisória. Pressupostos autorizadores da custódia cautelar do desertor estão em conformidade com o disposto no artigo 452 do CPPM. A referida norma processual castrense mostra-se harmônica com o disposto no inciso LXI do artigo 5º da Carta Magna. Precedentes do STF: Conhecido o pedido e denegada a ordem de habeas corpus, por falta de amparo legal. Decisão unânime." (358420117000000 RJ 0000035-84.2011.7.00.0000, Relator: Francisco José da Silva Fernandes, Data de Julgamento: 24/3/2011, Data de Publicação: 9/5/2011 Vol: Veículo: DJE, undefined).

O ora Paciente foi recolhido à prisão em 12/7/2013 (data de sua captura) e sua custódia é considerada legal até o dia 12/9/2013, data em que completará 60 (sessenta) dias de prisão, conforme o art. 453 da Lei Adjetiva Castrense, se não der causa ao retardamento do processo.

A custódia processual do Paciente, como se pôde constatar, está em consonância com a Constituição Federal, com o Código de Processo Penal Militar e com a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, o que impede a concessão da ordem e também com verbete Sumular nº 10, da jurisprudência desta Corte de Justiça Militar, que tem a seguinte redação: *"Não se concede liberdade provisória a preso por deserção, antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM."*

Em face do exposto, conheço do presente *Habeas Corpus* para, confirmando o indeferimento do pleito liminar, denegá-lo por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer do presente *Habeas Corpus* para, confirmando o indeferimento do pleito liminar, denegá-lo por falta de amparo legal.

Brasília, 4 de setembro de 2013 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 53-65.2013.7.12.0012-AM

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Relator p/ o Acórdão – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 21/3/2013, que rejeitou a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar da União para apreciar os fatos investigados nos autos da Ação Penal Militar nº 138-85.2012.7.12.0012, referente ao ex-1º Ten Temp Ex Marcello Joppert Antunes.

Advogado – Dr. Adriano Cezar Ribeiro.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MPM. DECISÃO QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DO ÓRGÃO MINISTERIAL DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA PROCESSAR E JULGAR OS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. OFICIAL DA RESERVA NÃO REMUNERADA. COMPETÊNCIA DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA PELO CRITÉRIO RATIONE PERSONAE *PARA PROCESSAR E JULGAR OFICIAL DA RESERVA NÃO REMUNERADA, MAS DETENTOR DE CARTA PATENTE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL MILITAR SUSCITADA*

PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. ACOLHIMENTO. I - Por ser portador de Carta Patente, o Oficial da Reserva não remunerada deve ser processado e julgado perante o Conselho Especial de Justiça pelo critério ratione personae. *II – Em consequência, é nula a Decisão ora recorrida em virtude de ter sido proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, Órgão julgador manifestamente incompetente para apreciar o presente feito. Preliminar de nulidade acolhida. Decisão majoritária.*

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, acolheu a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, declarando a nulidade da Ação Penal Militar nº 138-85.2012.7.12.0012, desde o interrogatório, considerando competente o Conselho Especial de Justiça para o Exército, para julgar o ex-1º Ten Ex Marcello Joppert Antunes, com a retificação dos registros cartorários e da autuação, para constar corretamente o nome do Acusado, seu Posto e Patente na reserva do Exército, para o regular prosseguimento do feito no Juízo *a quo*. Os Ministros Lúcio Mário de Barros Góes (Relator), Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira rejeitavam a preliminar de nulidade e prosseguiam no exame do mérito recursal. Relator para Acórdão Ministro José Coêlho Ferreira. O Ministro Lúcio Mário de Barros Góes (Relator) fará voto vencido.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Américo dos Santos, Marcos Martins Torres e Cleonilson Nicácio Silva. O Ministro Raymundo Nonato de Cerqueira Filho encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 66ª Sessão, 10/9/2013).

RELATÓRIO

Em 13 de agosto de 2012, o MPM perante a Auditoria da 12ª CJM, com base nos autos do IPM nº 138-85.2012.7.12.0012, ofereceu Denúncia (fls. 03/07) em desfavor do ex-1º Ten Temp Ex MARCELLO JOPPERT ANTUNES, com base nos seguintes fatos:

> *"(...) Em 27 de fevereiro de 2008, o ora Denunciado foi licenciado do Serviço Ativo do Exército, por ato publicado no Boletim Interno nº 37, de 27/2/2008, declarando junto ao Hos-*

pital Militar de Área de Manaus que iria domiciliar-se na cidade de Niterói/RJ, na Rua Dionísio Erthal, nº 55, Apto 1201, Bairro Santa Rosa.

Como se vê através da ***Parte de Opção****, datada de 25/3/2008, o ora Denunciado solicitou as indenizações de passagem, de transporte e de veículo de Manaus/AM para Niterói/RJ.*

O processo para pagamento das indenizações tramitou regularmente até seu efetivo depósito na Conta-Corrente do Denunciado.

Em razão da opção pelas indenizações, recebeu dos cofres públicos os valores adiante discriminados (fl. 31):

Indenização de Transporte (Bagagem); 50 x R$ 327,12 = 16.356,00 (Dezesseis mil e trezentos e cinquenta e seis reais);

Indenização de Transporte (Automóvel): 12 x R$ 327,12 = R$ 3.925,44 (Três mil e novecentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos);

Indenização de Transporte (Passagem): R$ 789,50 (Setecentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos).

As indenizações recebidas pelo ora Denunciado perfazem um total de R$ 21.070,94 (vinte e um mil e setenta reais e noventa e quatro centavos), inerentes às despesas, como o traslado correspondente ao trecho Manaus/Niterói/RJ, como anteriormente declarara.

É óbvio que não aconteceu a mudança, locupletou-se indevidamente de R$ 20.281,44 (vinte mil duzentos e oitenta e um reais e quarenta e quatro centavos) correspondente às indenizações de transporte de bagagem e de automóvel e mais R$ 789,50 (setecentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos) referente à sua passagem.

Ressalte-se que não houve qualquer transporte de bagagem. As verbas indenizatórias indevidas foram concedidas ao ex-militar pelo Hospital Militar de Área de Manaus, Unidade Militar onde servia. O aludido recebimento se deu através do Banco do Brasil, Agência 1479, Conta-Corrente – 120170, nesta cidade.

A manifesta vontade do ex-militar no desencadear do processo indenizatório, a falsa declaração prestada foi o meio fraudulento empregado para induzir a Administração Militar em erro, obtendo assim a vantagem ilícita no valor anteriormente mencionado.

> *Assim agindo, o ora Denunciado atuou de forma a obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo em erro a Administração, mediante artifício, ardil, prejudicando o patrimônio sob Administração Militar. (...)."* (os grifos são do original).

2. A Denúncia foi recebida por Decisão de 17 de agosto de 2012 (fl. 29).

3. Regularmente citado (fls. 37/38), o acusado foi qualificado e interrogado (fls. 39/41), em 7 de fevereiro de 2013. Na mesma Sessão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, foi ouvida uma testemunha arrolada pelo MPM (fls. 44/45). Ao final, o *Parquet* requereu vista dos autos para se manifestar sobre a prova testemunhal.

4. O Ministério Público Militar, oficiante junto ao Juízo *a quo,* apresentou o seguinte requerimento:

> *"O Ministério Público Militar requer sejam os autos enviados à Justiça Federal, em virtude de ser a competente para a apreciação dos fatos. Como bem se observa, o autor dos fatos era civil à época e, ao fazer requerimento de indenização, não ostentava a condição de militar.*
>
> *Assim, eventual delito que atente contra bens e interesses da Administração Pública, cometido por civil, deve ser apreciado pela Justiça comum."* (fl. 47).

5. Com vista dos autos, a Defesa manifestou-se contrária à pretensão do *Parquet* (fls. 50/51).

6. Por fim, em 21 de março de 2013, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército indeferiu o pleito ministerial, mantendo a competência da Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito (fls. 55/57).

7. Irresignado, o *Parquet* das Armas, em 25 de março de 2013, interpôs Recurso Inominado (fl. 60), argumentando em razões de fls. 65/68, em síntese, que, à época dos fatos, o acusado já tinha se desligado dos Quadros do Exército Brasileiro; que, em tempo de paz, os civis só podem praticar ilícito militar quando ofenderem bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar; que, apesar da fraude, não há nos autos indícios que sinalizem o intuito do acusado de ofender as Forças Armadas; que a conduta do acusado violou o patrimônio da União; que há uma tendência internacional em restringir a atuação de tribunais

militares em tempo de paz, em relações a civis. Ao final, requereu a reforma da Decisão, com declínio da competência para a Justiça Federal.

8. Em Contrarrazões (fls. 73/76), alegou a Defesa, em síntese: que não deve prosperar a tese ministerial; que, apesar do pagamento da indenização ter ocorrido após o licenciamento, o benefício decorreu do serviço prestado enquanto o Réu era militar; que os fatos descritos nos autos amoldam-se ao previsto no art. 9º, III, alínea "a", do CPM. Concluiu, requerendo que seja mantida a Decisão que declarou competente a Justiça Militar da União para processar e julgar o feito.

9. Nesta Instância Superior, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 85/89, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, pronunciou-se, preliminarmente, pela restituição dos autos à Auditoria de origem, para o fim de colher o Juízo de Retratabilidade do Conselho de Justiça.

10. Pelo Despacho de fl. 92, determinei a baixa dos autos à origem, para que fosse emitido pelo Conselho Permanente de Justiça o Juízo de Retratabilidade e posterior reabertura de vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

11. Pela Decisão de fls. 98/99, o Conselho Permanente de Justiça manteve a Decisão recorrida.

12. O ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, em novo parecer (fls. 110/114), suscitou uma preliminar de nulidade da Ação Penal, desde o Interrogatório, considerando incompetente o Conselho Permanente de Justiça para julgar o 1º Ten R/2 Med (EB) MARCELLO JOPPERT ANTUNES, por entender que a competência é de um Conselho Especial de Justiça para o Exército. Requereu a retificação dos registros cartorários e da autuação para constar corretamente o nome do acusado – MARCELLO JOPPERT ANTUNES e o seu Posto e Patente na reserva do Exército. Quanto ao mérito, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso em Sentido Estrito.

É o Relatório.

VOTO

Verifico que a parte é legítima para recorrer, o recurso em sentido estrito é cabível e adequado à espécie e foi tempestivamente interposto pelo recorrente, haja vista que o Órgão ministerial tomou ciência em 25/3/2013 (fl. 59) e, na mesma data, interpôs o recurso de fls. 65/68.

Portanto, conheço do recurso, uma vez que estão preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para sua admissibilidade.

Preliminar de nulidade da Ação Penal Militar – incompetência do Conselho Permanente de Justiça.

2. Argui a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por meio do Parecer da lavra do Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, a nulidade do feito, desde o Interrogatório, ao argumento de que o Conselho Permanente da Justiça Militar é incompetente para julgar Oficial da reserva não remunerada, por entender que a competência é de um Conselho Especial de Justiça para o Exército. E, por essa razão, sustentou que cabe a retificação dos registros cartorários e da autuação, para constar corretamente o nome do acusado e do seu Posto e Patente na reserva do Exército, ou seja, 1º Tenente Médico R/2 – MARCELLO JOPPERT ANTUNES.

3. Assiste razão ao *Parquet* militar que atua perante esta Corte.

4. Ora, como se observa dos autos, o acusado é detentor da Carta Patente de 1º Ten R/2 Med (EB), não havendo qualquer evidência nos autos de que tenha deixado de integrar a Reserva de 2ª Classe do Exército Brasileiro, o que só seria possível mediante a perda do posto e da patente, nos termos da legislação em vigor.

5. A esse propósito, vale registrar que o inciso II do art. 36 do Decreto nº 4.502, de 9 de dezembro de 2012, preconiza que os componentes da Reserva de 2ª Classe deixarão de integrá-lo, em ato do Comandante de RM, somente no caso de perda do posto e da patente. Ressalte-se que essa perda só se aperfeiçoa por decisão do Tribunal competente, que, nesse caso, compete a este Superior Tribunal Militar, consoante preceitua a seguinte disposição da nossa Carta Política, *in verbis:*

> *"Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:*
>
> *(...).*

> ***VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra."*** (os grifos não são do original).

6. Como bem pontuou o mencionado parecerista, quando se trata de matéria referente à competência dos Órgãos da Justiça Militar, a qualidade de Oficial, seja da ativa, seja da reserva ou reformado, é suficiente para definir o juiz competente, possuindo aquele a prerrogativa de ser julgado por Conselho Especial de Justiça. Aliás, é oportuno transcrever as razões expendidas no Parecer de fls. 110/114, *in litteris:*

> *"**Incompetência do Conselho Permanente de Justiça** - Preliminarmente, constata-se questão processual suficiente para inquinar de nulidade o processo, qual seja, a incompetência do Colendo Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar réu que possui a condição de Oficial das Forças Armadas. O acusado é Primeiro-Tenente Médico da Reserva do Exército. Foi licenciado e retornou à vida civil. Porém, **é detentor de Carta Patente, a qual lhe assegura, mesmo na Reserva do Exército, prerrogativas inerentes ao seu posto e à sua Patente.** Desse modo, na Justiça Militar deve ser processado por Conselho Especial de Justiça. O Conselho Permanente não tem competência para julgá-lo.*
>
> *Desde a Constituição do Império de 1824 as Patentes dos Oficiais militares são garantidas pela lei magna. A Constituição da República de 1988 assegurou:*
>
> > *'I- as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas'.*
>
> *Portanto, é uma ficção jurídica, data vênia de entendimento diverso, considerar o Oficial R/2 como se fosse civil, para se ver processar na Justiça Militar perante o Conselho Permanente. Ora, se não lhe foi retirada a Patente, nos termos da lei, como ignorar essa condição?*
>
> *(...).*

Nesse aspecto, o Decreto n. 4.502, de 9.12.2002, ao aprovar o Regulamento do Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - R/68, prevê que o Oficial R/2 será excluído da reserva, dentre outras situações, se perder a patente:

> *'Art. 36. Os componentes da Reserva de 2ª Classe deixarão de Integrá-la, em ato do Comandante de RM:*
>
> *(...)*
>
> *II- no caso de perda do posto e da patente'.*

Não se desconhece que a questão está submetida ao Supremo Tribunal Federal (HC n. 108320/SP - Rel. Min. Teori Zavascki), tendo sido indeferida a medida liminar e constando Parecer desfavorável da Procuradoria-Geral da República.

Também neste Tribunal Superior registra-se ***Acórdão de 20.9.2009,*** *o qual considerou como civil o Oficial R/2 processado na Justiça Militar. Contudo, não obstante tão abalizadas Decisões, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar entende que o detentor de Patente de Oficial das Forças Armadas, seja da Reserva de 2ª ou 3ª Classe, possui a prerrogativa de ser processado e julgado pelo Conselho Especial de Justiça.*

O equívoco constatado neste processo decorre de vício de origem, pois a Organização Militar de origem identifica o indiciado como 'ex-Tenente Médico', quando em verdade não há notícia de que tenha perdido a Patente. Apenas deixou o serviço ativo, licenciado por término do tempo de serviço - fls. 18. Tanto a Solução do Inquérito quanto o Relatório do Oficial Encarregado o classificam como 'ex-militar', o que causou uma sequência de erros. Contudo, os documentos de fls. 30-35 demonstram que o acusado é 'Primeiro-Tenente Médico da Reserva de 2ª Classe', cujo posto e respectiva patente se mantêm íntegros.

Compete ao Conselho Especial de Justiça 'processar e julgar Oficiais, exceto Oficiais-Generais, nos delitos previstos na legislação penal militar', estabelece o artigo 27, da Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992. Para Célio Lobão, 'haverá nulidade absoluta (...) na incompetência ratione personae *do Conselho de Justiça (...)'. 'A nulidade absoluta deve ser declarada em qualquer instância, independentemente de provocação, ou de prejuízo da parte'.*

A sujeição de Oficial das Forças Armadas ao processo por Órgão judiciário castrense destinado ao julgamento de praças, diverso do previsto em lei, ou seja, o Conselho Especial de Justi-

ça, é deformidade inaceitável a inquinar de nulidade o processo, pois retira-lhe prerrogativas concedidas pelo seu posto e patente, e descumpre importantes regras processuais. A base das Forças Armadas – hierarquia e disciplina –, é observada na aplicação da Justiça Militar precisamente porque essa é uma das suas características peculiares, inerente à sua especialização, composição de seus Colegiados julgadores e modo de ser aplicada aos jurisdicionados.

Sendo assim, suscita de ofício preliminar de nulidade do feito, desde o Interrogatório do acusado, com a renovação dos atos perante o Colendo Conselho Especial de Justiça." (os grifos são do original).

7. Dessa forma, tendo em vista que o Conselho Permanente de Justiça da 12ª CJM é incompetente para processar e julgar o 1º Ten R/2 Med (EB) MARCELLO JOPPERT ANTUNES, é nula a Decisão de fls. 55/57, pois a qualidade de Oficial da Reserva não remunerada é suficiente para fixar a competência do Conselho Permanente de Justiça pelo critério *ratione personae*.

Ante o exposto, acolho a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, declarando a nulidade da Ação Penal Militar nº 138-85.2012.7.12.0012, desde o interrogatório, considerando competente o Conselho Especial de Justiça para o Exército, para julgar o 1º Ten R/2 Med (EB) MARCELLO JOPPERT ANTUNES, com a retificação dos registros cartorários e da autuação, para constar corretamente o nome do acusado, seu Posto e Patente na reserva do Exército, para o regular prosseguimento do feito no Juízo *a quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em acolher a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, declarando a nulidade da Ação Penal Militar nº 138-85.2012.7.12.0012, desde o interrogatório, considerando competente o Conselho Especial de Justiça para o Exército, para julgar o 1º Ten R/2 Med (EB) Marcello Joppert Antunes, com a retificação dos registros cartorários e da autuação, para constar corretamente o nome do acusado, seu Posto e Patente na reserva do Exército, para o regular prosseguimento do feito no Juízo *a quo*.

Brasília, 10 de setembro de 2013 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator p/ o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 53-65.2013.7.12.0012-AM

No julgamento dos presentes autos, votei vencido porque rejeitava a preliminar de nulidade do Feito arguida pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que alegara a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o Exército para julgar o 1º Ten Med R/2 MARCELLO JOPPERT ANTUNES, uma vez que o referido Acusado é detentor de Carta Patente de Oficial, razão pela qual deveria ser julgado por um Conselho Especial de Justiça para o Exército.

Data venia, entendi que não assistia razão à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas:

Com se vê no Aditamento Nº 001 ao Boletim Interno Nº 037 do Hospital Militar de Área de Manaus (fl. 10), o ex-1º Ten Ex MARCELLO JOPPERT ANTUNES foi licenciado *ex officio* das fileiras do Exército, excluído e desligado do estado efetivo daquela OMS, a contar de 27 de fevereiro de 2008, por término de prorrogação de tempo de serviço, tudo com base no inciso I do § 2º do art. 32 do Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva (R-68/RCORE), aprovado pelo Decreto nº 4.502, de 9 de dezembro de 2002.

Assim sendo, após o referido Ato Administrativo, rompeu-se qualquer vínculo entre a Administração Militar e o Réu, devendo este, em consequência, ser considerado civil. Senão, vejamos:

Assim prescreve a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares):

> *"Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.*
>
> *§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:*
>
> *a) na ativa:*
>
> *I - os de carreira;*
>
> *II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;*
>
> *III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;*

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva*; e*

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

b) na inatividade:

I - os da reserva remunerada*, quando pertençam à* reserva *das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e*

II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

III - os da reserva remunerada*, e, excepcionalmente, os reformados, executando tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.".*

Observa-se que o ex-1º Ten Temp MARCELLO JOPPERT ANTUNES não se enquadra em nenhuma das categorias anteriormente descritas, não podendo ser considerado militar em atividade e, tampouco, inativo, não fazendo parte, portanto, das Forças Armadas.

Tal conclusão se confirma com a análise do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) – Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002:

"Art. 2º Estão sujeitos a este Regulamento os militares do Exército na ativa, na reserva remunerada e os reformados.".

Observa-se, pois, que o integrante da Reserva não Remunerada não pode ser considerado militar nem mesmo para fins disciplinares, uma vez que não está elencado no rol daqueles que estão submetidos ao RDE.

Assim, os direitos e prerrogativas do Posto, decorrentes da Carta Patente que detém aquele que está na Reserva não Remunerada (também chamado de Reservista de 2ª Classe), só terão efeito jurídico em caso de convocação, como se depreende da leitura do Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva (R-68/RCORE):

"Art. 5º - A Reserva de 2ª Classe é constituída por:

(...)

III - oficiais e aspirantes-a-oficial dos Serviços, dispensados por legislação específica, relativa a profissional de nível superior, de frequentar OFOR, quando não convocados; e

IV - oficiais demitidos, a pedido ou ex officio, *na forma estabelecida pela* Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, *Estatuto dos Militares, exceto os que perderem o posto e a patente.*

(...)

Art. 8º - A inclusão ou reinclusão na Reserva de 2ª Classe decorrerá:

(...)

VI - do licenciamento do serviço ativo, exceto quando ocorrer a bem da disciplina;

(...)

Parágrafo único. Os integrantes da Reserva de 2ª Classe são da reserva não remunerada e, após convocados, considerados militares temporários da ativa, só voltando a compor a Reserva de 2ª Classe quando excluídos do serviço ativo.

Art. 43. Os oficiais ou aspirantes-a-oficial pertencentes ao CORE, quando convocados, desfrutam dos direitos e das prerrogativas de seu posto, constantes de leis e regulamentos atinentes aos oficiais na ativa, ressalvado o disposto neste Decreto e em dispositivos específicos para os militares temporários.

Parágrafo único. Não se aplicam aos oficiais ou aspirantes-a-oficial temporários, nas condições deste artigo, o estabelecido no Estatuto dos Militares quanto à vitaliciedade, presumida ou assegurada, e ao direito à estabilidade.".

No mesmo sentido, pode ser citado o seguinte aresto do STM:

"EMENTA: HABEAS CORPUS.

I - Conforme a lei e doutrina, o Oficial da Reserva da 2ª Classe das Forças Armadas não é militar, sendo considerado civil, quando não prestando o serviço militar.

