ISSN 2448-3281

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA



DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 27
Número 2
Janeiro/2018 a Junho/2018



REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 27
Número 2
Jan./2018 a Jun./2018

Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons – Atribuição – Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

Supervisão editorial
Antonio Simão Neto

Capa
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira

Diagramação
Ronald Neves Ribeiro

Revisão
Elson André Hermes
Lucas de Morais Mesquita
Lucas Cardoso Cruz

Ficha catalográfica e Índice remissivo
Wilza Rosa da Silva Lima (CRB1-1579)

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 27, n. 2 (jan./jun. 2018). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2018-.
v.

Irregular.
Continuação de: Jurisprudência do Superior Tribunal Militar.
ISSN 2448-3281

1. Direito militar. 2. Justiça militar. I. Superior Tribunal Militar.

CDU 344.1

Catalogação na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Elaboração, distribuição e informações
Superior Tribunal Militar (STM)
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)
Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar
CEP: 70098-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 3313-9183/3313-9316/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2018

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira (*Presidente*)

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes (*Vice-Presidente*)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Dr. José Barroso Filho

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 1ª Sessão Administrativa, de 3/2/2016

Expediente Administrativo nº 5/16, de 13/1/2016

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos *(Presidente)*

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos *(Membro)*

Ministro Dr. José Barroso Filho *(Membro)*

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi *(Suplente)*

Secretário da Comissão

Ignácio Kazutomo Sette Silva *(Analista Judiciário do STM)*

Secretária-Adjunta da Comissão

Vivian Alves Evangelista

GALERIA DOS MINISTROS APOSENTADOS – 1981 A 2010 (POSSE)

Dr. Antônio Carlos de Seixas Telles
Data da Posse: 12/5/1981
Data de Afastamento: 22/1/1998

Dr. Paulo Cesar Cataldo
Data da Posse: 25/6/1984
Data de Afastamento: 23/1/1998

Dr. Aldo da Silva Fagundes
Data da Posse: 9/4/1986
Data de Afastamento: 28/5/2001

Tenente-Brigadeiro do Ar Cherubim Rosa Filho
Data da Posse: 30/11/1989
Data de Afastamento: 12/9/1996

Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos de Almeida Baptista
Data da Posse: 4/8/1994
Data de Afastamento: 20/12/1999

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Data da Posse: 18/11/1994
Data de Afastamento: 22/7/2015

General de Exército Edson Alves Mey
Data da Posse: 30/3/1995
Data de Afastamento: 21/10/1999

Tenente-Brigadeiro do Ar Sérgio Xavier Ferolla
Data da Posse: 24/10/1996
Data de Afastamento: 9/1/2004

Almirante de Esquadra Domingos Alfredo Silva
Data da Posse: 18/3/1997
Data de Afastamento: 19/12/2002

Tenente-Brigadeiro do Ar João Felippe Sampaio de Lacerda Júnior
Data da Posse: 23/7/1997
Data de Afastamento: 1º/3/2002

General de Exército Germano Arnoldi Pedrozo
Data da Posse: 18/2/1998
Data de Afastamento: 28/6/2002

General de Exército José Enaldo Rodrigues de Siqueira
Data da Posse: 25/3/1998
Data de Afastamento: 20/5/2002

Dr. Carlos Alberto Marques Soares
Data da Posse: 17/6/1998
Data de Afastamento: 18/6/2013

General de Exército José Luiz Lopes da Silva
Data da Posse: 12/11/1999
Data de Afastamento: 4/10/2004

Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach
Data da Posse: 13/1/2000
Data de Afastamento: 17/10/2009

Tenente-Brigadeiro do Ar Marcus Herndl
Data da Posse: 15/3/2000
Data de Afastamento: 22/3/2007

General de Exército Max Hoertel
Data da Posse: 7/6/2002
Data de Afastamento: 5/6/2007

General de Exército Valdesio Guilherme de Figueiredo
Data da Posse: 10/7/2002
Data de Afastamento: 27/6/2007

Almirante de Esquadra Marcos Augusto Leal de Azevedo
Data da Posse: 9/1/2003
Data de Afastamento: 15/7/2010

Almirante de Esquadra José Alfredo Lourenço dos Santos
Data da Posse: 17/2/2004
Data de Afastamento: 1º/3/2010

General de Exército Antonio Apparicio Ignacio Domingues
Data da Posse: 10/11/2004
Data de Afastamento: 3/2/2010