II - Conselho Especial de Justiça para a Marinha sorteado para julgar Oficial da Reserva de 2ª Classe da Marinha, que é considerado civil.

III - Declarado nulo o Processo desde o sorteio do Conselho Especial de Justiça para a Marinha, determinando a remessa dos autos a um Conselho Permanente de Justiça para o Exército para nova apreciação do Feito, dado que há outros denunciados que são praças do Exército.

IV - Habeas Corpus conhecido por unanimidade de votos e, por maioria, de ofício, declarado nulo o Feito." (Habeas Corpus nº 2009.01.034680-5. Rel. Min. Sergio Ernesto Alves Conforto. Julgamento: 20/8/2009).

Assim, conclui-se que o Réu não ostenta a condição de militar e, por tal motivo, não pode ser julgado por um Conselho Especial de Justiça.

Diante de tais considerações, votei vencido porque rejeitava a preliminar de nulidade arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por falta de amparo legal, e prosseguia no exame do mérito recursal.

Superior Tribunal Militar, 10 de setembro de 2013.

Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes
Ministro-Relator

_____

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 103-06.2013.7.01.0301-RJ

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 7/6/2013, proferida nos autos do IPM n° 103-06.2013.7.01.0301, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do 3S Aer Marco Antônio da Ana Rodrigues e do 2S Aer Alexandre Monteiro de Oliveira, como incursos no art. 240, § 5º, do CPM.

Advogados – Drs. Luiz Claudio Gomes Lopes, Leonardo Gomes Lopes, Alexandre Barolli Brito e Defensoria Pública da União.

EMENTA

Recurso em Sentido Estrito. Rejeição da ***Denúncia****. Furto qualificado. Desprovimento. Inconformismo do* Parquet *Militar diante da* ***Decisão*** *do* ***Juízo*** *de origem que rejeitou a* ***Denúncia*** *oferecida em desfavor de militares incursos nas penas do delito de furto qualificado. Em que pese a* ***Exordial*** *descrever uma série de ações realizadas pelos* ***Denunciados****, nenhuma dessas ações está associada* ***diretamente*** *ao desaparecimento da* res furtiva*; ademais, ainda que a* ***Denúncia*** *deixe entrever que os* ***Denunciados*** *agiram em coautoria, não faz sequer menção e muito menos demonstra o vínculo subjetivo que os uniria na prática criminosa, mostrando-se igualmente omissa quanto à individualização do proceder objetivo de cada um* ***diretamente*** *orientado para a subtração da* res*. Por outro lado, a* ***Denúncia*** *também não é clara e precisa quanto ao que foi efetivamente subtraído. Desse modo, o que se tem na espécie é uma imputação que se situa, quando muito, no plano da* ***possibilidade****, o que, à evidência, é pouco para submeter os* ***Denunciados*** *aos rigores e sacrifícios de uma* ***Ação Penal Militar****, que acarreta,* ***como regra****, pesado dano psicológico e moral e sérias limitações na vida profissional e pessoal, inclusive, a do vínculo ao distrito da culpa. Como é cediço, a* ***Exordial*** *deve,* ***sob o ponto de vista formal****, descrever a conduta de cada um dos sujeitos ativos do fato tido criminoso;* ***sob a ótica material****, deve apoiar-se em elementos probatórios, que, no mínimo, propiciem um* ***juízo de probabilidade*** *de ser essa descrição representativa do acontecido. À evidência, essas são exigências incontornáveis, na medida da*

sua indispensabilidade para a efetivação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, sobretudo, para precaver o indivíduo de acusações temerárias e injustificadamente ofensivas ao seu status libertatis. *Desprovimento do* ***Recurso****. Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo na íntegra a Decisão hostilizada.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Fernando Sérgio Galvão e Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 62ª Sessão, 29/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Recurso em Sentido Estrito*** interposto pelo ***Ministério Público Militar***, inconformado com a ***Decisão*** do Juiz-Auditor Substituto da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 7/6/2013, que rejeitou a ***Denúncia*** oferecida em desfavor do 3S Aer MARCO ANTÔNIO DA ANA RODRIGUES e do 2S Aer ALEXANDRE MONTEIRO DE OLIVEIRA, como incursos no artigo 240, § 5º, do Código Penal Militar.

A ***Exordial*** rejeitada encontra-se às fls. 1-1/2, imputando aos ***Denunciados***, em suma, a subtração de pisos de cerâmica, que se encontravam na Área do Grupo Especial de Inspeção em Voo/Rio de Janeiro, fato esse ocorrido em 24/1/2013.

O ***Inquérito Policial Militar*** que serve de lastro à ***Acusatória*** é visto às fls. 1 *usque* 189 (***Solução*** à fl. 190).

A ***Decisão*** hostilizada está às fls. 201/202, encontrando-se, essencialmente, fundamentada na "***inexistência de indícios mínimos de autoria que justifiquem a propositura da ação penal***" e, por conseguinte, na "***ausência de justa causa como condição para o seu regular exercício"*** (***artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 3º, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar***).

A petição do ***Recurso*** do *Parquet* encontra-se à fl. 204.

Em suas ***Razões*** de fls. 207/209, o ***MPM***, após resgatar e discutir fragmentos da ***Exordial***, sustenta que é razoável atribuir aos ***Acusados*** "***a autoria do delito sob exame***". Destaca que, na fase processual de recebimento da ***Denúncia***, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*. Salienta que, ao revés do que consta no *Decisum* recorrido, há fortes indícios de autoria, cabendo aos ***Denunciados***, no curso da ***Ação Penal***, "***realizar as provas de Defesa***". Assevera que a ***Denúncia*** é clara e atende a todos os requisitos legais, não havendo, pois, justificativa para sua rejeição. Aponta que o oferecimento da ***Denúncia*** está em consonância com o princípio da obrigatoriedade. Requer, por fim, que o ***Recurso*** seja provido, "***para, baixando os autos, cassar a respeitável Decisão de fls. 201/202 e determinar o recebimento integral da Exordial Acusatória***".

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 221/223, a ***Defesa*** do 2S ALEXANDRE MONTEIRO DE OLIVEIRA sustenta que a ***Denúncia*** "***apresenta apenas meras ilações que não levam ao mínimo de suporte probatório capaz de permitir a instauração de um processo***". Argumenta que a ***Inicial*** deve ser examinada não só quanto ao atendimento de seus pressupostos legais, mas também à luz dos princípios constitucionais. Requer, ao fim, que o ***Recurso*** seja desprovido, mantendo-se a ***Decisão*** vergastada.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 228/231, a ***Defesa*** do 3S MARCO ANTÔNIO DA ANA RODRIGUES sustenta que, consoante restou consignado no *Decisum* atacado, não há indícios suficientes de autoria, não se sabendo, ademais, "***quando precisamente o material foi subtraído, quiçá sua quantidade***". Salienta que, nesses termos, a instauração de uma ***Ação Penal*** constituiria clara desatenção ao princípio da dignidade humana. Destaca, ainda nesses termos, que o recebimento da ***Exordial*** caracterizaria um constrangimento ilegal e "***uma abusiva e inominável ilegalidade***". Cita, a propósito, escólios de doutrinadores pátrios. Pede, afinal, pelo não provimento do ***Recurso*** ministerial.

Pela via da ***Decisão*** de fl. 232, o Magistrado *a quo* manteve a ***Decisão*** recorrida.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 243/250, da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, opina no sentido do conhecimento e provimento do ***Recurso***.

É o Relatório.

VOTO

Como bem assentado no *Decisum* recorrido, não há, *in casu*, indícios suficientes de autoria a justificarem a deflagração de ***Ação Penal***

Militar em desfavor dos Sargentos MARCO ANTÔNIO DA ANA RODRIGUES e ALEXANDRE MONTEIRO DE OLIVEIRA.

Primeiramente, em que pese a ***Exordial*** descrever uma série de ações que foram realizadas pelos ***Denunciados*** no dia 24/1/2013 (***movimentação do "palhet", saídas com a viatura da GEIV, etc.***), nenhuma dessas ações está associada ***diretamente*** ao desaparecimento da ***res furtiva***, o que as torna meramente circunstanciais.

Ademais, a ***Denúncia***, ainda que deixe entrever que os Sargentos MARCO ANTÔNIO DA ANA RODRIGUES e ALEXANDRE MONTEIRO DE OLIVEIRA agiram em coautoria, não faz sequer menção e muito menos demonstra o vínculo subjetivo que os uniria na prática criminosa, mostrando-se igualmente omissa quanto à individualização do proceder objetivo de cada um deles ***diretamente*** orientado para a subtração da ***res***.

Por outro lado, também como muito bem ditou a ***Decisão*** vergastada, a ***Denúncia*** não é clara e precisa quanto ao que foi efetivamente subtraído, eis que, ***em primeiro momento***, refere que "***após a saída da viatura, o Senhor Medrado e o Senhor Aldenir, ambos funcionários da empresa JBL, vistoriaram o 'palhet' movimentado por volta das 15h45min e constataram que tinha sido violado e faltava uma caixa de piso***" e, ***em outro***, aponta que "***No dia 25/1/2013, o Senhor Vicente Medrado se dirigiu ao local onde deveria estar o 'palhet' e constatou que este havia sumido. Entretanto, só foi levado ao conhecimento da Seção de Inteligência do GEIV na segunda-feira dia 28/1/2013***".

E esses pontos foram muito bem abordados pelo Magistrado *a quo* no seguinte fragmento do *Decisum* recorrido, *ipsis litteris*:

> *"Verifica-se pelas provas colhidas no IPM, bem como pela própria narrativa do Ministério Público Militar que não é possível afirmar se os denunciados efetivamente subtraíram as peças de porcelanato, pois não há uma única prova testemunhal presencial, nem gravação de vídeo. Da mesma forma, não há uma única prova da certeza quanto à quantidade de peças de porcelanato que existia no local. Por fim, não foi apreendida uma única peça de porcelanato, ou seja, existem apenas meras deduções em razão de os denunciados terem estacionado a viatura próxima ao local em que estaria o material supostamente subtraído."*.

Desse modo, o que se tem na espécie é uma imputação que se situa, quando muito, no plano da ***possibilidade***, o que, à evidência, é

pouco para submeter os ***Denunciados*** aos rigores e sacrifícios de uma ***Ação Penal Militar***, que, como sabem todos, acarreta, ***como regra***, pesado dano psicológico e moral e sérias limitações na vida profissional e pessoal, inclusive, a do vínculo ao distrito da culpa.

Como é cediço, a ***Denúncia*** deve, ***sob o ponto de vista formal***, descrever a conduta de cada um dos sujeitos ativos do fato tido criminoso; ***sob a ótica material***, deve apoiar-se em elementos probatórios, que, no mínimo, propiciem um ***juízo de probabilidade*** de ser essa descrição representativa do acontecido.

À evidência, essas são exigências incontornáveis, na medida da sua indispensabilidade para a efetivação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, sobretudo, para precaver o indivíduo de acusações temerárias e injustificadamente ofensivas ao seu *status libertatis*.

A propósito e já bem enraizada no terreno do tempo está a lição do sempre lembrado mestre José Frederico Marques. *Verbis*:

> *"O que deve trazer os caracteres de* ***certa e determinada****, na peça acusatória, é a imputação. Esta consiste em atribuir à pessoa do réu a prática de determinados atos que a ordem jurídica considera delituosos; por isso, imprescindível é que nela se fixe, com exatidão, a conduta do Acusado, descrevendo-a o Acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada. [...] É preciso que haja o* fumus boni iuris *para que a Ação Penal contenha condições de viabilidade. O processo penal atinge o* status dignitatis *do Acusado. Em vários casos, esse sacrifício é exigido (****como acontece sempre que o réu é absolvido****) no interesse do Bem Comum. Todavia, se nem o* fumus boni iuris *pode descobrir-se para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o Juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa."* (*In Elementos de Direito Processual Penal*. 3. atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. São Paulo: Millennium Editora, 2009. v. 2, p. 150-163).

No mesmo sentido está o magistério mais recente de Álvaro Mayrink da Costa, *in litteris*:

> *"O princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública é uma consequência lógica do princípio da oficialidade, é uma resultante de o Estado assumir o monopólio do* ius

puniendi. *É óbvio que tal princípio não robotiza o Ministério Público, pois para ingressar em juízo e propor sua pretensão punitiva terá de ter base probatória factual que consolide a formação do juízo de tipicidade penal. Não pode deixar de apreciar os pressupostos técnicos, porquanto denunciar por denunciar constitui-se no abuso do direito de denunciar. Para o juízo de admissibilidade da acusação deve o fato estar descrito com todas as suas circunstâncias, dentro dos limites do que já tinha sido apurado, desde que havidos como suficientes para a tipificação penal. A denúncia deve obrigatoriamente estar lastreada em elementos de prova que evidenciem a viabilidade da acusação formulada, sob pena de se constituir em abuso do poder de denunciar*." (*In Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. v. 3, p. 652).

Por seu turno, a jurisprudência pátria segue o mesmo destino, conforme desvelam, à guisa de exemplos, os seguintes precedentes:

"**HABEAS CORPUS**. *PROCESSUAL PENAL E PENAL. VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. A peça vestibular da ação penal se limitou a dizer, em caráter vago, que o paciente teria revelado segredo de que tinha conhecimento em razão da atuação profissional, mas não indicou ao menos um fato, assunto ou documento que tivesse sido indevidamente exposto pelo paciente. 2. É cediço que a denúncia deve especificar, ao menos sucintamente, fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago. 3. Se, nos documentos indicados pela exordial acusatória como sendo o suporte probatório que justificaria a propositura da ação penal (boletim de ocorrência policial e a representação da vítima), também não há especificação sequer do assunto sobre o qual teria ocorrido a indevida quebra de sigilo pelo paciente, evidencia-se a ausência de justa causa a justificar a instauração da persecução criminal. 3. Ordem concedida para, reconhecendo a inépcia da denúncia e a falta de justa causa, trancar e extinguir a Ação Penal n. 09.538.802-1.*" (**STJ - Habeas Corpus nº 210.619/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 15/9/2011**).

"**HABEAS CORPUS** *IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO*

CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO WRIT. *EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA GENÉRICA QUE NÃO NARRA SATISFATORIAMENTE A CONDUTA IMPUTADA À PACIENTE. ACUSAÇÃO BASEADA APENAS NO FATO DE SER A ACUSADA FUNCIONÁRIA DA PESSOA JURÍDICA E IRMÃ DA PROPRIETÁRIA DA EMPRESA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS SUPOSTOS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1.***Omissis***. *2.* ***Omissis***. *3. Para a imputação do crime previsto no art. 288 do Código Penal, o concurso necessário de mais de 3 agentes, de forma permanente, ligados subjetivamente pela vontade consciente de cometerem delitos, como elementares que são do tipo, devem ser demonstradas pelo* Parquet *quando do oferecimento da peça acusatória, sob pena não só de inviabilizar o exercício da defesa como, até mesmo, impossibilitar a adequação típica entre a conduta e a norma. 4. Na espécie, não há na exordial acusatória menção à convergência de vontades direcionada à prática criminosa, o que faz com que ela não atenda às exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, notadamente por não conter a exposição clara dos elementos indispensáveis do fato tido como delituoso, pois não demonstra a associação da paciente aos demais corréus, tampouco os contornos da conduta que indiquem o preenchimento da elementar subjetiva. 5. Ordem não conhecida.* Habeas corpus *concedido de ofício para pronunciar a deficiência formal da denúncia e determinar o trancamento da Ação Penal nº 002. 05.004293-0, relativamente à Andreciliana Dias dos Santos."* (**STJ - Habeas Corpus nº 210.897/RO, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2012**).

*"***HABEAS CORPUS***. PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DENÚNCIA. NATUREZA GENÉRICA. INÉPCIA CARACTERIZADA. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE LAS-*

TRO PROBATÓRIO MÍNIMO. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. 1. É inepta a denúncia que tem caráter genérico e não descreve a conduta criminosa praticada pelos pacientes, mas apenas menciona a posição por eles ocupada na hierarquia de uma empresa que, ao integrar uma coleta simulada de preços, teria contribuído para a prática delitiva. 2. A peça acusatória deve especificar, ao menos sucintamente, fatos concretos, de modo a possibilitar ao acusado a sua defesa, não podendo se limitar a afirmações de cunho vago. 3. O crime tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo imprescindível a demonstração de prejuízo ou de dolo específico. Precedentes desta Corte. 4. Ordem concedida." (**STJ - Habeas Corpus nº 164.172/MA, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 12/4/2012**).

É o quanto basta.

Posto isso.

Nego provimento ao ***Recurso*** do ***MPM***, mantendo íntegra a ***Decisão*** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo na íntegra a Decisão hostilizada.

Brasília, 29 de agosto de 2013 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

_____

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 274-22.2011.7.01.0401-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4/3/2013, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 274-22.2011.7.01.0401, que decretou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Civil Arthur Fabiano Improise, denunciado como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, determinando a remessa do feito à Justiça Federal comum.

Advogado – Dr. Mauro de Almeida Felix, Defensor Dativo.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DECISÃO DO JUÍZO A QUO *DECLINANDO DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE CIVIL. CRIME MILITAR. ART. 251 DO CPM. VALORES DESVIADOS COMPREENDIDOS NO ÂMBITO DO PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. LEI DE PENSÃO DOS MILITARES. ORÇAMENTO DA UNIÃO. EXISTÊNCIA DE DANO DIRETO E EFETIVO ÀS FORÇAS ARMADAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. Consoante a redação do art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar da União o processamento e o julgamento de civis, mesmo em tempo de paz, pela prática de crime militar tipificado no Código Penal Militar. A conduta delituosa praticada por civil, quando levada a efeito em prejuízo das instituições militares, aí compreendida a lesão ao patrimônio sob a Administração Militar, sujeita-o ao processamento e julgamento pela Justiça Castrense, em homenagem ao Princípio da Especialidade, conforme a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar. Os artigos 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765/60 fundamentam o entendimento segundo o qual os recursos orçamentários destinados ao pagamento das pensões militares encontram-se alocados a cada um dos Comandos Militares e que são essas Instituições as responsáveis pela elaboração da proposta orçamentária e pela execução dos recursos a elas destinados no Orçamento Geral da União. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido. Unanimidade.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4/3/2013, declarar a competência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar a Ação Penal n° 274-22.2011.7.01.0401, determinando a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. E, **por maioria**, o Tribunal, com fundamento no art. 51, § 2°, do RISTM, recomendou à Auditoria de origem que fossem observadas as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34, da Lei n° 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 - Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas. O Ministro José Coêlho Ferreira divergia do Ministro Relator, tão somente para determinar que fossem observadas pelo Juízo *a quo* as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34, da Lei n° 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 53ª Sessão, 1º/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, nos termos da alínea "e" do artigo 516, c/c o art. 518, ambos do CPPM, em desfavor da Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4 de março de 2013 (fls. 143/152), proferida nos autos do IPM nº 274-22.2011.7.01.0401, que decretou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Civil ARTHUR FABIANO IMPROISE, denunciado como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, determinando a remessa do feito à Justiça Federal comum.

A Inicial Acusatória (fls. 02/03) dá conta de que, após o falecimento da pensionista Adilea Ayres Improise, ocorrido em 11 de dezembro de 2009, o Denunciado, ARTHUR FABIANO IMPROISE, filho da falecida, deixou de comunicar o óbito tanto à Administração Militar, que continuou a creditar a pensão, quanto à instituição bancária, mantendo-as em erro, o que permitiu que o Acusado passasse a movimentar a conta da falecida efetuando saques com o cartão bancário, auferindo, assim, vantagem indevida em prejuízo da administração militar. Esse fato perdurou até o dia 5 de fevereiro de 2010, quando foi efetuado o último saque na conta da pensionista.

Prossegue a Vestibular Acusatória aduzindo que a autoria foi confessada pelo Denunciado no procedimento inquisitorial, quando afirmou que agiu dessa forma para pagar dívidas decorrentes do tratamento de saúde de sua genitora, uma vez que não possuía recursos financeiros.

A conduta delituosa foi revelada após o cruzamento de dados entre o SISOB (Sistema de Informações de Óbitos) e o Sistema de Pagamentos da Marinha, ocasionando o bloqueio e o cancelamento da pensão em abril de 2010.

A Denúncia faz referência, ainda, ao Laudo Pericial Contábil (fls. 29/30), que informou créditos indevidos na conta-corrente da falecida pensionista, em valores corrigidos até outubro de 2011, da ordem de R$ 15.698,89 (quinze mil e seiscentos e noventa e oito reais e oitenta e nove centavos), valor esse que não foi devolvido pela instituição bancária à administração militar por insuficiência de fundos.

Em vista disso, o MPM pugnou pelo recebimento da Denúncia para processamento e julgamento do Civil ARTHUR FABIANO IMPROISE, como incurso no art. 251 do CPM.

A Denúncia foi recebida em Decisão datada de 3 de abril de 2012 (fl. 72).

Na referida Decisão, o Magistrado *a quo*, com base no § 4º do artigo 394, c/c os artigos 396 e 396-A, ambos do Código de Processo Penal comum, deixou de designar data para os demais atos processuais, determinando a citação do Acusado para apresentar a Defesa Prévia em 10 dias.

O denunciado foi citado em 24 de abril de 2012 (fl. 80), tendo a sua Defesa dativa respondido à Acusação (fls. 82/84) aduzindo que o óbito da pensionista ocorreu em 11 de dezembro de 2009, *"portanto, os*

saques realizados por sobre o montante depositado no início do referido mês eram de direito da obituada e poderiam ser utilizados por seu procurador ou responsável, o que determina o início da persecução em janeiro do ano subsequente com o valor pertinente ao mês de dezembro de 2009 onde apenas onze dias seriam pertinentes ao direito enquanto aos demais já seriam computados como ato, em tese, delituoso; (...)".

Sustentou, ainda, que não restou comprovado o dolo de enganar, de ludibriar com uso do artifício, sendo comum a Justiça Militar inserir a conduta delituosa no art. 251 do CPM e, mais que isso, houve omissão da Administração Militar, uma vez que somente em 2011 tomou providências no sentido de suspender o pagamento do benefício.

Ao final, pugnou pela desclassificação da imputação para o delito tipificado no art. 248 do CPM, uma vez que os saques foram efetuados para saldar a dívida deixada pela falecida pensionista como decorrência das despesas havidas com o seu tratamento.

Novamente, o Magistrado *a quo* manifestou-se em Despacho datado de 16 de maio de 2012, nos seguintes termos (fl. 85):

> *"Na esteira da fundamentada resposta à acusação, às fls. 82/84, não sendo,* ***de regra****, o momento oportuno para se analisar o ventilado pedido de desclassificação – para apropriação indébita –* ***e, por principal, não sendo, na espécie, hipótese concreta de absolvição sumária ou de julgamento antecipado da lide*** *por não se visualizar e/ou verificar os 'temas' tratados nos artigos 397 e 398, ambos do CPPB, inclusive como reconheceu o Exmº Advogado Dativo,* ***reitero a decisão de recebimento da denúncia****. (...)".*

Na Audiência de Qualificação e Interrogatório (fls. 88/90), o Acusado assumiu a autoria do delito afirmando que efetuou os saques narrados na Denúncia, porém, ressalvando que o fez *"em função da doença que sua mãe apresentava, totalizando o tratamento um período de doze anos, período no qual diversos exames foram realizados, que sua presença sempre foi fundamental e assim gastou dinheiro com médicos, exames e tratamentos correlatos; que sua mãe não possuía plano de saúde; (...)".*

Não havendo testemunhas a serem arroladas (fl. 91), passou-se à fase do art. 427, na qual a Defesa e o Órgão ministerial requereram, respectivamente, que se oficiasse à Caixa Econômica Federal sobre eventuais filmagens de saques nos caixas eletrônicos no período de 5 de abril a 16 de junho de 2010; se os saques efetuados após o falecimento se deram com o mesmo cartão bancário.

Os pedidos foram integralmente deferidos pelo Juízo (fl. 96).

Em Ofício de nº 157/2012/Ag. Guanabara, de 27 de julho de 2012 (fl. 103), a Caixa Econômica Federal informou que não poderia fornecer as cópias de filmagens ou fotografia do Acusado, uma vez que os equipamentos dos caixas 24 horas não armazenam imagens por mais de 30 dias.

Com relação aos saques efetuados por um único cartão magnético, a Caixa Econômica Federal, por intermédio do Ofício nº 188/2012/0209, de 27 de agosto de 2012 (fl. 112), informou que após o dia 11 de dezembro de 2009 foi realizado o bloqueio do cartão magnético nº 603689.0000.68146.3999, cuja data do bloqueio foi em 6 de fevereiro de 2010. Informou, ainda, a emissão de novo cartão (o de número 603689.0010.02050.1235), no dia 31 de dezembro de 2010.

As Alegações Escritas de ambas as Partes foram apostas às fls. 119/122 (MPM) e às fls. 124/130 (Defesa).

Em Decisão datada de 4 de março de 2013 (fls. 143/152), o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, preliminarmente, por unanimidade de votos, acolhendo a arguição suscitada pela Defesa, declinou de sua competência para o processamento e julgamento do feito, *"na forma pontilhada pela recente jurisprudência do e. STF em casos desse jaez e encaminhar os autos à Justiça Comum Federal."*.

Para melhor explicitar tal Decisão, cito, por oportuno, trechos da fundamentação do Conselho Julgador:

> *"(...) o Exmº Advogado Dativo pediu a palavra, alegando ou arguindo, em sede de preliminar, a incompetência da JMF, tendo como supedâneo os recentes julgados do E. STF no concernente.*
>
> *(...)*
>
> *(...) considerando realmente os recentes acórdãos do e. STF no concernente, verifica-se a incompetência da JMF para processar e julgar o acusado (**o civil**) em razão da imputação do chamado delito de estelionato previdenciário militar.*
>
> *É dizer: considerando a formação de novel entendimento por parte do e. STF, deve-se ressaltar que os valores alegadamente desviados não podem ser incluídos no âmbito do 'patrimônio sob a administração militar', uma vez que, ao contrário de verbas destinadas especificamente às Forças Armadas, os ci-*

tados valores de pensão saem diretamente dos 'cofres' da União Federal – pessoa jurídica de direito público.

*Desta feita, embora haja entendimento diverso, não se vislumbra (**atualmente**) a hipótese de qualquer dano direto e efetivo às Forças Armadas no caso em tela, pois, como já destacado, referidos valores saíram diretamente da União Federal. Hipótese diferente ocorreria se o valor em **tese** recebido pelo acusado fosse oriundo da verba repassada, no caso, à administração da MB para o seu **custeio em geral**; aí sim, haveria prejuízo direto e efetivo às FFAA, ao patrimônio sob a administração militar, i.e., que tal montante não poderia ser empregado, de regra, de modo diverso.*

(...) o STF em constante evolução jurisprudencial delimita a submissão, notadamente de civis, à Justiça Militar Federal, impondo-se estrita interpretação em casos previstos no Código Penal Militar (na tipicidade indireta).

Deve-se citar o extrato do precedente:

> ***'não se tem** por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, **tratando-se** de réus civis, **se** a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, **não afetar**, de modo real **ou** potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, **que constituem,** em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados.'*
>
> *(HC 112.936 MC/RJ Rel. Min. Ayres Britto, 29.07.2012 – grifos originais)*

No mesmo sentido, HC 81.963/RS, Rel. Min. Celso de Mello.

E em caso semelhante ao presente, qual seja, o delito de estelionato em decorrência da movimentação da conta-corrente de ex-pensionista falecida, fora deferida liminar para a suspensão do feito junto ao STM, sob o argumento de incompetência da JMU para processar e julgar o feito, nos seguintes termos (em apertado resumo):

> *'Em casos assemelhados ao do presente habeas corpus, este Supremo Tribunal tem adotado o entendimento de que o cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional, isto é, apenas quando tal cometimento se tra-*

duz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal) (HC 105.348/RS Rel. Min. Ayres Britto, Dje nº 28, publicado em 11/2/2011).

No feito em análise, a conduta imputada ao paciente é de expressiva lesão ao erário, e consequentemente, à União, fato este suficiente, ao que me parece, à configuração da competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal de origem.'

(HC 115.387 MC/RJ Rel. Min. Joaquim Barbosa, 3/10/2012 – grifos ausentes no original).

***Para solapar**, considerando (**mais**) que a alegada conduta criminosa atribuída ao acusado (civil) não possui o condão de afetar, em verdade, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das Instituições Militares, **ou mesmo**, direta e frontalmente causar prejuízo ao patrimônio sob tutela da MB, repita-se, sendo o ventilado prejuízo sofrido pela União Federal, na esteira dos julgados acima, **caminhou o Colegiado de Justiça (também) no entendimento de incompetência (absoluta) da Justiça Militar Federal para processar e julgar o feito, diga-se também, para afastar o julgamento/resolução de mérito, tudo** em favor da Justiça Comum Federal (CRFB, art. 109, inc. IV) (...)."* (Grifos no original).

Cientificado da Decisão no dia 4 de março de 2013 (fl. 152), o Ministério Público Militar interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito no dia 18 de março de 2013 (fl. 157).

Em suas Razões Recursais (fls. 160/166), o Ministério Público Militar requereu, preliminarmente, o reconhecimento da tempestividade e do cabimento do Recurso em Sentido Estrito. No mérito, pugnou pelo conhecimento e provimento do Recurso para fixar o foro da Justiça Militar da União como competente para julgar o Civil ARTHUR FABIANO IMPROISE *"pela prática do crime de estelionato, nos exatos termos da Denúncia"*.

Em seu arrazoado, assim sustentou a eminente representante do MPM:

"(...) A r. Decisão recorrida busca fundamento em Decisão liminar da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, ministro do

Supremo Tribunal Federal, na Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 115.387, ainda não definitivamente julgado, transcrita às fls. 149/151, que, por sua vez, cita dois precedentes: o HC 112.936 MC/RJ e o HC 105.348/RS MC/RJ, ambos da relatoria do Ministro Ayres Britto.

Muito embora a matéria apreciada na decisão liminar do Ministro Joaquim Barbosa venha a guardar similitude com a matéria dos presentes autos, qual seja, julga-se o 'estelionato' assim chamado 'previdenciário', os precedentes nela citados, de relatoria do Ministro Ayres Britto, não podem ser admitidos como paradigma por tratarem de delito diverso, o delito de dano, causado por abalroamento de veículo militar ou sob administração militar.

Além disso, a decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no bojo do precedente citado (HC 115.387) deve ser desconsiderada por se tratar de decisão liminar tirada em Medida Cautelar em Habeas Corpus, concedida para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar no julgamento da Apelação nº 0000072-84.2007.7.01.0401. A apelação tem como matéria de fundo o crime de estelionato previdenciário, mas apresenta preliminar que trata da suspensão do processo e do prazo prescricional, não se podendo firmar desde já qualquer precedente genérico, haja vista a ausência de um juízo meritório do Habeas Corpus, ainda pendente de julgamento.

O artigo 124 da Constituição Federal dispõe: 'À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.'

A lei a que ser (sic) refere a norma constitucional é o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, está em pleno vigor e descreve, na sua Parte Especial, as condutas consideradas ilícitas cuja autoria pode recair sobre o militar ou civil. Prevê também, na Parte Geral, artigo 9º, as hipóteses e circunstâncias que atraem a competência da Justiça Militar da União, seja em tempo de paz, seja em tempo de guerra.

(...)

Pelo que se depreende, a competência definida na Constituição Federal é RATIONE LEGIS. O legislador constituinte delegou ao legislador ordinário elaborador do Código Penal Militar o estabelecimento dos critérios e hipóteses de ocorrência dos crimes militares, não havendo, até a presente data, qualquer

modificação ou revogação da Parte Geral do Código Penal Militar capaz de afastar os ditames do artigo 9º do CPM".

A Defesa foi intimada a manifestar-se sobre o pleito e apresentou suas Contrarrazões em 8 de maio de 2013 (fls. 169/179), sustentando a manutenção da Decisão recorrida nos seguintes termos:

> *"(...) No caso vertente, que é o que mais interessa, a Defesa fez aduzir que a Marinha não detinha qualquer qualidade de mantenedora ou tinha sob seus cuidados o numerário visado, ao fim, pelos acusados.*
>
> *São distintas, pois, as responsabilidades envolvidas no evento, e apenas se buscou, quando da elaboração da tese acusatória, a análise do crime-meio, dando-lhe ares, pelas características, de crime-fim, o que não é.*
>
> *A distinção é de suma importância para a análise do envolvimento da Força Armada no evento, pois sob seus cuidados apenas a listagem e o controle dos ativos e inativos e dos pensionistas, ou seja, compete-lhe o cadastro, o controle e a satisfação de informações corretas para que a União, esta, sim, a responsável pela manutenção (fonte mantenedora) dos pagamentos, cumpra com sua obrigação e determine o depósito dos valores nas contas-correntes informadas no cadastro de controle efetivado pela Força militar.*
>
> *(...)*
>
> *Avocamos para a Justiça Militar o julgamento dos fatos que efetivamente venham em detrimento dos seus interesses diretos, da hierarquia e da disciplina, de seu patrimônio real (materiais e equipamentos), de suas finalidades e não daqueles cujo ataque real, segundo uma visão larga e aguçada, se dá em outra esfera e que o meio empregado faz parte do todo do injusto, e, por tal, determinante de uma outra Justiça a conhecer do fato.*
>
> *A competência para julgamentos de eventos que envolvem a União é das Varas Federais e não da especialíssima Justiça Militar Federal (...)".*

Releva notar que a Defesa, ao sustentar a incompetência da Justiça Militar da União para processamento e julgamento de feito cujo agente seja civil, escudou-se em Decisão do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 115.387/RJ, Dje: 16/10/2012) da Relatoria do eminente Ministro Joaquim Barbosa, em caso semelhante ao dos autos vertentes, cujo teor, em síntese, fixava que: *"No feito em análise, a conduta imputada ao paciente é de expressiva lesão ao erário e, consequente-*

mente, à União, fato este suficiente, ao que me parece, à configuração da competência da Justiça Federal".

Em sua argumentação, assim pronunciou-se o eminente Ministro daquela Excelsa Corte:

> *"(...) o cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional, isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal) (...)"*.

Submetido o juízo de retratação ao Conselho Permanente de Justiça para a Marinha (fl. 180), o Colegiado de primeiro grau, em Decisão datada de 13 de maio de 2013 (fls. 182/183), manteve a Decisão guerreada por seus próprios e jurídicos fundamentos e determinou o encaminhamento dos autos a esta Corte Castrense.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 196/203), manifestou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso, com vistas a cassar a r. Decisão de fls. 142/152, confirmando a competência da Justiça Militar da União, e determinar o prosseguimento da Ação Penal nº 274.22.2011.7.01.0401. Para tanto aduziu: *"(...) a fraude cometida contra a previdência militar alcança diretamente a ordem administrativa das Forças Armadas, ocasiona prejuízo financeiro em face do pagamento indevido e compromete o sistema legal diante do crime praticado. Como tudo isso não atinge a ordem nas Forças Armadas?"*.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso foram preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

O Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM declinou da sua competência em favor da Justiça Federal comum para processamento e julgamento do Civil ARTHUR FABIANO IMPROISE, denunciado como incurso no artigo 251, *caput*, do CPM.

O tema relativo à competência desta Justiça Castrense está relacionado à Especialidade dos Estatutos Penal e Processual Penal Castrenses.

Nesse sentido, é importante salientar que o Supremo Tribunal Federal tem reverenciado os referidos diplomas, tal como se depreende do seguinte aresto:

> *"HABEAS CORPUS nº 94649 / RJ (DJe: 10/10/2008)*
> *Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA*
> *EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEIS À TESE DA IMPETRAÇÃO: NÃO APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.*
> *1. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela Impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, 'a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana' (Habeas Corpus n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão.*
> *2. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente.*
> *3. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado.*
> *4. Habeas corpus indeferido."* (Grifo nosso).

A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar Civis que cometem crimes capitulados no Código Penal Militar decorre da dicção da norma insculpida no art. 124 da Constituição Federal:

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

No caso dos autos, revela-se inquestionável o fato de que o denunciado cometeu crime militar capitulado no referido Códex, atraindo, como decorrência, a competência desta Justiça Castrense para o processamento e julgamento do feito, nos exatos termos do citado dispositivo

constitucional, consoante a redação do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do CPM.

Afinal, a prática delituosa levada a efeito encontra-se capitulada no art. 251 do Estatuto Repressivo Castrense, tratando-se, pois, do que a doutrina conceitua como crime impropriamente militar.

A Defesa tenta impingir a esta Corte Castrense o entendimento que vem sendo construído em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a competência desta Justiça Militar para processar e julgar feitos que envolvam civis estaria restrita aos casos de *"ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal)"*.

Ainda que pesem tais Decisões, considero oportuno ratificar o entendimento consubstanciado por esta Corte Castrense no sentido de reafirmar a competência da Justiça Militar da União em casos de cometimento de delitos tipificados no Código Penal Militar, ainda que o agente seja civil.

A respeito do assunto, cito o trecho da bem lançada Decisão liminar prolatada pelo eminente Ministro Celso de Mello nos autos do *Habeas Corpus* nº 112.936/RJ:

> *"**Cumpre enfatizar**, desde logo, **que a Justiça Militar da União** – **cujos órgãos** (Conselho de Justiça e o E. Superior Tribunal Militar) **não** se identificam **nem** se subsumem à noção de tribunais de exceção ou de juízos 'ad hoc' (...) **dispõe** de **competência penal** para processar e julgar **civis**, mesmo em tempo de paz, por **suposta** prática de crime militar **tipificado** em lei (...), **eis** que a Constituição da República, **ao remeter** ao plano da legislação ordinária a **definição** dos delitos castrenses, **viabilizou** a qualificação de qualquer civil, em **algumas** situações específicas, como possível sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal, **como claramente resulta** da leitura do próprio Código Penal Militar, **considerada** a regra inscrita em seu art. 9º, **em contexto** que permite reconhecer que, no ordenamento positivo brasileiro, **a conceituação** de crime militar **rege-se** pelo critério objetivo, **estabelecido** 'ratione legis' (...).*
>
> *__Isso significa__, portanto, que a Justiça Militar da União possui, excepcionalmente, **em tema** de delitos castrenses, jurisdição penal sobre civis, quer em tempo de paz, **quer** em tempo de guerra.*

(...)

*Esta Suprema Corte **tem entendido**, em casos idênticos ao ora em análise, **que não se tem** por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, **tratando-se** de réus civis, **se** a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, **não afetar**, de modo real **ou** potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, **que constituem**, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados. (...)"* (Grifos no original).

Destaco, inclusive, o teor do Enunciado nº 298 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, para cometer crime de natureza militar, o civil terá, necessariamente, de ofender as instituições militares, *litteris*:

"O legislador ordinário só pode sujeitar civis à justiça militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou às instituições militares.".

Portanto, ainda que a conduta tenha sido levada a efeito por civil, quando praticada em prejuízo das instituições militares, aí compreendida a lesão ao patrimônio sob Administração Militar, tal como no caso dos autos, a conduta praticada amolda-se perfeitamente à dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.

Como consequência, compete à Justiça Militar da União o processamento e o julgamento do denunciado, ainda que se trate de Civil.

Trago a colação o entendimento esposado em Decisão do Supremo Tribunal Federal, assim manifestada no seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS nº 86.430 /SP (DJ: 16/12/2005)
Relator: Min. Gilmar Mendes
EMENTA: 1. Crime militar praticado por civil. 2. Competência para processo e julgamento. 3. Art. 9º, III, 'a', do Código Penal Militar. 4. Receptação culposa: art. 255 do Código Penal Militar. 5. Competência da Justiça Militar da União para processar e julgar crime contra o patrimônio sob administração militar praticado por civil. 6. Ordem indeferida." (Grifos nossos).

No mesmo sentido, esta Corte Castrense também firmou posicionamento segundo o qual os crimes militares definidos no Código Penal Militar, ainda que cometidos por civil, serão processados e julgados pela Justiça Militar, tal como no seguinte precedente semelhante ao caso relatado nos presentes autos:

> *"Apelação nº 35-74.2009.7.02.0202/SP (DJe: 5/10/2012)*
> *Relator: Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos*
> *EMENTA: APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CIVIL. PRELIMINAR DEFENSIVA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO. ART. 9º, III, 'A', CPM. FRAUDE. SAQUES BANCÁRIOS. AUFERIÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. DOLO. PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS.*
> *Extrai-se da literalidade do art. 9º, inciso III, alínea 'a', do CPM c/c o art. 124,* caput*, da CF, a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis cujas práticas atentem contra patrimônio sob Administração Militar. Portanto, rejeita-se preliminar defensiva nesse sentido, por carência de fundamento, mesmo sendo arguida quando da intimação da Defesa acerca da colocação do processo 'em mesa', ou seja, após os autos serem conclusos para julgamento, em infringência à regra de preclusão consumativa prevista no art. 378 do CPPM. Preliminar defensiva rejeitada, por unanimidade. Amolda-se à figura típica do estelionato a conduta daquele que, dolosamente, mantém a Administração Militar em erro, omitindo-se quanto ao falecimento de pensionista militar, de cujo benefício se apossa, indevidamente, mediante sucessivos saques bancários, com plena consciência da ilicitude de sua conduta. O dolo inerente à figura típica do estelionato repousa na desvelada intenção de obter enriquecimento ilícito, valendo-se para tanto do falseamento da realidade, o que acarreta prejuízo à Fazenda Nacional. Apelo defensivo desprovido, por unanimidade."* (Grifo nosso).

A mera alegação de que o Supremo Tribunal Federal tem mitigado o entendimento sobre a competência para o julgamento de civis pela Justiça Castrense não tem o condão de afastar a incidência do dispositivo constitucional inserto no art. 124, sob pena de ser violado o Princípio da Especialidade.

Não se pode tratar como crime comum um comportamento que a lei ordinária, atendendo ao comando constitucional no que tange à competência para processamento e julgamento, define como crime militar, implicando tal entendimento, também, violação ao princípio da legalidade, o que atenta, por outro lado, contra o princípio do juiz natural.

Mas, ainda que não bastassem tais argumentos, devo acrescentar que a Decisão na Medida Cautelar em que a Defesa se escudou para sustentar a incompetência desta Justiça Especializada foi cassada pelo

próprio Supremo Tribunal Federal em recentíssimo julgamento, datado de 21 de maio de 2013, conforme se pode extrair do seguinte aresto:

> *"Habeas Corpus nº 115.387/RJ (DJe: 5/6/2013)*
> *Relatora: Ministra Rosa Weber*
> *EMENTA HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. SAQUE INDEVIDO DE PENSÃO MILITAR. COMPETÊNCIA NATUREZA JURÍDICA. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.* WRIT *DENEGADO.*
> *1. Paciente denunciado pelo Ministério Público Militar pelo crime de estelionato (art. 251,* caput*, do Código Penal Militar), praticado em detrimento do Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha.*
> *2. A competência da Justiça Militar, embora não se restrinja aos integrantes das Forças Armadas, deve ser interpretada restritivamente quanto ao julgamento de civil em tempos de paz por seu caráter anômalo. Precedente: HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 18.6.2002. Apesar da tendência de limitar a atuação da Justiça Castrense em tempos de paz, o saque indevido por civil de benefício de pensão militar afeta bens e serviços das instituições militares, estando justificada a competência da Justiça Militar. Precedentes.*
> *3. O crime de estelionato previdenciário, quando praticado pelo próprio beneficiário das prestações, tem caráter permanente, cessando a atividade delitiva apenas com o fim da percepção das prestações. Precedentes desta Corte.*
> *4. Iniciado o prazo prescricional com a cessação da atividade delitiva, não é cabível o reconhecimento da extinção da punibilidade no caso concreto.*
> *5. Ordem denegada, com a cassação da liminar anteriormente deferida."* (Grifo nosso).

Ainda que a discussão acerca do tema se restringisse à verificação de que o patrimônio afetado é pertencente à União, em consequência do que caberia à Justiça Federal comum a apreciação do feito, conforme ressaltado pela Defesa ao contra-arrazoar, tal argumento não encontra respaldo na própria jurisprudência do Excelso Pretório, em decorrência do que se revela oportuna a transcrição do seguinte trecho do voto condutor do Acórdão do Habeas Corpus nº 113.423 (DJe: 26/2/2013), da lavra da eminente Ministra Rosa Weber:

"(...) Acerca da alegada incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o feito, a pretensão esbarra na jurisprudência consolidada desta Suprema Corte.

À paciente foi imputada a prática de crime militar previsto no art. 251, caput, *do Código Penal Militar.*

O art. 124 da Constituição da República dispõe que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Por sua vez, o Decreto-Lei 1.001/1969 (Código Penal Militar), em seu art. 9º, III, define, excepcionalmente, as circunstâncias em que a jurisdição castrense abrange determinadas condutas ilícitas praticadas por civis, ainda que em tempo de paz. Assim dispõe a norma:

> *'Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:*
>
> *(…).*
>
> *III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:*
>
> *a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;*
>
> *b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício da função inerente ao seu cargo;*
>
> *c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;*
>
> *d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.'*

Este Supremo Tribunal Federal já assentou que 'o cometimento de delito militar por agente civil em tempos de paz se

dá em caráter excepcional', para os casos em que a ofensa ao bem jurídico tutelado recaia sobre a função de natureza militar como a 'defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem' (HC 86.216/MG, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, unânime, DJe 24.10.2008).

A observação é significativa, pois a competência da Justiça Militar, embora não se restrinja aos integrantes das Forças Armadas, deve ser interpretada restritivamente quanto ao julgamento de civil em tempos de paz por seu caráter anômalo. Nesse sentido, há diversos precedentes desta Suprema Corte, dentre os quais o HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 18.6.2002.

Apesar da tendência de limitar a atuação da Justiça Castrense em tempos de paz, o saque indevido de benefício de pensão militar afeta, em princípio, bens e serviços das instituições militares, estando justificada, prima facie, *a competência da Justiça militar.*

Nesse sentido, destaco que, recentemente, nos autos do HC 109.574/PA, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17.12.2012, a 1ª Turma desta Suprema Corte, por unanimidade, em situação semelhante – estelionato praticado por civil que declarou falsamente a condição de filha solteira para receber pensão deixada por seu pai e paga pelo Fundo de Pensionistas do Exército – reconheceu a competência da Justiça Militar para processar e julgar a ação penal. O acórdão restou assim ementado:

> *'Habeas corpus. Penal Militar. Crime de estelionato praticado contra patrimônio sob a administração militar. Filha de militar que declarou, falsamente, sua condição de solteira para obter o pagamento de parte da pensão devida pelo óbito de seu pai. Competência da Justiça Militar. Ordem denegada.*
>
> *1. O crime em comento, classificado como crime militar em sentido impróprio, pois previsto tanto na legislação castrense (art. 251 do CPM), quanto na legislação penal comum (art. 171 do CP), tem por objeto jurídico tutelado ofendido o patrimônio público sujeito à administração militar.*
>
> *2. A conduta da paciente, que informou falsamente à Administração Militar ostentar a condição de solteira e, assim, obteve vantagem ilícita consistente na obtenção de pensão decorrente do falecimento de*

servidor aposentado, paga pela administração militar, amolda-se perfeitamente ao crime capitulado no art. 251, caput*, do Código Penal Militar.*

3. Competência da Justiça Militar para processar e julgar a respectiva ação penal (artigo 9º, III, a, do Código Penal Militar).

4. Ordem denegada'.

(...)

Portanto, a competência para o julgamento da ação penal é da Justiça Militar. (...)" (Grifos nossos).

Os citados precedentes revelam inequivocamente a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do Acusado, uma vez que o bem jurídico tutelado ofendido pela sua conduta é o patrimônio público sujeito à Administração Militar, razão pela qual merece reparo a Decisão hostilizada.

No mesmo sentido milita a doutrina de Célio Lobão (*Direito Penal Militar*, 2ª ed., 2004, p. 136):

> *"Patrimônio Sob Administração Militar – A primeira parte da alínea 'a' do inc. III, acima referida, classifica como militar o crime cometido pelo civil contra o patrimônio sob administração militar. Conforme afirmamos anteriormente, a lei não exige patrimônio pertencente à administração militar, satisfazendo-se, apenas, com o fato de o patrimônio encontrar-se legalmente sob essa administração.".*

Acerca do tema, ressalto a importância dos artigos 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que dispõem sobre as Pensões Militares:

> *"Art. 31. O processo e o pagamento da pensão militar, inclusive os casos de reversão e melhoria, são da competência dos ministérios a que pertencerem os contribuintes, devendo ser submetidas ao Tribunal de Contas as respectivas concessões, para julgamento da sua legalidade.*
>
> *§ 1º Para o caso das pensionistas que, na data, da publicação desta lei, já estejam percebendo suas pensões pelo Ministério da Fazenda, o processo e o pagamento nos casos de reversão e melhoria continuam sendo da competência do mesmo ministério.*

§ 2º O julgamento da legalidade da concessão, pelo Tribunal de Contas, importará no registro automático da respectiva despesa e no reconhecimento do direito dos beneficiários ao recebimento, por exercícios findos, das mensalidades relativas a exercícios anteriores, na forma do artigo 29 desta lei.

Art. 32 - A dotação necessária ao pagamento da pensão militar, tendo em vista o disposto no art. 31 desta lei, será consignada anualmente no orçamento da República aos ministérios interessados.

Parágrafo único. As dívidas de exercícios findos, relativas à pensão militar, serão pagas pelo ministério a que estiver vinculado o beneficiário. (...)

Art. 34. Em cada ministério militar e no da Justiça e Negócios Interiores os assuntos relacionados com a pensão militar serão tratados em um órgão central e órgãos regionais já existentes ou que venham a ser criados ou ampliados.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos beneficiários que, na data da publicação desta lei, já estejam percebendo suas pensões pelo Ministério da Fazenda.".

Para corroborar os dispositivos mencionados, é mister a análise do Orçamento da União em seu Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União, em particular, da Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas.

Essa Ação situa-se na Esfera 20 – Orçamento da Seguridade Social, na Função 09 – Previdência Social, na Subfunção 272 – Previdência do Regime Estatutário, no tipo de Ação – Operações Especiais, com origem no PLOA, com base legal na Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2011, apresentando como finalidade o *"Pagamento de aposentadorias e pensões aos Militares das Forças Armadas, conforme as regras do Regime Previdenciário Próprio"*.

A fim de que não restem dúvidas acerca da execução orçamentária da Ação 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas, trago à colação extrato de consultas ao SIAFI a respeito da execução da Unidade Orçamentária 52111 (Comando da Aeronáutica – Gestão Tesouro Nacional), no período compreendido entre os anos de 2009 e 2012, e também a execução pelo Comando da Aeronáutica, no presente exercício financeiro, até maio de 2013.

Por oportuno e para maior facilidade, apresento a consolidação das informações no quadro a seguir:

SIAFI spesas Empenhadas, Liquidadas, Pagas

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

Exercício: 2009
Base: 22-JAN-2010
Moeda: REAL (Em unidade monetária)

Tipo de Valor Saldo Atual
Mês de Referência DEZEMBRO
Unidade Orçamentária 52111
Projeto/Atividade 0179

Natureza da Despesa Detalhada		Item de Informação: Despesas Executadas
3190.03.02	PENSÕES MILITARES	1.429.594.838,66
3190.03.04	13º SALARIO - PENSÕES MILITARES	126.680.575,84
3190.03.07	COMPL. PENSÕES - PESSOAL MILITAR	285.614,95
3190.03.89	OUTRAS PENSÕES - MILITARES	2.051.158,55
		1.558.612.188,00

SIAFI rspesas Empenhadas, Liquidadas, Pagas

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

Exercício: 2010
Base: 31-JAN-2011
Moeda: REAL (Em unidade monetária)

Tipo de Valor Saldo Atual
Mês de Referência DEZEMBRO
Unidade Orçamentária 52111
Projeto/Atividade 0179

Natureza da Despesa Detalhada		Item de Informação: Despesas Executadas
3190.03.02	PENSÕES MILITARES	1.570.938.494,17
3190.03.04	13º SALARIO - PENSÕES MILITARES	145.661.766,63
3190.03.07	COMPL. PENSÕES - PESSOAL MILITAR	141.669,56
3190.03.28	VANTAGENS INCORPORADAS - PENSIONISTAS	44.149.323,12
3190.03.89	OUTRAS PENSÕES - MILITARES	1.958.283,24
		1.762.849.536,72

SIAFI spesas Empenhadas, Liquidadas, Pagas

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

Exercício: 2011
Base: 30-JAN-2012
Moeda: REAL (Em unidade monetária)

Tipo de Valor Saldo Atual
Mês de Referência DEZEMBRO
Unidade Orçamentária 52111
Projeto/Atividade 0179

Natureza da Despesa Detalhada		Item de Informação: Despesas Executadas
3190.03.02	PENSÕES MILITARES	1.708.021.656,74
3190.03.04	13º SALÁRIO - PENSÕES MILITARES	151.612.827,75
3190.03.07	COMPL. PENSÕES - PESSOAL MILITAR	156.178,41
3190.03.28	VANTAGENS INCORPORADAS - PENSIONISTAS	78.577.640,85
3190.03.89	OUTRAS PENSÕES - MILITARES	1.893.284,22
		1.940.261.687,97

SIAFI spesas Empenhadas, Liquidadas, Pagas

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

Exercício: 2012
Base: 10-FEV-2013
Moeda: REAL (Em unidade monetária)

Tipo de Valor Saldo Atual
Mês de Referência DEZEMBRO
Unidade Orçamentária 52111
Projeto/Atividade 0179

Natureza da Despesa Detalhada		Item de Informação Despesas Executadas
3190.03.02	PENSÕES MILITARES	1.184.147.293,02
3190.03.04	13º SALÁRIO - PENSÕES MILITARES	152.588.112,36
3190.03.05	PENSÕES ESPECIAIS - PESSOAL CIVIL	1.062,18
3190.03.07	COMPL. PENSÕES - PESSOAL MILITAR	39.322,49
3190.03.28	VANTAGENS INCORPORADAS - PENSIONISTAS	659.945.637,35
3190.03.89	OUTRAS PENSÕES - MILITARES	318.328,95
		1.997.039.756,35

SIAFI spesas Empenhadas, Liquidadas, Pagas

Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal

Exercício: 2013
Base: 26-JUN-2013
Moeda: REAL (Em unidade monetari

Tipo de Valor Saldo Atual
Mês de Referência MAIO
Unidade Orçamentária 52111
Projeto/Atividade 0179

Natureza da Despesa Detalhada		Item de Informação Despesas Executadas
3190.03.02	PENSÕES MILITARES	482.665.229,70
3190.03.04	13º SALÁRIO - PENSÕES MILITARES	76.744,33
3190.03.28	VANTAGENS INCORPORADAS - PENSIONISTAS	347.258.935,48
3190.03.89	OUTRAS PENSÕES - MILITARES	394,55
		830.001.305,06

EXERCÍCIO	DOTAÇÃO	EXECUÇÃO
2009	1.551.633.085,00	1.558.612.188,00
2010	1.752.952.893,00	1.762.849.536,72
2011	1.798.075.827,00	1.940.261.587,97
2012	1.887.500.000,00	1.997.039.756,35
2013(*)	1.975.350.000,00	830.001.305,06

(*) executado até maio de 2013.

As observações concernentes à Lei nº 3.765/60, ao Orçamento da União e à execução orçamentária do Comando da Aeronáutica fundamentam o entendimento segundo o qual os recursos orçamentários

destinados ao pagamento das pensões militares encontram-se alocados a cada um dos Comandos Militares e que são essas Instituições as responsáveis pela elaboração da proposta orçamentária e pela execução dos recursos a elas destinados no Orçamento Geral da União.

Os dados e as informações trazidos à colação, por certo, preencherão a lacuna resultante do desconhecimento do Acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 115.387 (DJe: 5/6/2013), da Lei nº 3.765/60 e do Orçamento Geral da União.

Por fim, quanto às demais alegações defensivas relativas à Teoria da Consumação e do Princípio da Absorção dos Delitos, trata-se de matérias próprias das Alegações Escritas, cujo teor deve ser apreciado pelo Colegiado de primeiro grau, sob pena de supressão de instância.

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4 de março de 2013, declarar a competência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar a Ação Penal nº 274.22.2011.7.01.0401, determinando a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. Com base no art. 51, § 2º, do RISTM, recomendo à Auditoria de origem que observe as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito para, desconstituindo a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4 de março de 2013, declarar a competência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar a Ação Penal nº 274.22.2011. 7.01.0401, determinando a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. Por maioria, com base no art. 51, § 2º, do RISTM, recomendou à Auditoria de origem que observe as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas.

Brasília, 1º de agosto de 2013 - Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 274-22.2011.7.01.0401-RJ

No julgamento dos presentes autos, acompanhei o voto do eminente Ministro-Relator, mas divergi da corrente majoritária tão somente em relação à segunda parte do *Decisum,* pois votei no sentido de determinar que fossem observadas pelo Juízo *a quo* as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34, da Lei n° 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas, pelas razões que passo a expor.

2. Ora, os autos subiram a este Tribunal para apreciação e julgamento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, nos termos da alínea "e" do artigo 516, c/c o art. 518, ambos do CPPM, em desfavor da Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4 de março de 2013 (fls. 143/152), proferida nos autos do IPM nº 274-22.2011.7.01.0401, que decretou a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o Civil ARTHUR FABIANO IMPROISE, denunciado como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, determinando a remessa do feito à Justiça Federal comum.

3. Após a discussão da matéria, a corrente majoritária, nos termos do voto do Ministro-Relator, decidiu pelo conhecimento e provimento ao Recurso ministerial para, desconstituindo a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 4 de março de 2013, declarar a competência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar a Ação Penal nº 274.22.2011.7.01.0401, determinando a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. E, em seguida, com base no art. 51, § 2º, do RISTM, recomendou à Auditoria de origem que observe as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas.

4. É bem verdade que o nosso Regimento Interno, no referido § 2º do seu art. 51, preconiza que "*poderá o Tribunal dar instruções, no Acórdão, aos Juízes de 1ª Instância, sobre faltas ou omissões ocorridas no processo*".

5. Porém, entendi que a observância das legislações anteriormente mencionadas não poderia ser tratada como mera recomendação, considerando *"a importância dos artigos 31, 32 e 34 da Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que dispõem sobre as Pensões Militares"*, como bem ressaltou o eminente Ministro-Relator, uma vez que orientam o operador do direito na tarefa de delimitar a competência da Justiça Militar da União, considerando o bem jurídico tutelado, no presente caso, ou seja, *"o patrimônio público sujeito à Administração Militar"*.

Por essas razões, acompanhei o voto do eminente Ministro-Relator, mas divergi da corrente majoritária tão somente em relação à segunda parte do *Decisum,* pois votei no sentido de determinar que fossem observadas pelo Juízo *a quo* as disposições contidas nos arts. 31, 32 e 34, da Lei n° 3.765/60 e, bem assim, no Programa 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União – do Orçamento da União, em particular a Ação Orçamentária 0179 – Pagamento de Aposentadorias e Pensões – Militares das Forças Armadas.

Superior Tribunal Militar, 1º de agosto de 2013.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

Revisão Criminal

REVISÃO CRIMINAL Nº 75-03.2010.7.00.0000-SP

Relator – Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Requerente – Silvio Augusto Martins, 2S Aer, requer Revisão Criminal da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 7/5/2007, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 03/06-8, que o condenou à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, mantida por Acórdão desta Corte, de 13/11/2008, lavrado nos autos da Apelação nº 2007.01.050639-0.

Advogados – Drs. Daniel Costa Rodrigues, Mara Lígia Reiser Barbelli Rodrigues e Andrea de Lima Chelini.

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. APELAÇÃO. FURTO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ALEGADA CONTRARIEDADE DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO COM A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. DOENÇA MENTAL SUPOSTAMENTE EXISTENTE À ÉPOCA DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉCONSTITUÍDA. REQUERIMENTO DE INCIDENTE DE SANIDADE MENTAL. INDEFERIMENTO. Hipótese de condenação

pela prática de furto qualificado, com a devida comprovação da autoria e da materialidade, sendo o fato típico, antijurídico e culpável. A revisão criminal não configura instância recursal, e meras irresignações não podem ser revistas ou rescindidas pela via eleita. Nos termos do art. 550 e seguintes do CPPM, o solicitante deverá apresentar a prova pré-constituída contemporânea à época dos fatos. A pretensão em exame não apresenta elementos probantes a ensejar o seu acatamento, diante da ausência de provas novas capazes de invalidar a condenação, deixando de evidenciar a existência de doença mental, no momento da prática delituosa ou de demonstrar que o revisando encontrava-se impossibilitado para entender a ilicitude do fato. Ademais, no feito principal, em momento algum a Defesa fez menção à alegada enfermidade do Requerente. Somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória decidiu invocar matéria de cunho probatório, que deveria ter sido discutida na instrução processual. Revisão Criminal e pedido de realização de incidente de sanidade mental indeferidos por falta de amparo legal. Decisão majoritária.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, indeferiu a presente Revisão Criminal e, por consequência, o pedido defensivo de produção de prova pericial de submissão do Revisando a incidente de sanidade mental por falta de previsão legal. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) deferia o pedido revisional, com a consequente reforma da Sentença *a quo*, proferida nos autos da Ação Penal n° 03/06-8, e do Acórdão confirmatório, proferido na Apelação n° 2007.01.050639-0/SP, a fim de absolver o 2S Aer Silvio Augusto Martins da imputação de furto qualificado, com fulcro no art. 439, alínea "d", do CPPM. A Ministra-Revisora fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Daniel Costa Rodrigues, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Junior.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Carlos Alberto Marques Soares, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente,

justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 7ª Sessão, 21/2/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de revisão, protocolizado em 17 de maio de 2010, em favor de SÍLVIO AUGUSTO MARTINS, ex-2S Aer, com fulcro nos artigos 550 a 552 do CPPM, em face do Acórdão prolatado nos autos da Apelação nº 2007.01.050639-0/SP, o qual o condenou à pena de 2 (dois) anos de prisão, como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

O requerente foi denunciado pela prática do delito de furto qualificado, previsto no art. 240, § 5º, c/c os arts. 80 e 30 do CPM, por ter tentado subtrair, em 23 de novembro de 2005, cinco litros de óleo de aviação e obtido êxito no furto de dezessete litros de gasolina de aviação e de outros cinco litros de óleo de aviação, pertencentes à Academia da Força Aérea.

Seguido o curso regular da instrução criminal, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM, em 7 de maio de 2007, por maioria, absolveu o acusado da prática do crime de furto tentado, nos termos do art. 439, alínea "e", do CPPM e, por unanimidade, condenou-o à pena de 2 (anos) de reclusão, convertida em prisão, como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade.

Em 13 de novembro de 2008, este Tribunal Castrense, por decisão unânime, negou provimento à Apelação nº 2007.01.050639-0, interposta pela Defesa, para manter inalterada a Sentença impugnada. O Acórdão, de Relatoria do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior e Revisão do Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, recebeu a seguinte ementa, *in verbis*:

> *"EMENTA. APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO (ART. 240, § 5º, DO CPM). Militar que subtrai 17 litros de gasolina de aviação e outros cinco litros de óleo de aviação, material pertencente à Academia da Força Aérea, tendo sido esse material apreendido pela Polícia Militar em sua residência incorre no crime entabulado no art. 240, § 5º do CPM. A devolução do material furtado não exclui a tipicidade da conduta. A autoria e materialidade encontram-se devidamente comprovadas nos autos, havendo*

provas materiais e testemunhais que as corroboram. Nega-se provimento ao recurso de apelação. Decisão Unânime.".

O Acórdão transitou em julgado para o Ministério Público Militar em 27 de março de 2009 e, para a Defesa do ex-2S Aer SÍLVIO AUGUSTO MARTINS, em 24 de abril do mesmo ano.

Segundo consta do Sistema de Acompanhamento de Processos – SAM/STM, em 21 de junho de 2011, o Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM declarou a extinção da pena, nos Autos de Execução de Sentença nº 18/07, em face do cumprimento do *sursis,* o qual se iniciou em 1º de junho de 2009 e expirou em 31 de maio de 2011.

Nas razões do pedido, o Requerente alega, em síntese, ausência de dolo de praticar o delito apurado nos autos da referida Apelação, por ter sido acometido de doença mental, comprometendo a sua higidez psíquica. Diante da impossibilidade da devida valoração da ilicitude de sua conduta, teria se tornado incapaz de determinar-se de outra forma.

Segundo argumenta, no momento da prática delituosa, o acusado já estava acometido de doença mental, e, por desconhecer esse fato, a sua defensora não suscitou a questão durante o curso do processo.

Em favor de sua pretensão, reporta-se a documentos oriundos da Academia da Força Aérea, constantes dos autos do Conselho de Disciplina instaurado em face do Requerente, os quais demonstrariam que ele, há muito tempo, tem se submetido a tratamento psiquiátrico. Ressalta os Relatórios Médico-Psiquiátricos subscritos pelo Dr. Ronald Scott Bruno, datados de 11 de setembro de 2009 e 9 de abril de 2010, segundo os quais o Autor padece de transtorno de personalidade, concluindo ser portador de *"transtorno depressivo importante, com história de alterações de comportamento na sua infância, com presença de explosividade, impulsividade, crises de ausência e desmaios constantes",* apresentando *"quadro compatível com Estresse Pós-Traumático, Transtorno Depressivo e Epilepsia (...)".*

Ao final, o Requerente pugna pela procedência da presente Revisão Criminal, com vistas à sua absolvição da imputação versada nos autos da Apelação nº 2007.01.050639/SP. Na hipótese de provimento da Revisão, requer o restabelecimento de todos os seus direitos, os quais foram perdidos em face da sua condenação criminal. Requer, outrossim, a realização de exame pericial de sanidade mental, buscando arrimo no art. 156, § 1º, do CPPM, visando comprovar as respectivas alegações.

A peça inaugural veio seguida de fotocópias de documentos relativos ao Processo ao qual respondeu o Requerente, e de outros documentos, objetivando a comprovação dos fatos alegados.

Instado a se manifestar, o *Custos Legis*, por seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, opinou pelo desprovimento do pedido (fls. 90/94). Merece destaque o seguinte excerto do Parecer Ministerial, *in verbis*:

> *"(...) Na tentativa de provar o alegado, junta documentos dirigidos pelo próprio condenado ao DSM, Fichas de Informações médicas, cópias de atos de inspeção de saúde, e, por fim, relatórios médico-psiquiátricos assinados por* ***médico particular.***
>
> *De se notar, outrossim, que os primeiros documentos estão datados de 2006 e 2007, e os relatórios assinados pelo médico* ***particular*** *(fls. 81/82) estão datados de* ***2009*** *e* ***2010****.*
>
> *Os fatos pelos quais Silvio Augusto respondeu perante esta Justiça Militar ocorreram* ***em 2005****.*
>
> *(...)*
>
> *Diz o CPPM, no seu art. 551, que é cabível a revisão dos processos findos quando,* ***após a sentença condenatória,*** *se descobrirem* ***novas provas*** *que invalidem a condenação.*
>
> *O que o legislador pretende com esse dispositivo legal é corrigir eventual* ***erro judiciário,*** *e não reabrir, como pretende o ora pleiteante, processo já findo e totalmente coberto sob o manto da coisa julgada.*
>
> *A alegação de que o requerente tem problemas psíquicos, atestado por médico particular, e com data muito posterior ao fato que o levou à condenação, não tem o mínimo condão de ser erigido à categoria de prova* ***nova,*** *de modo a elidir a condenação ou afirmar-se que houve erro judiciário.*
>
> *Chama a atenção no presente caso que o advogado signatário da inicial do pedido revisional seja do mesmo escritório que peticionou nos autos da ação principal (fl. 62) e seja aquele que detinha procuração para representar Silvio Augusto na ação penal que ora se quer rever (fl. 266).*
>
> *Não se tem notícia de que o ilustre Procurador do então acusado tenha suscitado qualquer incidente de sanidade mental.*
>
> *(...)*
>
> *Ademais, o crime pelo qual respondeu o requerente (furto qualificado), e com requisitos de malícia, com adulteração de notas fiscais etc., somente seria possível se cometido por alguém com capacidade de entender perfeitamente o caráter ilícito do fato (...)".* (Os destaques constam do original).

Em 6 de junho de 2011, o requerente protocolizou petição, informando o trâmite de Ação de Anulação do ato administrativo que determinou o seu desligamento da Força Aérea, cumulada com reintegração (Processo nº 0001079-31-2010.403.6115), perante o Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Carlos/SP. Esclareceu ter sido realizada perícia médica judicial, em 1º de fevereiro de 2011, concluindo que o paciente padece de transtorno afetivo bipolar, bem como de transtorno de personalidade, requerendo a juntada do respectivo laudo aos presentes autos.

Em 8 de setembro de 2011, protocolizou nova petição, noticiando o ajuizamento da Ação de Interdição nº 1079/2010, contra a sua pessoa, na 2ª Vara Cível da Comarca de Pirassununga/SP, cujo feito foi julgado procedente, em decorrência de doença mental (esquizofrenia CID 10F29). Ao final, postulou a juntada da respectiva Sentença Judicial e o registro de que, doravante, será ele representado por seu curador.

Após nova vista dos autos, o *Custos Legis* requereu a juntada de cópia autenticada do complemento do laudo pericial relativo ao Processo nº 1079-31.2010.4.03.6115 (Ação de Anulação de ato administrativo – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Carlos/SP), bem como do exame pericial que embasou a Sentença prolatada nos autos do processo nº 1079/2010 (Ação de interdição – 2ª Vara Cível da Comarca de Pirassununga/SP), decretando a interdição de Silvio Augusto Martins. O referido pleito foi deferido por este Relator à fl. 150.

Concluída a diligência, mediante a juntada dos documentos de fls. 156/168 (cópia do laudo pericial médico extraído dos autos da ação de anulação de ato administrativo cumulada com reintegração – Processo nº 0001079-31-2010.403.6115 – 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Carlos/SP) e 172/223 (cópia de documentos relativos à ação de interdição – Processo nº 1079-31.2010.4.03.6115 – 2ª Vara Cível da Comarca de Pirassununga/SP), os autos retornaram ao Ministério Público Militar. Após o exame da referida documentação, o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Júnior opinou pelo conhecimento e desprovimento da ação revisional, adotando, em síntese, a seguinte argumentação, *in verbis:*

> *"(...) No caso, deve-se considerar que o fato foi praticado em 24 de novembro de 2005, ao passo que o laudo pericial juntado aos autos foi elaborado em fevereiro de 2011, e não se refere propriamente à época do crime.*

No laudo pericial, inquiriu-se se o requerente tem noção correta de tempo, espaço, memória e cognição. Esclareceu o perito que: Sim. Vide *exame físico pericial, onde se constata apenas redução do pragmatismo com humor hipotímico, não caracterizando prejuízo dos sentidos (discernimento e de entendimento). Desde a primeira internação na Casa de Saúde Bezerra de Menezes, o periciando já mantinha integridade destas funções, conforme dados de prontuário médico assinado por Dra. Marli Chapeval (CRM 17.740), psiquiatra, e anexado à página 704 da petição inicial (fl. 164) (em 1º de fevereiro de 2011).*

O fato de o requerente ter sido diagnosticado portador de transtorno bipolar, que, segundo o laudo (fl. 161), pode ser comprovado desde 23/6/2010, não leva à conclusão sobre a inimputabilidade por ocasião de fato praticado em fevereiro (sic – leia-se novembro) de 2005. (...)" (fls. 226/228).

A Ministra-Revisora teve vista dos autos, conforme se verifica à fl. 230v.

Em 13 de novembro de 2012, a Defesa constituída pelo Requerente peticionou nos autos, manifestando interesse em apresentar sustentação oral, cujo pleito foi deferido, sendo designada a presente data para julgamento.

Em 15 de fevereiro de 2013, a Defesa apresentou petição eletrônica (protocolo nº 12620/13), requerendo a instauração de incidente de sanidade mental em face de SILVIO AUGUSTO MARTINS. O pleito foi indeferido por este Relator, por se tratar de pedido já apresentado na inicial dos presentes autos de Revisão Criminal, além de não haver previsão legal de produção de prova em sede de ação revisional.

É o Relatório.

VOTO

Do exame dos autos, verifica-se que não assiste razão ao Requerente.

Restou evidenciado nos autos da mencionada Apelação ter o sentenciado perpetrado a conduta delituosa prevista no art. 240, § 5º, do CPM, por ter subtraído dezessete litros de gasolina de aviação e outros cinco litros de óleo de aviação, material pertencente à Academia da Força Aérea. A autoria e a materialidade encontram-se devidamente comprovadas nos autos, sendo suficientes para ensejar o decreto condenatório.

Na Revisão Criminal, inverte-se o ônus da prova, devendo o autor apresentar elementos de convicção hábeis a invalidar o decreto condenatório, utilizando-se dos meios de prova licitamente admitidos.

Nas razões do pedido, o Requerente alega a existência de novas provas, sustentando que já era portador de doença mental no momento da prática delituosa, razão pela qual estaria ausente o elemento subjetivo do tipo penal, consubstanciado no dolo de praticar o furto apurado no feito principal, apesar de inexistir qualquer comprovação àquela ocasião.

Do exame da norma prevista no art. 551, alínea "c", do CPPM, infere-se que a invalidação da condenação penal, ou ainda a autorização ou determinação da diminuição de pena, pela via estreita da revisão criminal, pressupõe necessariamente a existência de novos elementos de valor probatório, desconhecidos durante o curso do processo a ser revisado. Entretanto, não é essa a hipótese dos presentes autos.

No feito principal, em momento algum, a Defesa fez menção à alegada enfermidade do Requerente. Também não consta qualquer incidente de sanidade mental, e tampouco laudo pericial, atestando a suposta doença. Somente agora, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, decidiu invocar matéria de cunho probatório que, se procedente fosse, deveria ter sido discutida na instrução processual.

Deveras, não se vislumbram provas novas nos autos, suficientes para se reiniciar o processo já resguardado pela coisa julgada material, até porque o fato foi praticado em 23 de novembro de 2005 e os Relatórios Médico-Psiquiátricos subscritos por médico particular, atestando apresentar o Requerente quadro compatível com *"Estresse Pós-traumático, Transtorno Depressivo e Epilepsia Peq. Mal"*, subscritos pelo Dr. Ronald Scott Bruno, datam de 11 de setembro de 2009 e 9 de abril de 2010.

Do mesmo modo, o Laudo Pericial Médico de fls. 156/168, confeccionado pelo Dr. Marcio Antonio da Silva, em 1º de fevereiro de 2011, e complementado em 17 de novembro seguinte, cujas cópias foram extraídas dos autos da ação de anulação de ato administrativo cumulada com reintegração (processo nº 0001079-31-2010.403.6115), em curso na 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Carlos, revela ser o requerente portador de *"transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto (CID F60.8)"* e de *"transtorno de personalidade",* excluindo expressamente a hipótese de esquizofrenia:

> *"QUESITOS DO **ADVOGADO** PARA PERÍCIA MÉDICA*
>
> ***1.** O autor foi internado no Hospital Bezerra de Menezes, em Rio Claro, sob o diagnóstico de esquizofrenia, nos termos*

dos documentos juntados aos autos. Qual foi ou é o comportamento do autor que justifica tal classificação?

Sim, o periciando foi internado por hipótese de esquizofrenia, porém a avaliação psiquiátrica durante a internação hospitalar excluiu este diagnóstico e fez os seguintes diagnósticos: CIDs F31.6 (transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto) e F60.8 (outros transtornos específicos da personalidade) – conforme dados de prontuário médico assinado por Dra. Marli Chapeval (CRM), psiquiatra, e que se encontra anexado à exordial.

2. *O quadro de esquizofrenia ou, eventualmente, outro que venha a ser detectado pelo perito, consiste numa alienação mental? Justifique.*

O periciando não é portador de esquizofrenia, conforme discutido no quesito 1. As patologias comprovadas pela parte autora não constituem em formas de alienação mental, o que pode ser comprovado pelo exame físico pericial, consoante com o exame físico documentado no prontuário médico da parte autora." (fl. 163).

"QUESITOS SUPLEMENTARES DA PARTE AUTORA

A. *O transtorno afetivo bipolar episódico atual misto refere-se à presença de sintomas maníacos e depressivos, não havendo constatação da presença de sintomas esquizofrênicos, não havendo relação direta entre o transtorno afetivo bipolar e a esquizofrenia."* (fl. 167).

Segundo esclarece o perito, o transtorno afetivo bipolar ocasiona *"incapacidade laborativa total e temporária"* e *"pode ser comprovado desde 23/6/2010, data de sua primeira internação (...)"*. Por outro lado, *"o transtorno de personalidade é um desenvolvimento não normal da personalidade, conforme definição da Organização Mundial de Saúde, não podendo ser interpretado como uma doença e não ocasiona incapacidade laborativa"*. Conclui que *"não se comprova incapacidade para os atos cometidos pelo periciando, não havendo comprovação de alterações do discernimento e do entendimento"*.

Ademais, embora o Laudo Pericial de fls. 214/220, confeccionado em 25 de julho de 2011 pelo Dr. Jafesson dos Anjos do Amor e Dr. Orgmar Marques M. Neto, nos autos da Ação de Interdição nº 457.01.2010.005636-0, tenha concluído pela *"total incapacidade do réu para gerir a si próprio e aos seus bens em decorrência de doença mental*

(Esquizofrenia CID 10 F20)", tal exame não comprovou ser o requerente portador da aludida enfermidade à época da conduta delituosa por ele praticada.

Como se denota, os laudos constantes dos autos são contraditórios. Entretanto, o primeiro deles, elaborado em 1º de fevereiro de 2011, e complementado em razão da apresentação de quesitos suplementares da parte autora em 17 de novembro do mesmo ano, ou seja, após a elaboração do exame pericial nos autos da referida ação de interdição, é o que se compatibiliza com os demais exames médicos realizados no requerente na Aeronáutica.

O militar se submeteu a diversas Inspeções de Saúde na Academia da Força Aérea, mas os respectivos laudos não constataram a alegada incapacidade mental, considerando-o apto, com restrição apenas em relação a *"esforço físico, educação física, formatura e escala de serviço armado",* a contar de 26 de janeiro de 2006, 12 de abril de 2006 e 10 de maio de 2006.

Em 12 de junho de 2006, após submeter-se a exame clínico pelo Dr. Gustavo Sakabe, o Requerente foi dispensado por 6 dias, baseado no CID 60.3. O fato caracteriza a fase conturbada em que vivia, justamente após a instauração da ação penal, em 1º de fevereiro de 2006, em consequência do ilícito penal que praticara em novembro de 2005. No entanto, posteriormente a esse fato, nada mais foi constatado acerca da sua capacidade mental nos exames médicos da Academia da Força Aérea.

Após a realização de Junta Especial de Saúde, o Graduado foi considerado *"apto com restrição a ordem unida, esforço físico, serviço armado e formatura por 90 (noventa) dias, a contar de 29 de julho de 2007"*, em face dos diagnósticos *"M22.4 (CONDROMALÁCIA DA RÓTULA)"* e *"M23 (TRANSTORNOS INTERNOS DOS JOELHOS)"* (fl. 75). Na respectiva Ata, consta a seguinte observação: "tratamento ambulatorial na ortopedia e na psiquiatria", sem qualquer indicação de enfermidade mental incapacitante.

Com efeito, inexistem novos elementos de cunho probatório a amparar a pretensão do requerente. As evidências dos autos indicam que o seu quadro depressivo coincide com a tensão emocional decorrente de seu envolvimento no Inquérito Penal Militar, em razão da conduta por ele praticada, e na consequente deflagração da ação penal em 1º de fevereiro de 2006, perante a 2ª Auditoria da 2ª CJM, culminando com a sua condenação pelo respectivo Conselho Permanente de Justiça em 7 de maio de 2007.

Esses fatos são contemporâneos à data da conclusão da mencionada Junta Especial de Saúde, ocorrida em 27 de julho de 2007, tendo o curso do processo seguido para esta Corte Castrense, após a interposição de Apelação, cujo acórdão confirmou a condenação originária. Restou demonstrado o agravamento do quadro clínico do requerente, pois, à época dos fatos, a sua capacidade de autodeterminação não estava comprometida.

Corroborando o presente entendimento, trago à colação o seguinte excerto do Parecer Ministerial, nestes termos:

> *"(...) Ademais, o crime pelo qual respondeu o requerente (furto qualificado), e com requisitos de malícia, com adulteração de notas fiscais etc., somente seria possível se cometido por alguém com capacidade de entender perfeitamente o caráter ilícito do fato.*
>
> *Por fim, as 'provas' que o requerente pretende sejam apresentadas como 'novas' não são novas.*
>
> *Silvio Augusto foi inúmeras vezes objeto de inspeção de saúde, conforme se comprova à fl. 355 e ss dos autos principais, não tendo sido cogitado, em qualquer momento, que sofresse de algum distúrbio.*
>
> *Trazer esse fato à colação como elemento para pedir uma revisão é desconhecer o verdadeiro sentido da revisão criminal.*
>
> *Se o procedimento adotado pelo requerente fosse seguido por todos os condenados desse País, e lhes fosse dado guarida, o País teria milhares de novos maníacos-depressivos, proporcional ao número de requerentes de revisão criminal por esse motivo.*
>
> *Bastaria conseguir um atestado médico, alegando que isso é prova 'nova' e tentar obter o beneplácito da justiça.*
>
> *Não é disso que trata o Capítulo V do Título II do CPPM, que deve ser tratado seriamente, e apenas e tão somente para corrigir, repita-se, eventuais* ***erros judiciais****, o que não é, definitivamente, o caso ora sob exame. (...)"* (fls. 93/94 – destaques do original).

Em relação ao pedido de realização de novo exame pericial, a fim de se aferir a higidez mental, o pleito não merece acolhida, uma vez que, após a recente realização de dois laudos periciais em feitos judiciais distintos, porém, com a mesma finalidade de verificar a sanidade mental do requerente, não se demonstrou que, no período da prática delituosa, ou seja, em 23 de novembro de 2005, o réu era incapaz de conhecer o caráter ilícito de sua conduta.

Ressalto que o art. 156, § 1º, do CPPM, invocado pela Defesa, ao tratar do incidente de sanidade mental, admite o seu processamento em qualquer fase da ação penal. Contudo, não se pode falar em processo se a Decisão condenatória foi alcançada pelo trânsito em julgado, estando, inclusive, a pena extinta pelo cumprimento do *sursis*. Logo, não há de se confundir a presente Revisão Criminal com o termo "processo" inserto na parte final do § 1º do art. 156 do CPPM. Ademais, a pretensão defensiva viola o disposto no art. 550 e seguintes do diploma processual penal castrense, tendo em vista a ausência de previsão legal para produção de prova, além de desvirtuar o processo revisional, prorrogando indevidamente a instância recursal. A redação constante na legislação processual penal militar converge com as normas que regulam a matéria na legislação processual ordinária, conforme se verifica do art. 621 e seguintes do CPP.

A par dessas considerações, do exame das normas que regulam as ações revisionais, dispostas no art. 550 e seguintes do CPPM, depreende-se que o solicitante deverá apresentar a prova pré-constituída contemporânea à época dos fatos. Conforme frisado, a revisão criminal não configura instância recursal e meras irresignações não podem ser revistas ou rescindidas pela via eleita. Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci, para quem "*o objetivo da revisão não é permitir uma 'terceira instância' de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário*" (*in Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 937).

Concluo, portanto, que a pretensão revisional não apresenta elementos probantes a ensejar o seu acatamento, pois o requerente não apresentou provas novas capazes de invalidar a condenação, deixando de evidenciar a existência de qualquer doença mental, à época dos fatos, que lhe impedisse de reconhecer a gravidade e a ilicitude de sua conduta.

Em face do exposto, indefiro a presente Revisão Criminal e, por consequência, o pedido defensivo de produção de prova pericial de submissão do Revisando a incidente de sanidade mental por falta de previsão legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade com o Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em indeferir a pre-

sente Revisão Criminal e, por consequência, o pedido defensivo de produção de prova pericial de submissão do Revisando a incidente de sanidade mental por falta de previsão legal.

Brasília, 21 de fevereiro de 2013 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
REVISÃO CRIMINAL Nº 75-03.2010.7.00.0000-SP

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Revisão Criminal pretendida pelo 2º Sargento da Aeronáutica SILVIO AUGUSTO MARTINS, em face da Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª CJM, de 7/5/2007, proferida nos autos da Ação Penal nº 03/06-8, que o condenou à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. A decisão condenatória foi mantida por Acórdão desta Corte, de 13/11/2008, lavrado nos autos da Apelação nº 2007.01.050639-0.

O recorrente alegou o advento de novas provas acerca dos fatos preexistentes à época da infração que invalidariam a condenação. Sustentou estar o réu, quando da prática delitiva, acometido de doença mental despercebida pela Defesa, pelo MPM ou pelo Juízo. Trouxe aos autos relatórios médicos, datados de 11 de setembro de 2009 e 9 de abril de 2010, emitidos por psiquiatra particular, requerendo a nomeação de perito para análise da higidez psíquica do acusado, em Incidente de Insanidade Mental, nos termos dos **arts. 156 a 162** do CPPM. Posteriormente, foram juntados laudos periciais realizados nos autos de Processos Cíveis, nos quais foram constatadas patologias como transtorno afetivo bipolar e de personalidade, bem como esquizofrenia.

Em primeiro lugar, observo haver divergência sobre a produção probatória na Revisão Criminal.[76] Embora decisões mais antigas

---

[76] MOSSIM, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal: à luz da doutrina e da jurisprudência.* Barueri, SP: Manole, 2005. p. 1287.
Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, *verbis*: "*na revisão inverte-se o ônus da prova, tocando ao peticionário o encargo de comprovar suas alegações, de maneira cabal, sabido que o destino constitucio-*

consagrem a inversão do ônus da prova em sede de pedido revisional, atualmente essa posição anda sendo revista pelos Tribunais pátrios.

Consoante doutrina de Denilson Feitosa:

> *"a nova prova poderá ser produzida previamente em procedimento de justificação, sob contraditório, segundo os ritos do art. 861 a 866 do CPC, cuja natureza é medida cautelar preparatória, de competência do juízo criminal de primeiro grau, por livre distribuição, e não de competência do juízo prolator da sentença revidenda, pois se trata de nova ação.* ***Mas a prova nova também poderá ser produzida no próprio curso da revisão, devendo o autor, para tanto, demonstrar, na petição inicial, o que realmente pretende provar****"*[77].

Guilherme de Souza Nucci, citando jurisprudência recente, observa haver decisões de Tribunais possibilitando a produção de prova na revisão criminal, haja vista o princípio da verdade real, não havendo, em regra, limitação à realização probatória, exceto em relação ao estado das pessoas e às provas ilegítimas e ilícitas. Assim, entendendo que a perícia é fundamental para o deslinde da demanda, podendo beneficiá-lo, não se pode negar a sua produção em pedido de justificação judicial[78].

A par disso, os laudos trazidos à colação mediante pedido do representante da PGJM (fl. 143) e deferidos pelo Ministro-Relator (fl. 150), constantes nos processos oriundos da Justiça Federal de São Carlos e da

---

nal da presente ação é redimir eventual erro judiciário ou reparar injustiça, e jamais ser utilizado como segunda apelação ou nova revisão, mas sem ajustar à moldura do permisso legal" (**RJDTAcrim 6/562**). E, ainda, o seguinte precedente do TRF1; *literris: "Ementa: PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIA NOVA.* ONUS PROBANDI. *- Circunstância nova que autoriza a revisão criminal é aquela que altera a situação jurídica do agente, e que não foi apreciada pela sentença porque sua existência era ignorada, ou porque não pode ser alegada no curso do feito. Exegese do inciso III, do art. 621, do CPP. - Na revisão criminal, ocorre a inversão do* onus probandi*, incumbindo ao requerente a produção da prova dos pressupostos de sua admissibilidade, enumerados no artigo 621 do CPP, compete ao autor. - Pedido revisional improcedente".* (**TRF1, Relator JUIZ VICENTE LEAL DJ 7/12/1992).**

[77] FEITOSA, Denilson. *Direito Processual Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 990.

[78] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1077.

Comarca de Pirassununga (fls. 156/168 e 172/223), são suficientes para minha convicção e juízo de valor no tocante ao deslinde da *quaestio* ora apreciada.

Da leitura dos relatórios médicos e laudos periciais produzidos no Juízo Cível, inferi ter a doença mental de SILVIO AUGUSTO MARTINS precedido a época dos fatos descritos na exordial devido às incontestáveis evidências. Por partes:

O Comandante da Subunidade, Coronel Randoval Ribeiro Borges, em depoimento junto ao Conselho de Disciplina constituído após o trânsito em julgado da condenação do sentenciado, informou ser o Sargento DUARTE pessoa de temperamento explosivo, sem controle emocional e "*em certos momentos até vingativo, pelo fato de não reconhecer suas fraquezas*" (fls. 65/66).

Indo além, informa o documento de fl. 72, datado de 12/6/2006, a dispensa do réu para tratamento médico por sete dias em virtude da doença baseada no CID F60.3 – transtorno de personalidade emocionalmente instável. Em que pese ser o período posterior ao delito (novembro de 2005), restou claro encontrar-se o recorrente, pouco tempo depois, submetido a tratamento psiquiátrico e os sintomas descritos coincidirem com o da patologia à frente diagnosticada, que resultou em sua interdição. Existe, outrossim, prescrição médica para uso de Rivotril, de 16/8/2006 (fl. 74).

Certo é que o primeiro laudo pericial juntado aos autos – fls. 103/112 e 156/168 –, realizado em 1º/2/2011, diagnosticou transtorno afetivo bipolar e transtorno de personalidade. A doença pôde ser comprovada a partir de 23/6/2010, data da primeira internação na Casa de Saúde Bezerra de Menezes, conforme dados do prontuário médico acostado aos autos da ação cível. Porém, conforme consta do próprio laudo, "*o transtorno de personalidade, por definição, está presente desde a adolescência*" (fl. 163).

Em depoimento à perícia médica *retro* mencionada, a realizada em fevereiro de 2011, o genitor do réu, Pedro Martins Filho, ouvido como Curador Provisório da parte autora, informou que: "*o filho já estava doente há 10-12 anos e começara o tratamento na AFA. Apresentava agressividade física com a ex-esposa e não queria ir para o trabalho, pois se sentia perseguido pelos demais militares*" (fl. 158).

De acordo com a resposta aos quesitos suplementares, os expertos atestaram que "*o transtorno de humor do periciando pode ser com-*

provado, no mínimo, desde 01/2000, conforme dados de prontuário médico anexado à página 821 da petição inicial" (fl. 167).

Posteriormente, um segundo laudo – fls. 214/220 – realizado em 19/7/2011, com o fito de verificar sua capacidade civil, atestou demonstrar o periciando quadro de esquizofrenia, com total incapacidade de autogerir-se e de gerir seus bens, razão pela qual foi decretada sua interdição (fl. 221).

Muito embora não faça esse último laudo referência sobre a exata cronologia do distúrbio, no "quadro psiquiátrico" constante da "Anamnese Biográfica" (fl. 215), vê-se ter o transtorno iniciado há cerca de mais de uma década, consignando episódios de agressividade por parte do réu, que chegou a ser internado uma vez em hospital psiquiátrico no mês de outubro de 2010.

Foi esse documento que serviu de supedâneo à interdição judicial do 2S Aer SILVIO AUGUSTO MARTINS, decidida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Pirassununga/SP, e é ele o apresentado nestes autos como prova inédita. Da sua leitura, depreende ser a moléstia:

> *"(...) uma doença mental que afeta o processo do pensar e leva ao surgimento de quadros delirantes e/ou alucinatórios, na grande maioria das vezes. Apresenta curso crônico, ou seja, não existe cura, apenas controle. São fatores de pior prognóstico: quanto mais precoce for o início da doença, quanto maior o número de internações e quanto pior for a resposta medicamentosa. Em consequência, mais intenso será o efeito da doença na pessoa acometida, levando à progressiva deterioração do periciando, com desagregação e rebaixamento cognitivo"* (fl. 216).

Apesar de as conclusões dos laudos acima especificados, apresentadas, subsequentemente, em fevereiro e julho de 2011, não coincidirem quanto ao diagnóstico, ambas revelam de forma inequívoca doença grave, à toda evidência preexistente quando do cometimento do delito pelo qual o réu foi condenado e cumpriu pena. Inconteste, para mim, ter ela influenciado o estado mental do agente.

Preceitua o art. 297 do CPPM que o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em Juízo e, na consideração de cada prova, deverá confrontá-la com as demais, verificando entre elas compatibilidade e concordância.

Da análise detida dos documentos defensivos e das provas constantes no processo principal, anexo à presente Revisão, vislumbro ele-

mentos suficientes a demonstrar que a psicose antecedeu à prática delitiva.

Em exato vernáculo redigido no relatório médico-psiquiátrico constante à fl. 80, de 11/9/2009, já se observava distúrbio comportamental grave, equivocadamente avaliado. Leia-se:

> *"O paciente apresenta quadro clínico de transtorno depressivo importante com crises de choro ocasionais, desânimo, angústia, irritabilidade, explosividade, insônia, pânico, ansiedade, estresse, etc. O paciente apresenta redução significativa de sua capacidade laborativa e comprometimento de sua vida social.* ***O paciente apresenta história de alterações de comportamento na infância*** *e atualmente apresenta explosividade, impulsividade, crises de ausência e desmaios recentes. O paciente foi medicado com Sertalina 50 mg 1cp 2-3x/dia, Olcadil 2mg 1cp 1-2x/dia e Depakote 125 mg 'S' 1cp 2x/dia".*

É de observar, ainda, que, em 9/4/2010, o mesmo médico Dr. Ronald Scott Bruno atestou estar o recorrente sob seus cuidados profissionais, apresentando quadro clínico semelhante ao verificado em setembro de 2009, concluindo com o diagnóstico de estresse pós-traumático, transtorno depressivo e epilepsia. Consignou, ainda, estar o paciente incapaz de trabalhar, sugerindo o seu afastamento por 120 dias (fl. 81).

Estou, pois, convicta de que o sentenciado, ao tempo do crime, achava-se em estado de morbidez mental, a comprometer sua capacidade de autodeterminação – art. 48 do CPM.

Ora, segundo Lacan, a psicose é considerada uma estrutura psíquica diferenciada da estrutura neurótica e perversa;[79] *"o que diferenciaria basicamente a neurose e a psicose seriam os mecanismos que as estruturam. Na psicose o mecanismo de preclusão (ou Verwerfung) e o da recusa (Verleugnung), na neurose, o recalque (Verdrangung)."* [80]

Trago a questão à balha, porque para um sujeito ser psicótico ele precisa ter mecanismos de defesa diferentes dos ditos "normais", mesmo que o sentido de normalidade seja discutível, posto variar de acordo com a época em que é estudado. Ora, se o sujeito possui mecanismos de defesa diferenciados, ele se comportará diferenciadamente quanto à per-

---

[79] *Apud:* Katz, Chaim. S. (org) *Psicose – uma leitura psicanalítica*. São Paulo: Escuta, 1991.

[80] KATZ, Chaim S. *Op. cit.* p.11.

cepção da realidade, sobretudo, se não estiver submetido a tratamento medicamentoso.

Certamente, não estou a afirmar que toda psicose necessita ser tratada com remédios, mas, quando eclode o surto psicótico, é absolutamente imprescindível.

Acorde o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, *litteris:*

> *"O termo psicótico tem recebido, historicamente, diversas definições diferentes, nenhuma conquistando aceitação universal. A definição mais estreita de psicótico está restrita a delírios ou alucinações proeminentes, com as alucinações ocorrendo na ausência de insight para sua natureza patológica. Uma definição levemente menos restritiva inclui também alucinações proeminentes que o indivíduo percebe como sendo experiências alucinatórias. Ainda mais ampla é a definição que também inclui outros sintomas positivos da Esquizofrenia (isto é, discurso desorganizado, comportamento amplamente desorganizado ou catatônico). Diferentemente dessas definições baseadas em sintomas, a definição usada em classificações anteriores provavelmente era demasiado abrangente e focalizada na gravidade do prejuízo funcional, de modo que um transtorno mental era chamado de 'psicótico' se resultava em 'prejuízo que interfere amplamente na capacidade de atender às exigências da vida'. Finalmente, o termo foi conceitualmente definido como perda dos limites do ego ou um amplo prejuízo no teste de realidade"*[81].

Elucida a obra referida que dentro dos transtornos psicóticos insere-se a esquizofrenia, o transtorno esquizofreniforme, o transtorno esquizoafetivo, o transtorno delirante, o transtorno psicótico breve, o transtorno psicótico compartilhado, o transtorno psicótico devido a uma condição médica geral, o transtorno psicótico induzido por substância e o transtorno psicótico sem outra especificação.

Nestes autos, a patologia apontada – a esquizofrenia – possui subtipos diferenciados, definidos pela sintomatologia predominante, nos quais se inclui, não raro, sintomas característicos de mais de um deles.

---

[81] DSM-IV - *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 263.

Cito, então, a esquizofrenia do tipo paranoide, a do tipo desorganizado, a do tipo catatônico, a do tipo indiferenciado e a do tipo residual[82].

A do tipo paranoide, pelo que inferi, é a apresentada como predominante pelo diagnóstico que embasou a interdição, possuindo os seguintes marcos distintivos:

> *"A característica essencial da Esquizofrenia, Tipo Paranoide, é a presença de delírios ou alucinações auditivas proeminentes no contexto de uma relativa preservação do funcionamento cognitivo e do afeto. Os delírios são tipicamente persecutórios ou grandiosos, ou ambos, mas de delírios envolvendo outros temas (por ex. ciúmes, religiosidade ou somatização) também podem ocorrer. Os delírios podem ser múltiplos, mas geralmente são organizados em torno de um tema coerente. As alucinações também são tipicamente relacionadas ao conteúdo do tema delirante. Aspectos associados incluem ansiedade, raiva, afastamento e tendência a discussões. O indivíduo pode ter uma atitude superior e condescendente, apresentar uma qualidade afetada e formal, ou então, extrema intensidade nas interações interpessoais. Os temas persecutórios podem predispor o indivíduo ao comportamento suicida e a combinação de delírios persecutórios e grandiosos com raiva pode predispor à violência. O início tende a ser mais tardio do que em outros tipos de Esquizofrenia, e as características diferenciadoras podem ser mais estáveis ao longo do tempo"* [83].

Consoante o CID-10 (1999), a esquizofrenia paranoide (F.20) possui as características acima explicitadas. Interessante ressaltar, para o caso em tela, o contido no item B, referente à sociabilidade e à capacidade de discernimento de um ato real ou imaginário; *verbis:*

> ***"B. Disfunção Ocupacional/Social:*** *Durante um espaço significativo de tempo, desde o início do distúrbio, uma ou mais áreas principais de funcionamento como trabalho, relações interpessoais ou auto-cuidado encontram-se significativamente abaixo do nível atingido antes do início (ou quando o início ocorre na infância ou na adolescência, fracasso em atingir o nível*

---

[82] DSM-IV - *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. *Op. Cit,* p. 275.

[83] DSM-IV, *Op. Cit,* pp. 275-276.

esperado de desempenho interpessoal, acadêmico ou ocupacional).".

De modo geral, as pessoas que convivem com o esquizofrênico paranoide somente o reconhecem quando ele tenta explicar as crenças ou perseguições às quais se sente submetido. Nesses momentos, os delírios são percebidos diante das explicações bizarras e impossíveis.

Ademais, a literatura especializada é enfática ao relatar ter a esquizofrenia, como componente, a dissociação da consciência com a inconsciência. *Esquizo* quer dizer partido, apartado. Assim sendo, o esquizofrênico possui uma parte de si que desconhece a outra e que, no delírio, se faz ouvir como se outra pessoa fosse. Freud a definiria como a reconstrução de uma realidade alucinatória na qual o sujeito fica unicamente voltado para si, sem alteridade, ou seja, sem lei ou ordem possível.[84]

Nesse sentido, imputar a um esquizofrênico a consciência de seus atos é pedir a ele que responda em uma estrutura psíquica psicótica; um absurdo jurídico e clínico! Decorre daí ser inaceitável impingi-lo de culpas que ele não tem condições de assumir.

De acordo com o DSM IV (1995), seus sintomas:

> *"envolvem uma faixa de disfunções cognitivas e emocionais que acometem a percepção, o afeto, a fluência e a produtividade do pensamento e do discurso, a capacidade hedônica, a volição, o impulso e a atenção. Nenhum sintoma isolado é patognomônico de esquizofrenia; o diagnóstico envolve o reconhecimento de uma constelação de sinais e sintomas associados com prejuízo no funcionamento ocupacional ou social"* [85].

Quer isto significar que sinais isolados descrevem a morbidade, contudo, se mais de um deles se fizer presente ou o seu conjunto, o distúrbio psíquico é manifesto e recomenda tratamento terapêutico e medicamentoso.

> A moléstia *"envolve disfunção em uma ou mais áreas importantes do funcionamento (por ex. relações interpessoais, trabalho, educação ou higiene). Tipicamente, o funcionamento está*

---

[84] *In:* ROUDINESCO. E. *Dicionário de Psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

[85] *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM IV*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 264.

> *claramente abaixo daquele que havia sido atingido antes do aparecimento dos sintomas. Se a perturbação começa na infância ou adolescência, entretanto, pode haver um fracasso em conquistar o que seria esperado do indivíduo, ao invés de uma deterioração no funcionamento. (...) Os indivíduos que eram socialmente ativos podem tornar-se retraídos, perder o interesse em atividades com as quais anteriormente sentiam prazer, tornarem-se menos falantes e curiosos, e passar a maior parte de seu tempo na cama. Esses sintomas negativos com frequência são o primeiro sinal, para a família, de que algo está errado; os membros da família podem, por fim, relatar a sensação de que o indivíduo estava 'indo embora aos pouquinhos')"* [86].

Enfatizo que a literatura especializada é unânime em reconhecer não estarem os esquizofrênicos cientes dos atos que praticam, posto que, em crise, o discurso delirante não guarda correlação com a consciência.[87] Ainda que não estejam em delírio total, poderão ser acometidos por pequenas crises, até a eclosão da grande crise.

Na espécie, os autos não noticiam o momento da ocorrência dessa grande crise, mas dão conta da existência da patologia quando da perpetração delitiva, à época, equivocadamente diagnosticada como **transtorno afetivo bipolar e transtorno de personalidade**. Não era o caso.

Estava-se diante de doença incapacitante que, se não tratada precocemente, de modo a evitar o primeiro delírio, inexistirá retorno à estrutura **borderline;** aquela entre a psicose e a neurose. É indubitável que diante da interdição judicial, a traduzir-se no reconhecimento do

---

[86] *Id.,* p. 267.

[87] A psicose é uma "doença mental" que tem componente intergeracional. Normalmente uma pessoa com Psicose possui, em sua história familiar, algum de seus parentes próximos com a mesma doença ou sintomatologia. Discute-se se é hereditária ou afetiva, concluindo-se que os dois componentes a integram e são determinantes para sua eclosão. A psicose pode ser estudada e definida (pela psiquiatria) em diversos níveis e formas. Mas o importante é o quanto ela, na forma de esquizofrenia, pode inviabilizar o doente no meio onde vive. Um indivíduo em crise, mesmo que não esteja em delírio, certamente, não tem consciência de seus atos, sofrendo imensamente quando, pelo discurso de outrem, toma conhecimento do que fez ou praticou. KATZ, Chaim S. *Psicose: uma leitura psicanalítica*. São Paulo: Escuta, 1991.

Estado da existência do transtorno psíquico, imperioso reconhecer o avanço da doença e a provável impossibilidade do retorno.

Abstraindo-se o campo psiquiátrico para adentrar em considerações psicológicas, mais especificamente psicanalíticas, e tomando D. W. Winnicott (1994) como referência, o psicótico, independente dos subtipos apresentados, insere-se na categoria de pessoas que tiveram o seu amadurecimento precocemente interrompido. Dito de outra forma, o psicótico é um sujeito interrompido, que reviverá essa interrupção mais tarde, em forma de uma regressão à dependência.[88]

Mas o que isso representa para o caso *sub examine*? Que uma pessoa psicótica regride afetivamente e necessita de um tratamento que a mantenha em ambiente seguro, não mutável e sem tensão extrema. A sensação do indivíduo psicótico é de despedaçamento, de "cair para sempre" em um buraco interior que o faz agonizar.

Quero com isso realçar com veemência que o ser humano que está aqui sendo julgado tem direito à estabilidade psíquica advinda de um tratamento psiquiátrico e psicológico, para que possa, talvez, vir a viver plenamente, ou, então, viver patologicamente com um mínimo de assistência.

Será a sua família quem lhe dará a sustentação necessária, razão pela qual a condenação redundará na impossibilidade de sua reincorporação à Aeronáutica – Força da qual não poderia ele ter sido desligado em função da patogenia – e, por consequência, na impossibilidade financeira dos genitores em prover as necessidades do sentenciado, sabidamente de custo elevado.

Por último, mas não menos importante, mister sobrelevar ter o recorrente sido condenado sem que a Defesa houvesse requerido exame de sanidade mental, contentando-se com o diagnóstico dos médicos da Aeronáutica quando do seu atendimento no quartel. Deixou, pois, de aventar questão relevante: a inimputabilidade.

Por consequência, o réu cumpriu integralmente a pena e nada mais deve à sociedade. O perdão que ora se almeja, portanto, transcende a esfera penal para alçar de caráter humanitário.

---

[88] WINNICOTT, C. *Explorações psicanalíticas D.W. WINNICOTT*, Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

Consoante salienta Fernando da Costa Tourinho Filho, *"a imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser atribuída a prática de um fato punível"*[89]. Por conseguinte, se a pessoa é capaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, merece sujeitar-se às penas da lei.

Se, contudo, o agente não o reconhece, como falar em reprovabilidade da conduta, à vista da dificuldade ou incapacidade de compreender o ato praticado, mormente em face de anomalia psíquica?

Conforme explicita Cezar Roberto Bitencourt, *"existem determinadas condições psíquicas que afetam a capacidade intelectual para compreender a ilicitude, como por exemplo, nos quadros de oligofrenia, de doenças mentais, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado"*[90]. Daí, imprescindível *"valorar os efeitos que determinado estado mental pode ter sobre os elementos que compõem a capacidade de culpabilidade penal"*[91].

Foi como se posicionou a Suprema Corte norte-americana, no paradigmático precedente **Atkins *versus* Virginia**, excluindo da pena capital os criminosos com retardo mental. E assim decidiu, com fulcro na Oitava Emenda.

A força da argumentação expendida no voto condutor do **Justice** Stevens, *mutatis mutandi* aplicáveis à lide *sub examine*, é pungente ao afirmar que: *"Pessoas com problemas mentais são competentes para enfrentar um julgamento, mas, por definição, têm diminuída sua capacidade de entendimento e de processar informações, de comunicarem-se, de abstraírem-se dos erros e aprender com a experiência, de engajarem-se numa argumentação lógica, de controlarem seus impulsos, e de entenderem as reações dos outros."*[92]. É, precisamente, em razão dessa disfunção

---

[89] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 541.

[90] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: *parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470.

[91] *Idem*, pp. 470-471.

[92] Tradução livre. Na língua original: *"Mentally retarded persons (...) are competent to stand trial but, by definition, they have diminished capacities to understand and process information, to communicate, to abstract from mistakes and learn from experience, to engage in logical reasoning, to control impulses, and to understand others reactions (…)". In*: *Certiori nº 00-8452 – Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002*), p. 305.

na área cognitiva para valorar e controlar os próprios impulsos, que os portadores de distúrbios mentais não agem com o nível moral de culpabilidade que caracteriza a conduta dos demais criminosos.[93] Mais, seus atos não são premeditados, mas impulsivos.

Na espécie, invocar a jurisprudência estrangeira, nomeadamente, a de índole constitucional, tem sua razão de ser devido à importância metodológica do transjudicialismo, ou da **cross-fertilization**, consoante a terminologia de Mirreile Delmas-Marty, nesta contemporaneidade. Esse "*modelo dialógico de comunicação*" entre os diversos sistemas jurídicos possibilita um intercâmbio construtivo entre os diferentes ordenamentos.

Não se trata de mera menção às decisões dos tribunais de outros Estados, mas do conhecimento de sua existência para eventual utilização determinante no contexto da solução nacional. A doutrina a denomina de "autoridade persuasiva", porque reproduz a possibilidade, dentro de um processo de decisão, de, em conjunto com outros elementos, tomar-se uma determinante decisiva para a solução final da lide.

Conhecer da argumentação que analisou previamente questão polêmica pode ser de grande valia. Ter contato com visões provenientes de diversas Cortes é salutar, amplia o espectro do conhecimento e aperfeiçoa a hermenêutica. Para além, liberta o pensamento do provincianismo, porquanto os modelos autorreferidos acabam conduzindo a uma visão estratificada da Ciência Jurídica, sem mencionar que a recusa em considerar a relevância das decisões de outros sistemas jurídicos, eventualmente, levará os tribunais a verem a jurisprudência da Corte que os repulsa como irrelevante e isolada.

Nesse diapasão, a despeito de a Constituição Pátria autorizar a aplicação da pena de morte somente em tempo de guerra declarada, e não ser essa a punição aqui impugnada, destaque-se que até na América do Norte, que revela exacerbado rigor no direito de punir, prevalece um consenso entre os atores sociais – a sociedade, os legisladores, os juristas e os próprios magistrados – de que criminosos mentalmente debilitados são menos culpados do que os considerados "normais". Inclusive, representantes de diversas comunidades religiosas que atuaram no **Certiorari nº 00-8452/2002** na condição de *amicus curiae,* foram unânimes ao admitir que cristãos, judeus, muçulmanos e budistas, sem embargo de seus pon-

[93] *Id.*, p. 306.

tos de vistas, compartilham da convicção de que executar pessoas com distúrbios mentais não é moralmente justificável.[94]

E dois são os principais motivos a justificar a exclusão da apenação aos deficientes mentais, e não me refiro somente à morte, mas a qualquer outra. O primeiro: o risco de um julgamento em que a verdade real não seja esmiuçada e rigorosamente perquirida. Devido à redução do entendimento ou de sua completa ausência, o sujeito ativo portador de moléstia psíquica tem, como se enfatizou, a capacidade intelectiva reduzida ou até suprimida, fato a obstaculizar a realização de uma defesa plena, na medida em que tais réus não estão aptos a fornecer aos seus procuradores efetiva e sólida contribuição às suas defesas técnicas, fato que aqui ocorreu.

O segundo: o esvaziamento do caráter preventivo ou retributivo da pena.

Efetivamente, mesmo para a teoria retribucionista que propugna a compensação da culpabilidade do autor mediante a imposição de outro mal como castigo – desejado e buscado pelo agente –, e que se atém, meramente, à expectativa punitiva estatal, desprezando qualquer consideração com o infrator; mesmo para ela, a sanção perde a razão de ser, uma vez que, por força da patologia, não buscou ou desejou o réu perpetrar mal algum. Não almejou as nefastas consequências que advieram de seus atos, porque deles não tinha ciência. Desprovido, portanto, de sentido o ato de punir quem não entenda o alcance de sua ação e, por ser incapaz, não possa expiar a própria culpa com a punição impingida.

Igualmente, sob o aspecto da prevenção geral, teoria que preconiza que a cominação do agravo deva gerar temor, coagir psicologicamente o cidadão de modo a desmotivá-lo a delinquir, intimidando-o a obedecer à norma; em se tratando de psíquicos-patológicos, o *jus cogens puniendi* não desmotivará ou, tampouco, gerará temor àquele incapaz de valorar atos e consequências.

Por derradeiro, no tocante à prevenção específica, segundo a qual a sanção, individualmente aplicada ao indivíduo infrator, tem por finalidade prevenir novos crimes e buscar a reparação do delito mediante a punição, oportunidade na qual o Estado demonstraria a eficácia de seus institutos penalizadores, é vazia de sentido a sua cominação aos psicóticos, porquanto seu escopo é corrigir e ressocializar o criminoso.

---

[94] *In:* **Atkins *v.* Virgina**, p. 316, pé de página 21.

O filósofo Sêneca afirmaria: "*nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não se volte a pecar*". Impingir castigo a esquizofrênico é inútil e cruel, pois ele não o conceberá nem como penitência, nem como intimidação nem como uma demonstração da potestade estatal.

Tal como colocado, não se vislumbra, sob qualquer perspectiva teórica, justificativa humana e plausível para apenar os mentalmente desabilitados. Daí porque afirmou o **Justice** Stevens: *"Uma comunidade moral e civilizada diminui a si própria se o seu sistema de justiça não é capaz de reconhecer e considerar tal limitação de maneira significativa."*[95].

E foi por essa razão que o **Justice** Warren, em voto condutor de outro **leading case – Trop *v.* Dulles –** orientou a Suprema Corte Norte Americana a proceder à exegese da Oitava Emenda, que veda a aplicação de penas excessivas, cruéis ou punições não usuais, e de resto se assemelha ao disposto no art. 5º, incisos XLVII e XLIX, da Carta Política Brasileira, no sentido de "*o conceito básico sublinhado pela Emenda Oitava ser o da dignidade do homem. À Emenda impõe destacá-lo, considerando os standards de decência que marcam o progresso de uma sociedade madura." "(...) E a proporcionalidade que envolve tais standards há de ser interpretada com base em fatores objetivos para sua máxima extensão."*[96].

No Brasil não é diferente, uma vez inadmitir a *lex* apenar doente mental, *ex vi* dos artigos 26 do CP e 48 do CPM. Por decorrência, o réu inimputável há de ser absolvido nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP, e do art. 439, alínea "d", do CPPM.

Outrora denominado "*louco de todo gênero*", pelo Código Civil de 1916 – art. 5º, inciso II, do CC/1916 –, hoje é considerado incapaz civilmente o indivíduo que, em razão de enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos civis (art. 3º, inciso II, do Código Civil de 2002).

---

[95] Tradução livre. No texto original: *"A moral and civilized society diminishes itself if its system does not afford recognition and consideration of those limitations in a meaningful way."* **Atkins *v.* Virginia**, *Op. cit,* p. 310.

[96] Versão livre. No texto original: "*The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man. The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society." In*: **Trop *v.* Dulles.** 356 U.S. 86 (1958). *Apud:* **Atkins *v.* Virginia**, *Op. cit,* pp. 311- 312.

Evidentemente, notória a independência entre as instâncias penais e civis, de modo a distinguir a incapacidade civil da inimputabilidade penal, e esta magistrada não a subestima. De fato, são instrumentos diversos, que possuem escopos dissonantes. Entretanto, as duas figuras jurídicas guardam estreita matriz fática: o quadro de psicopatia do agente. O fato de se delinearem consequências jurídicas díspares não significa que a prova colhida numa instância seja imprestável a outra.

Indene de dúvidas a incapacidade do agente a alcançar as peculiaridades do evento criminoso e do comportamento volitivo do réu.

Poder-se-ia, contudo, arguir, *in casu*, perplexidade em pretender-se aplicar como prova fundante para a absolvição criminal aquela extraída de processo de natureza civil. Não há razão para alarde. A jurisprudência é remansosa em admitir possibilidade de prova emprestada do juízo cível ao penal, ou vice-versa.

Cito o seguinte julgado do STJ:

> *"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. (...). USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. (...). RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.*
>
> *1. Mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, que implicou a demissão do impetrante dos quadros de pessoal do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em decorrência de apuração da prática das condutas descritas nos artigos 116, I, III, IX, XII; e 131, IV e XI da Lei n. 8.112/90, no âmbito de processo administrativo disciplinar.*
>
> *(...)*
>
> *3. **É firme o entendimento desta Corte que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização no processo administrativo de 'prova emprestada' devidamente autorizada na esfera criminal**. Precedentes: MS 10128/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/2/2010, MS 13.986/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/2/2010, MS 13.501/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 9/2/2009, MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008, MS 10.292/DF, Rel.*

Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 11/10/2007. (...)" (**MS 15787**, Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/8/2012).

Para Damásio de Jesus, "*a imputabilidade contém um juízo sobre a capacidade geral do autor*"[97]. Observa não se tratar de valoração específica, o que a tornaria psicológica, e cita Welzel, para quem a capacidade concreta de culpabilidade não é suscetível de percepção, sobretudo por terceiras pessoas, uma vez que não pode ser objeto de conhecimento teórico.

Consoante lição de Aníbal Bruno, deve-se compreender a doença mental como "*os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose-maníaco-depressiva e na paranoia*"[98], dentre outros exemplos de alienação mental, mórbidos ou não, reveladores da incapacidade do criminoso de entender o caráter ilícito de sua ação ou determinar-se de acordo com essa compreensão.

René Ariel Dotti ressalta que o transtorno mental abrange

> *"indistintamente todas as perturbações do psiquismo, sejam elas de predisposições hereditárias, sejam consequência de repercussão sobre o sistema nervoso central, de estados patológicos orgânicos, pois de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, alteram o comportamento do indivíduo, influindo negativamente em seu rendimento intelectual, em sua afetividade, em sua vontade e, por isso mesmo, em sua capacidade de trabalho e disposição para o lazer. Em suma, afetam o relacionamento social e a adaptação às normas da moral vigente"*[99].

Por derradeiro, cumpre mencionar matéria veiculada pela mídia em data de 17/2/2013, intitulada "**Retrato da Vida Insana no Cárcere. A loucura atrás das grades**", dando conta à sociedade brasileira da crueldade e injustiça em apenar-se os portadores de distúrbios mentais, por isso mesmo considerados inimputáveis aos olhos da lei.

---

[97] JESUS, Damásio. *Direito Penal*, vol. 1: parte geral – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 469.

[98] ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1967. p. 133 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 471.

[99] DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 417.

Por todo exposto, friso meu convencimento acerca da inimputabilidade do recorrente, consoante demonstrado nos laudos periciais, passando a ter quadros delirantes em data próxima à do crime objeto dos presentes autos, chegando à total incapacidade civil em razão da doença mental diagnosticada como esquizofrenia paranoide.

Ex positis, votei vencida pelo deferimento do pedido revisional, com a consequente reforma da Sentença *a quo*, proferida nos autos da Ação Penal nº 03/06-8, e o Acórdão confirmatório, proferido na Apelação (FO) nº 2007.01.050639-0/SP, a fim de absolver o 2S Aer SILVIO AUGUSTO MARTINS da imputação de furto qualificado, com fulcro no art. 439, alínea "d", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 21 de fevereiro de 2013.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

REVISÃO CRIMINAL Nº 87-12.2013.7.00.0000-RJ

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. Olympio Pereira da Silva Junior.

Requerente – Roger Quintella Tamanqueira, Cap Ex, requer Revisão Criminal do Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8/6/2009, lavrado nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, que manteve a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3/9/2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar de mesmo número, que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Advogadas – Dras. Luciana Egito de Oliveira e Ana Lúcia Lafayette Rodrigues Pereira.

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. O cabimento da Revisão Criminal condiciona-se à observância do disposto no art. 550 do CPPM, devendo ser admitida apenas quando se verificar um dos casos elencados no art. 551 do mesmo codex. *No caso, declarações particulares de supostas testemunhas, com firmas reconhecidas em cartório, juntadas aos autos a título de "novas provas", por si sós, não são aptas a provocar o juízo revisional. É imprescindível que a produção de provas testemunhais obedeça a critérios formais, sem os quais se tornam imprestáveis à apreciação. Pedido revisional não conhecido. Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, preliminarmente, não conheceu do pedido revisional, uma vez que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade. O Ministro William de Oliveira Barros não participou do julgamento.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira

da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 59ª Sessão, 20/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal requerida pelo Capitão do Exército ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, com base nos arts. 550 e 551, alíneas "b" e "c", do CPPM.

Postula a Defesa a reforma do Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 2008.01.051197-0/RJ (23-95.2006.7.01.0201), julgada em 08 de junho de 2009, que negou provimento ao recurso defensivo, mantendo íntegra a Sentença *a quo*, datada de 3 de setembro de 2008, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, pela prática do art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM (peculato em coautoria), com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Na petição de fls. 02/22, argumenta o surgimento de novas provas capazes de justificar a reforma do decreto condenatório, consubstanciadas em declarações de duas pessoas que, em suposta conversa tida com o coautor Sgt ARÃO TEIXEIRA DE **CARVALHO**, réu confesso e maior beneficiário dos valores desviados, teriam ouvido o mesmo dizer, de forma consciente e voluntária, que o Cap ROGER não tivera qualquer participação ou responsabilidade na empreitada criminosa e que apenas prestou as afirmações que terminaram incriminando-o por motivo de raiva e vingança, uma vez que fora o oficial o responsável por levar ao conhecimento do Comando da Unidade os desvios de verbas públicas narrados na denúncia.

Requer seja julgada procedente a presente ação revisional, com a absolvição do Cap ROGER e a aplicação de todos os efeitos dela decorrentes, ou, alternativamente, a desclassificação da conduta para o tipo penal de peculato na modalidade culposa, *"(...) reconhecendo-se ainda a extinção da pena, haja vista que o revisionado já se encontra recluso há cerca de **25 (vinte e cinco) meses**."*.

O pedido revisional veio instruído, dentre outros, com os seguintes documentos: "**DECLARAÇÃO ESPONTÂNEA REALIZADA PARA FINS DE INSTRUÇÃO DE PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL**" assinada, em 10 de abril de 2013, pelo Sr. RICARDO SILVA DE ABREU (fls. 26/33); "**DE-**

CLARAÇÃO ESPONTÂNEA REALIZADA PARA FINS DE INSTRUÇÃO DE PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL" assinada, em 24 de abril de 2013, pelo Sr. WILSON FERNANDES MATIAS (fls. 34/41); Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 2009, proferido nos autos da Apelação nº 2008.01.051197-0/RJ (23-95.2006.7.01.0201/RJ), e do correspondente Extrato da Ata de Julgamento (fls. 43/68); Sentença prolatada pelo Conselho Especial de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª CJM, em 3 de setembro de 2008, e da respectiva Ata da Sessão de Leitura realizada em 11 de setembro de 2008 (fls. 70/77); documentos relativos à execução da pena imposta (fls. 79, 80 e 83); Mandado de Prisão cumprido em 16 de março de 2011 (fl. 82); Despacho proferido, em 1º de março de 2010, nos autos da Revisão Criminal nº 2009.01.001338-1/RJ (77-07.2009.7.00.0000/RJ) (fls. 93/94); Ofício da SEJUD informando o trânsito em julgado da sentença condenatória (fl. 95); Termos de Inquirição do Sgt CARVALHO e do Cap ROGER na fase de IPM (fls. 123/124 e 125/127); "**INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA**" firmado, de um lado, entre a empresa credora Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e, do outro, **como devedor**, o **Ministério da Defesa do Exército Brasileiro**, representado pelo Sgt CARVALHO, datado de 28 de dezembro de 2005, alcançando o débito o valor de R$ 227.021,67 (duzentos e vinte e sete mil, vinte e um reais e sessenta e sete centavos) (fls. 128/129); "**TERMO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA**" no valor corrigido de R$ 321.765,92 (trezentos e vinte e um mil, setecentos e sessenta e cinco reais e noventa e dois centavos), assinado pelo Sgt CARVALHO em 14 de maio de 2007 (fl. 131); demonstrativos de débito e comprovante mensal de rendimentos do Sgt CARVALHO (fls. 132/133 e 134); Laudo Pericial Contábil (fls. 136/146); Solução do Processo Administrativo (fl. 148); Parecer do Encarregado do Processo Administrativo – Processo nº 01/2009 (fls. 151/152); e Demonstrativo Financeiro de Débito (fl. 155).

Com base em Certidão expedida pela SEJUD (fls. 228/230) e após consulta realizada junto ao SAM, verifica-se constar em nome do Requerente, além do atual, outros dois pedidos revisionais anteriores: **Revisão Criminal nº 2009.01.001338-1/RJ (77-07.2009.7.00.0000/RJ)** que, em 1º/3/2010, por **decisão monocrática** do Exmo. Sr. Ministro-Relator Gen Ex SERGIO ERNESTO ALVES CONFORTO, teve negado o seu seguimento por incabível, nos termos do art. 12, inciso V, do RISTM, em razão do não cumprimento do contido no § 1º do art. 555 do CPPM; e **Revisão Criminal nº 100-16.2010.7.00.0000/RJ**, Relator Ministro Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI, julgada em 3/5/2011, ocasião em que o Tribunal, "*(...) por unanimidade, indeferiu o pedido de Revisão Criminal,*

mantendo íntegro o Acórdão proferido na Apelação nº 0000023-95.2006.7.01.0201, por falta de amparo legal.".

Ainda relacionados com o objeto da presente Revisão Criminal, constata-se a existência, nesta Corte, em nome do Revisionando, dos seguintes feitos:

1. APELAÇÃO Nº 2008.01.051197-0/RJ (23-95.2006.7.01.0201/RJ). Rel. Min. Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA. **Julgamento**: 08/06/2009. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao apelo da Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA (...)*";

2. REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE Nº 137-43.2010.7.00.0000/DF. Rel. Min. Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI. **Julgamento**: 3/8/2011. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade,** rejeitou a preliminar arguida pela Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, para que se aguarde o deslinde da Revisão Criminal já intentada para o julgamento da presente representação. **No mérito, por unanimidade,** (...) acolheu a Representação, declarando o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA Indigno para o oficialato e determinando a perda de seu posto e patente, **ex vi** do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal*";

3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 100-16.2010.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI. **EMBARGADO**: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 3/5/2011, lavrado nos autos da Revisão Criminal nº 100-16.2010.7.00.0000. **Julgamento**: 09/08/2011. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou os Embargos Declaratórios*";

4. HABEAS CORPUS Nº 105-67.2012.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. **PACIENTE**: ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, Cap Ex, preso, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 1ª CJM, impetra o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, *inaudita altera parte*, a sua imediata soltura, expedindo-se, em consequência, o competente alvará. No mérito, pede a concessão da ordem, confirmando-se o pleito liminar. **Julgamento**: 18/9/2012. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade,** conheceu do pedido de habeas corpus, impetrado em prol do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA e denegou a ordem, por falta de amparo legal, com a devida continuidade do Processo de Execução em tramitação na 2ª Auditoria da 1ª CJM*";

5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 137-43.2010.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR. **EMBARGADO:** O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 3/8/2011, lavrado nos autos

da Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 137-43.2010.00.0000. **Julgamento**: 20/11/2012. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade,** rejeitou os Embargos de Declaração, mantendo íntegro o Acórdão hostilizado*";

6. HABEAS CORPUS Nº 86-27.2013.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. **PACIENTE:** ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, Cap Ex, preso, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz Auditor da 2ª Auditoria da 1ª CJM, nos Autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar n° 23-95.2006.7.01.0201, impetra o presente habeas corpus, requerendo, liminarmente, "inaudita altera parte", a concessão de livramento condicional, com fulcro no art. 618, inciso I, do CPPM. No mérito, pede a confirmação do pleito liminar. **Julgamento**: 18/6/2013. **Decisão**: "*O Tribunal, **por unanimidade**, (...) conheceu e concedeu a ordem requerida para, nos exatos termos da inicial, deferir o benefício do livramento condicional ao Paciente, Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, com fulcro no art. 625, ficando este subordinado às condições previstas no art. 626, alíneas 'b', 'd' e 'e', determinando a imediata expedição da Carta Guia, conforme previsto no art. 629, sendo todos os artigos ora mencionados do CPPM*";

7. EMBARGOS Nº 137-43.2010.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS. **EMBARGADO:** O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 3/8/2011, lavrado nos autos da Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade n° 137-43.2010.00.0000. **Julgamento**: aguardando (processo em pauta).

A Apelação transitou em julgado para a Defesa do Requerente em 23 de junho de 2010 (fl. 95).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer de fls. 234/241, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, opina pelo não conhecimento do pedido revisional, em razão do não suprimento dos pressupostos de admissibilidade, ou, caso admitido, pelo indeferimento por falta de amparo legal, aduzindo que, *in verbis*:

> *"O pedido, inequivocamente, não tem amparo legal, pelos fundamentos adiante explicitados.*
>
> *(...)*
>
> *Alega, agora, no que pertine à alínea 'c' do artigo 551 do CPPM, que o acusador estaria arrependido da falsa acusação, inclusive dispondo-se a produzir documento escrito com tal 'confissão'. Porém, constam dos autos apenas declarações firmadas*

por terceiros (...), que, além de idênticas, são reproduções fiéis de grande parte da Petição Inicial Revisional, sem que tenham sido colhidas com obediência a qualquer procedimento, o que põe em formal dúvida, de plano, sua verossimilhança.

Logo, o que o requerente pretende que sejam consideradas novas provas não passam de uma tentativa de tornar inexistente todo o devido processo legal realizado, reinaugurando instrução probatória, o que é inadmissível em sede de Revisão Criminal, (...):

(...)

Não há como reconhecer, como requer, agora, teses já rejeitadas, sem que nada de novo fosse acrescido ao **tema probandum**.

Não Caracterização de Novas Provas

(...) Não é cabível, neste momento, reabertura de colheita de provas, as quais, para este tipo de ação, devem ser pré-constituídas. A jurisprudência desse E. STM é farta nesse sentido, seja pelo não conhecimento, seja pelo indeferimento:

(...)

As razões de decidir pela condenação, confirmadas pelo Superior Tribunal Militar, em recurso de Apelação, não foram sequer afetadas pelas trazidas na vertente ação.

Há, como se vê com clareza meridiana, inúmeros óbices à pretensão, nenhum que se possa afastar no presente pedido, ante a carência de fundamentação. (...)" (fls. 236/241).

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, é impositivo o enfrentamento de questão levantada pela PGJM, que, atuando como *Custos Legis*, opina pelo não conhecimento do presente pedido de Revisão Criminal, em razão da ausência de atendimento dos requisitos legais de admissibilidade da ação por parte do Revisionando.

A pretensão deduzida pelo ilustre representante da PGJM merece ser acolhida.

No âmbito processual militar, a ação revisional encontra previsão nos arts. 550 a 562 da Lei Adjetiva Castrense.

O cabimento da Revisão Criminal condiciona-se à observância do disposto no art. 550 do CPPM ("***Art. 550.*** *Caberá revisão dos proces-*

sos findos em que tenha havido erro quanto aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento"), devendo ser admitida apenas quando se verificar um dos casos elencados no art. 551 do mesmo *code*x.

Assim, no que tange à admissibilidade da referida ação, o dispositivo em foco é taxativo ao estabelecer as três únicas hipóteses processuais, nas questões relativas à matéria de fato, que podem amparar o pedido, *in verbis*:

> *"**Art. 551.** A revisão dos processos findos será admitida:*
> *a) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;*
> *b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*
> *c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena."*.

No caso, o Requerente fundamentou seu pleito nos arts. 550 e 551, alíneas "b" e "c", do CPPM, pretendendo a modificação do aresto condenatório, proferido em primeira instância e confirmado por este Tribunal, a partir de declarações particulares de supostas testemunhas, com firmas reconhecidas em cartório, juntadas aos autos a título de "novas provas".

Ocorre que, para que declarações escritas sejam reconhecidas como provas testemunhais aptas a provocar o juízo revisional, é imprescindível que sua produção obedeça a critérios formais, sem os quais se tornam imprestáveis à apreciação.

Com efeito, não se verifica que os documentos apresentados tenham sido produzidos com a observância das exigências procedimentais, mormente no que tange ao contraditório, o que facultaria às outras partes a oposição ao que foi declarado, bem como a eventual formulação de quesitos a serem respondidos pelas novas testemunhas, a fim de melhor esclarecer os fatos ocorridos.

A jurisprudência e a doutrina são assentes em que, conforme os próprios ditames legais, a ação de revisão criminal está sujeita a juízo de admissibilidade.

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal ao apreciar os seguintes julgados:

> *"**REVISÃO CRIMINAL.** TENTATIVA DE EXTORSÃO. GRADUADO DA MARINHA DO BRASIL CONDENADO A PENA SU-*

PERIOR A DOIS ANOS. PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. ***INEXISTÊNCIA DE NOVAS PROVAS.*** *REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA E JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ELEITA.* ***REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE NÃO PREENCHIDOS. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA. PRECEDENTES.***

O objetivo da revisão criminal não é permitir uma terceira instância de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida a pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário.

Não se pode confundir a apresentação de nova tese defensiva como sendo supedâneo a justificar ou a dar amparo legal à apresentação de Revisão Criminal, até mesmo porque não se poderia entender como nova prova a argumentação que apenas reinterpreta as provas já apreciadas.

Não se conhece da Revisão Criminal quando ausentes os pressupostos legais para a sua admissibilidade, previstos no art. 551 do CPPM." (Revisão Criminal nº 42-76.2011.7.00.0000/RJ, Rel. Min. CLEONILSON NICÁCIO SILVA, Julg. 4/10/2012, DJe 18/3/2013) (sem grifos no original).

"EMENTA: ***Revisão Criminal. Ausência de pressupostos de admissibilidade. Não conhecimento do pedido. A Revisão Criminal somente é cabível nas hipóteses descritas no art. 551 do CPPM, e desde que, também, atendida a exigência estabelecida no art. 550 do mesmo diploma legal. In casu****, a documentação trazida à colação foi examinada e repelida por ocasião do julgamento da Apelação.* ***Preliminarmente, não conhecido do pedido revisional, por falta de amparo legal. Decisão unânime."*** (Revisão Criminal nº 2008.01.001325-0/RJ, Rel. Min. FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, Julg. 24/3/2009, DJe 28/4/2009) (sem grifos no original).

"EMENTA: Revisão Criminal; ausência de requisitos de admissibilidade; não conhecimento do pedido.

A Revisão Criminal somente é viável nas estritas hipóteses elencadas no art. 551 do CPPM e quando atendida, de logo, a premissa estabelecida no art. 550 do mesmo Código.

Inexistindo, in casu, o enquadramento dos fundamentos do pedido revisional em qualquer das hipóteses referidas no precitado art. 551, impende o seu não conhecimento, por ausência de requisitos de admissibilidade.

Decisão unânime." (Revisão Criminal nº 2001.01. 001285-7/MS, Rel. Min. JOSÉ ENALDO RODRIGUES DE SIQUEIRA, Julg. 14/5/2002, DJ 16/7/2002) (sem grifos no original).

Compulsando, também, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, encontramos posicionamento idêntico ao adotado por esta Superior Corte das Armas, *in verbis*:

> *"REVISÃO CRIMINAL. NOVAS PROVAS CONSISTENTES EM DECLARAÇÕES PARTICULARES. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *- Instruído o pedido de revisão com declarações particulares não produzidas mediante justificação judicial, com as cautelas legais – dele não se conhece por desatendido o pressuposto figurante no art. 621, III, do CPP.*
>
> *- Pedido de revisão não conhecido."* (Revisão Criminal nº 177/DF, Terceira Seção, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Unânime, Julg. 28/5/1997, DJ 4/8/1997).

Na mesma linha, a doutrina pátria é assente quanto ao necessário juízo de admissibilidade em se tratando de ação de revisão criminal.

Assim é que os renomados autores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, na obra *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2009, pp. 242 e 244/245, ensinam:

> *"Ação que é, a revisão criminal será analisada, em primeiro lugar, de acordo com as condições da ação, que são as mesmas condições de exercício das ações em geral: legitimação à causa, interesse de agir e possibilidade jurídica."*
>
> *(...)*
>
> *"A possibilidade jurídica do pedido, na ação de revisão, configura-se pela existência de uma sentença condenatória, pois somente com relação a esta a lei admite o exercício da ação.*
>
> *Porém, além da possibilidade jurídica do pedido revisional, deve ser examinada a possibilidade jurídica de sua causa de pedir, e esta é dada pela caracterização de uma das hipóteses legais de cabimento do instituto. O requerente deve pelo menos afirmar que a sentença ou o processo contém um dos vícios arrolados nos incisos do art. 621, o que será aferido em cognição sumária e provisória. Ou seja, a afirmação do autor ('in statu as-*

sertionis') deve referir-se a uma (ou mais) das hipóteses legais, tornando possível o exercício da ação com vista à causa de pedir invocada.

> *Adota-se, nesse passo, a denominada teoria da afirmação (em italiano, prospettazione), pela qual a existência das condições da ação se afere, em cognição sumária e provisória, no momento do ajuizamento da demanda, de acordo com a alegação do autor, e não perante sua existência concreta. A inexistência efetiva, apurada em cognição profunda e exauriente, levará à rejeição da demanda, pelo mérito.*

As hipóteses de cabimento da revisão criminal, previstas nos incs. I, II e III do art. 621 do CPP, correspondem ao fundamento da ação, ou seja, à sua 'causa petendi'. Assim, quando no pedido de revisão a afirmação do autor não se basear em qualquer das hipóteses legais, o que ocorre é a impossibilidade jurídica não mais do pedido, mas sim da causa de pedir.

> *É o que se passa, no campo civil, com a impossibilidade jurídica de cobrar dívidas de jogo: não é o pedido que é impossível – a cobrança –, mas sim o seu fundamento: a dívida de jogo.*

Exatamente nessa linha são as conclusões das Mesas de Processo Penal:

> *Súmula 112: 'Os fundamentos legais da revisão criminal configuram sua causa de pedir'.*
>
> *Súmula 113: 'A constatação da ausência dos fundamentos legais, por intermédio da cognição sumária, leva a um julgamento de 'carência da ação', pela impossibilidade jurídica da 'causa petendi'. (...)"*

Por sua vez, o mestre Julio Fabbrini Mirabete, em seu livro *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo: Ed. Atlas, 11ª edição, 2007, p. 1629, ao tratar do "***Juízo de admissibilidade***", colaciona a seguinte orientação jurisprudencial:

> *"A revisão criminal é uma ação penal, originária de 2ª instância, objetivando desconstituir uma sentença condenatória transitada em julgado e que tem por finalidade corrigir excepcionais casos de erro judiciário, equivalente da ação rescisória civil. Por ser uma ação, está sujeita às condições de procedibilida-*

de inerentes a toda ação. Por outro lado, a revisão criminal viola a autoridade da coisa julgada, e consequentemente, só pode ser admitida quando se enquadra, rigorosamente, nas hipóteses taxativas enumeradas em lei, (...). Assim sendo, ***para que a ação tenha seguimento, precisa passar por um juízo de admissibilidade, com verificação dos pressupostos básicos de formação da instância do conhecimento****. Se o Estado é invocado para a prestação jurisdicional, cabe-lhe fiscalizar a petição inicial para evitar o nascimento de causas inviáveis e, por conseguinte, perda de tempo, e de dinheiro, bem como poupando o Tribunal de desperdício de atividade."* (TACRSP – RT 707/305) (sem grifos no original).

O ilustre autor, na obra *Processo Penal*, São Paulo: Ed. Atlas, 17ª edição, 2005, pp. 737/738, leciona que, *in verbis*:

*"****Para a revisão, quando se trata de apresentação de 'provas novas', é necessário que seja ela produzida judicialmente, no juízo de 1º grau, obedecendo-se ao princípio do contraditório, com a exigência, portanto, da participação do Ministério Público.*** *Sendo inadmissível a produção de provas durante a ação revisional, para ser ela obtida necessária se torna a* ***justificação criminal****. Tal justificação criminal, verdadeira* ***ação penal cautelar preparatória****, deve ser processada perante o juízo da condenação.* ***Não se presta a fundamentar o pedido revisional, depoimento extrajudicial****, ainda que por escritura pública. De outra parte, documento não produzido na instrução do processo onde foi o interessado condenado é prova nova que torna cabível o conhecimento da revisão."* (grifamos).

No mesmo norte, o professor Guilherme de Souza Nucci, *in Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2012, pp. 1068/1069 e 1075/1076, aduz, *in verbis*:

"(...) ***Rol Taxativo:*** *busca-se rever uma decisão abrigada pelo manto da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), que é garantia constitucional de proteção ao indivíduo e aos conflitos já julgados e compostos pelo Poder Judiciário. Logo, o rol de possibilidades para o ajuizamento de revisão criminal deve ser considerado taxativo".*

(...)

*"****Busca da prova nova:*** *pode ser ela introduzida diretamente nos autos da revisão criminal – quando se tratar de documento novo, por exemplo – como* ***pode ser alcançada por meio do procedimento próprio, denominado justificação,***

> ***que é uma medida cautelar, voltada à preparação de futura ação penal ou de julgamento***. *Desenvolve-se a justificação perante o juiz da condenação, como preceituado pelo art. 861 e seguintes do Código de Processo Civil. Conferir: TRF-4: '3. Ademais,* ***em se tratando de ação revisional proposta com fundamento na existência de novas provas testemunhais capazes de infirmar o édito condenatório, estas devem ser previamente produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, por meio do procedimento da justificação criminal, a ser conduzido perante o primeiro grau de jurisdição, nos termos do artigo 861 e seguintes do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente conforme o disposto no artigo 3º do CPP. Precedente do STJ'*** *(RVCR 2009.04.00.041422-3/RS, 4ª S., rel. Tadaaqui Hirose, 28.05.2010, v.u.)."* (grifamos).

E, com o intuito de afastar de vez dúvida que porventura ainda remanesça quanto à preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal, cabe, nesse ponto, registrar precisa definição encontrada na obra *Vocabulário Jurídico*, de autoria do consagrado jurista De Plácido e Silva, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 29ª edição, 2012, p. 1.391, *in verbis*:

> *"**TESTEMUNHAS AURICULARES.** Qualificação atribuída a toda testemunha que afirma ou declara por ouvir dizer. É, pois, a testemunha que não sabe de ciência própria, mas por informação alheia.*
>
> ***As testemunhas auriculares**, igualmente denominadas de testemunhas de oitiva, de ouvida alheia, ou por ouvir dizer,* ***somente se entendem valiosas se as suas afirmativas tiverem confirmação das pessoas a quem se referiram.***" (grifamos).

Assim, temos que **as declarações acostadas não estão revestidas de valor probatório**, sendo imprescindível a realização de procedimento adequado perante o Juízo de primeiro grau, visando à obtenção dos testemunhos conforme formalismo exigido em lei, para a sua consequente aceitação como prova apta a integrar o processo.

Isso posto, preliminarmente, **não conheço** do pedido revisional, uma vez que não preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, prelimi-

narmente, em não conhecer do pedido revisional, uma vez que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Brasília, 20 de agosto de 2013 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

Índice de Assunto

A

Absolvição
Atipicidade Subjetiva, 167-180
Imprópria do Apelado, 167-180

Abuso de Poder
Decisão Impugnada, 466-497

Ação Penal Militar, 41-43, 45-46, 48, 55
Justa Causa, 447-465
Nulidade, 515-527
Procedibilidade – Prosseguimento, 41, 44-46, 49-52, 54-62, 353-397
Rejeição, 528-535

Acórdão Condenatório
Contrariedade, 563-591

Acusado
Constrangimento Ilegal, 466-497

Administração Militar, 44
Crítica Pública, 498-505
Lesão ao Patrimônio, 536-559
Res Furtiva sob Guarda, 398-413
Posse de Entorpecente, 276-284, 337-352
Responsabilidade na Suspensão de Pagamento, 226-250

Alegação de Insanidade, 167-180

Anulação da Condenação, 61

Apelação
Nº 2-60.2008.7.01.0101-RJ, 67-77
Nº 28-90.2011.7.03.0103-RS, 78-88
Nº 37-87.2008.7.12.0012-AM, 89-114
Nº 44-46.2007.7.01.0101-RJ, 115-139
Nº 60-86.2011.7.03.0203-RS, 140-166
Nº 72-63.2011.7.01.0201-RJ, 167-180
Nº 78-27.2012.7.01.0301-RJ, 181-194
Nº 83-64.2011.7.09.0009-MS, 195-202
Nº 84-77.2011.7.01.0201-RJ, 203-225
Nº 87-48.2010.7.03.0401-RJ, 226-250
Nº 95-44.2012.7.09.0009-MS, 251-260
Nº 112-82.2011.7.03.0203-RS, 261-275
Nº 117-70.2012.7.03.0203-RS, 276-284
Nº 129-83.2011.7.08.0008-PA, 285-308
Nº 183-79.2011.7.07.0007-PE, 309-336
Nº 203-47.2011.7.11.0011-DF, 337-352
Nº 232-07.2010.7.01.0401-RJ, 353-397
Nº 242-64.2010.7.05.0005-PR, 398-413

Aplicação da Pena, 51

Apuração
Crítica Pública, 498-505

Arquivamento do Processo, 52

Auditoria de Correição
Competência, 24

Auditoria militar *ver* **Circunscrição Judiciária Militar**

Autoria
Comprovada, 78-88, 563-591

B

Bem Jurídico Tutelado
da Justiça Militar,
Hierarquia e Disciplina, 18, 30, 32, 33-34, 52
Ofensa, 181-194

Bis In Idem
Inexistência, 115-139

C

Carta de Guia, 50

Carta Patente, 515-527

Cerceamento de Defesa, 115-139

Circunscrição Judiciária Militar, 24-25
Julgamento, 22

Circunstância
Agravante, 251-260
Atenuante
Crime Militar, 251-260

Coautoria, 528-535
Civil, 89-114

Código
da Justiça Militar, 40-42
de Processo Penal Militar, 43-45
Penal Militar, 22, 27, 43, 50-51, 56, 58

Concurso Material, 309-336

Condenação
em Primeira Instância, 309-336

Conexão de Crime, 195-202

Conflito Armado, 16

Conselho de Justiça, 24, 27-28

Conselho Especial de Justiça
Competência, 515-527

Conselho Superior de Justiça, 27-28

Conselho Supremo Militar, 20

Conselho Supremo Militar e de Justiça, 15, 20

Constrangimento Ilegal
Acusado, 466-497

Contemporaneidade entre os Delitos, 417-444

Corte de Apelação Criminal, 38

Corte Marcial, 37

Crime Continuado, 309-336

Crime de Deserção *ver* **Deserção**

Crime de Perigo, 337-352

Crime Doloso Praticado contra a Vida, 30

Crime Militar, 50
Imputação, 181-194
Julgamento, 18, 22, 41-42
Definição,
Rússia, 38
Tipificação, 27, 41

Crítica Pública
Apuração, 498-505

Culpabilidade
Comprovação, 276-284
Exclusão, 285-308

Custódia Cautelar
Desertor, 506-512

D

Decisão
de Direito,
Imutabilidade, 51
do Juízo
Rejeição da Denúncia, 528-535

Declaração de Indignidade e Incompatibilidade com o Oficialato, 24

Defensoria Pública, 16, 26, 28

Delação Premiada, 398-413

Delito
Cometimento, 49
Tipificação, 47

Denúncia
do Juízo *a Quo*
Processar e Julgar Civil, 536-559
Ministério Público Militar, 528-535

Desacato
a Militar, 181-194, 203-225
a Superior, 78-88

Desclassificação do Delito
Receptação Dolosa, 398-413

Deserção, 41, 43-44, 46-48, 50-51, 54, 167-180, 353-397
Crime Propriamente Militar, 58-61
Custódia Cautelar, 506-512
Distanciada no Tempo, 51
Estado de Necessidade, 251-260
Prescrição, 48
Pretensão Punitiva, 62
Semi-imputabilidade, 417-444

Desrespeito a Símbolo Nacional, 140-166

Direito Comparado, 37-40

Direito de Petição, 18

Direito Penal Militar, 32

Dolo, 67-77
Agir Objetivo do Acusado, 251-260
Ausência, 181-194
Prova Indiciária, 167-180

E

Embargos Infringentes
Nº 63-18.2008.7.11.0011-DF, 417-444

Emenda Constitucional, 28, 30, 34

Entorpecente
Posse, 276-284, 337-352

Erro
de Proibição, 195-202
de Direito, 195-202

Escabinato, 16, 21-22, 40

Estado de Necessidade, 251-260, 261-275, 285-308

Estatuto do Militar, 48

Estelionato, 89-114, 226-250, 536-559

Excesso
Culposo,
Desclassificação, 67-77
Não Punível, 78-88

Excludente
de Culpabilidade, 261-275, 285-308, 417-444
de Punibilidade, 59

Exclusão
Militar
Forças Armadas, 49-51
Crime, 67-77

Execução
de Sentença Condenatória, 54, 56

Extinção
da Punibilidade, 47, 56, 89-114, 417-444
do Processo, 56, 61
de Execução, 56

Extorsão mediante Sequestro, 115-139

F

Forças Armadas, 18-19, 21, 23, 30, 33, 41, 44
Estados Unidos, 37-38
Exclusão, 49-51
Missão Constitucional, 203-225
Reinclusão, 45

Furto, 261-275
Condenação, 563-591
Qualificado, 528-535
Receptação, 398-413

G

Garantia do Poder Constitucional, 18

H

***Habeas Corpus**, 17-18*
de Ofício, 353-397
Substitutivo de Revisão Criminal, 447-465
Nº 30-91.2013.7.00.0000-RS, 447-465
Nº 45-60.2013.7.00.0000-RJ, 466-497
Nº 72-43.2013.7.00.0000-AM, 498-505
Nº 153-89.2013.7.00.0000-AM, 506-512

I

Ilicitude Penal, 140-166
Desconhecimento, 195-202

Imputação
Crime, 181-194

In Dubio Pro Reo, 78-88

Incidência da Atenuação, 398-413

Incidente de Sanidade Mental
Requerimento, 563-591

Inépcia de Denúncia, 447-465

Inexigibilidade de Conduta, 285-308

Inquérito Policial Militar, 26
Trancamento, 498-505

Insegurança Jurídica, 52

Instrução Criminal, 28

Investigação
Organização Militar, 498-505

J

Juiz
Auditor, 24-25, 27
Competência, 28, 30
Civil
Estados Unidos, 38
Militar, 21, 24, 28

Julgamento
Anulação, 115-139
Civil
Competência, 30, 89-114, 203-225
Impossibilidade, 309-336, 536-559
Critério *Ratione Personae*, 515-527
Força Auxiliar, 28, 33
Militar, 50, 261-275
Revelia, 42-43, 46
Primeira Instância, 43

Junta Militar, 15

Justa Causa
Ação Penal, 447-465
Trancamento de Inquérito Policial Militar (Falta), 498-505

Justiça Militar da União, 24,26-28, 30, 33, 35
América Central, 39
América Latina, 39
China, 38
Competência, 22, 30
Estados Unidos, 37
História, 15-20
Julgamento, 48, 398-413
Incompetência, 89-114, 203-225, 261-275, 309-336, 515-527
Organização, 21, 27
Rússia, 38
Tempo de guerra, 32

Justiça Militar Estadual, 28

L

Legítima Defesa,
Ausência, 67-77

Lei de Organização Judiciária Militar, 21, 24-25, 27

Lei do Serviço Militar, 42, 47-48

Lesão
ao Patrimônio Público, 536-559
Corporal Grave
Ausência dos Elementos Essenciais, 67-77
Excesso Culposo, 67-77
Leve, 78-88

M

Materialidade
Comprovada, 78-88, 276-284, 563-591

Militar
Ativa, 42-43, 56,59-61
Licenciado, 57-58, 61-62, 353-397

Ministério Público Militar, 16, 25-26
Recurso Interposto, 515-527
Rejeição da Denúncia, 528-535

Mutatio Libelli, 309-336

N

Nulidade de Sentença, 309-336

O

Ofensa
Bem Jurídico Tutelado, 181-194

Oficial da Reserva,
Processo e Julgamento, 515-527

Ordenamento Jurídico, 46

P

Parquet *ver* **Ministério Público Militar**

Peculato, 398-413, 447-465

Pena
Aplicação, 51
Dosimetria, 261-275
Redução, 251-260
Substituição, 261-275
Sursis, 251-260

Pensão Militar
Desertor, 226-250
Estelionato, 536-559

Preliminar
de Incompetência, 398-413
de Inconstitucionalidade, 203-225

Prescrição
da Pretensão Punitiva, 89-114, 417-444
do Crime, 49

Presunção
Crime, 337-352

Pressuposto de Admissibilidade
Revisão Criminal 592-604

Pretensão Punitiva, 62
Prescrição, 89-114

Princípio
da Consunção, 195-202
da Especialidade, 195-202, 536-559
da Insignificância
Inaplicabilidade, 276-284, 337-352
da Presunção de Inocência, 203-225
do Juiz Natural, 466-497

Prisão
Crime de Deserção, 43
Preventiva, 43

Processo Penal Militar, 41-42, 47
Continuidade, 52
Instauração, 46
Isenção, 49, 51-52

Procuradoria-Geral da Justiça Militar
Ausência de Interesse Recursal, 181-194

Prova
Ausência, 563-591
Emprestada, 417-444
Exame, 447-465
Insuficiente, 181-194
Oral, 203-225
Juízo Revisional, 592-604
Testemunhal, 592-604
Produzida pela Defesa, 285-308

Punição Disciplinar, 30-31

R

Receptação Dolosa
Desclassificação do Delito, 398-413

Recurso
em Sentido Estrito
Nº 53-65.2013.7.12.0012-AM, 515-527
Nº 103-06.2013.7.01.0301-RJ, 528-535
Nº 274-22.2011.7.01.0401-RJ, 536-559
Interposto pelo Ministério Público Militar, 515-527

Reforma de Decisão, 58

Rejeição da Denúncia, 528-535

Requisitos para Denúncia, 447-465

Reservista, 49

Restrição de Cabimento de *Habeas Corpus*, 466-497

Revisão Criminal
Nº 75-03.2010.7.00.0000-SP, 563-591
Nº 87-12.2013.7.00.0000-RJ, 592-604
Cabimento, 592-604

S

Semi-imputabilidade
Insanidade, 167-180

Sentença Condenatória, 592-604

Serviço Militar,
Incapacidade, 49, 54, 57, 61
Interrupção, 48
Licenciado, 50, 353-397
Obrigatório, 47-49
Reapresentação, 226-250
Reinclusão, 49, 506-512
Tempo de Serviço, 42, 44
Tutela, 46

Sub Examen, 51

Superior Tribunal Militar, 17, 21, 25-26, 33
Competência, 23-24, 37
Composição, 20-21, 30
Jurisprudência, 43-45, 51, 54-55

Supremo Tribunal Federal,
Jurisprudência, 51, 54-55, 62

Supremo Tribunal Militar, 20
Habeas Corpus, 33

***Sursis* da Pena**, 251-260

Suspensão Condicional da Pena, 50-51

Suspensão do Processo, 42

T

Teratologia
Decisão Impugnada, 466-497

Tráfico de Drogas, 195-202

Trancamento de Inquérito Policial Militar, 498-505

Tribunal Militar
China, 38-39

U

Uso Indevido de Uniforme, 195-202

V

Vida Militar, 18-19

Violência contra Superior, 78-88

W

Writ, 466-497, 498-505