Almirante de Esquadra Rayder Alencar da Silveira
Data da Posse: 24/5/2005
Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Sergio Ernesto Alves Conforto
Data da Posse: 14/6/2005
Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Renaldo Quintas Magioli
Data da Posse: 27/6/2007
Data de Afastamento: 27/8/2011

General de Exército Francisco José da Silva Fernandes
Data da Posse: 5/7/2007
Data de Afastamento: 4/10/2012

Tenente-Brigadeiro do Ar José Américo dos Santos
Data da Posse: 22/2/2008
Data de Afastamento: 14/1/2015

General de Exército Raymundo Nonato de Cerqueira Filho
Data da Posse: 25/3/2010
Data de Afastamento: 12/6/2014

General de Exército Fernando Sérgio Galvão
Data da Posse: 1º/9/2010
Data de Afastamento: 1º/2/2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR 17

DOUTRINA

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E O PRÓXIMO PASSO: A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO 21
Dr. Fernando Pessôa da Silveira Mello
Dr. Ronaldo Assunção Sousa do Lago

A LEI Nº 13.491/2017 E SUA INFLUÊNCIA NA PARTE GERAL DO CPM E NAS PENAS 35
Dr. Luiz Octavio Rabelo Neto

APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, NOVAS PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS 58
Dr. Wendell Petrachim Araujo

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO INTERNO

7000187-66.2018.7.00.0000 81
Relator – Dr. José Barroso Filho

APELAÇÃO

0000003-94.2016.7.10.0010 95
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

37-02.2016.7.09.0009-MS 124
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

40-78.2013.7.11.0211-DF 164
Relator – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

0000045-05.2017.7.07.0007 198
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

48-72.2015.7.02.0102-SP 222
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

138-70.2014.7.02.0007-PE 245
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

7000096-10.2017.7.00.0000 263
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

7000121-23.2017.7.00.0000 281
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

77-85.2015.7.10.0010-DF 291
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

HABEAS CORPUS

7000159-98.2018.7.00.0000 325
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

154-87.2015.7.07.0007-PE 367
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/ INCOMPATIBILIDADE

0000147-43.2017.7.00.0000 381
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

REVISÃO CRIMINAL

0000181-52.2016.7.00.0000 393
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

ÍNDICE DE ASSUNTO.....429

Apresentação

Com renovada satisfação, a Comissão de Jurisprudência apresenta aos operadores do Direito e, em especial, para os exegetas da Justiça Militar mais um exemplar de nossa Revista de Doutrina e Jurisprudência. Neste momento, apresentamos a edição do volume 27, número 2, que abrange os acórdãos julgados no período de janeiro a junho de 2018.

Além disso, é com imensa alegria que a nossa Comissão registra, nesta obra, a colaboração dos Magistrados da Justiça Militar da União consubstanciada nos artigos a seguir:

a) "O Conselho Nacional de Justiça, a Emenda Constitucional nº 45/2004 e o próximo passo: a Justiça Militar da União" (Juiz-Auditor FERNANDO PESSÔA DA SILVEIRA MELLO e Assessor da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral RONALDO ASSUNÇÃO SOUSA DO LAGO);

b) "A Lei nº 13.491/2017 e sua influência na parte geral do CPM e nas penas" (Juiz-Auditor Substituto LUIZ OCTAVIO RABELO NETO); e

c) "Aplicação da Lei de Crimes Hediondos na Justiça Militar da União, novas perspectivas hermenêuticas" (Juiz-Auditor Substituto WENDELL PETRACHIM ARAUJO).

Insta acrescentar que merece, mais uma vez, ser destacada a Seção "BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR", que tem a finalidade de divulgar lançamentos literários voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional do Conflito Armado (DICA) e para a qual concitamos a colaboração dos leitores no sentido de encaminharem sugestões de novos livros publicados, mediante o correio eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br.

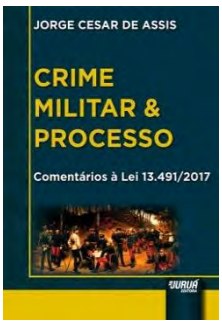
Por derradeiro, a Comissão de Jurisprudência informa e convida o leitor a acessar outros julgados do STM, que estão disponíveis no endereço eletrônico www.stm.jus.br, no link "Jurisprudência e Súmulas". Nesse ensejo, aproveita e informa que os exemplares das publicações de 1992 a 2018 estão disponíveis no sítio do Tribunal, acessando-se, em "Serviços", o item "Revista de Jurisprudência" e, em seguida, a aba "Edições".

Comissão de Jurisprudência

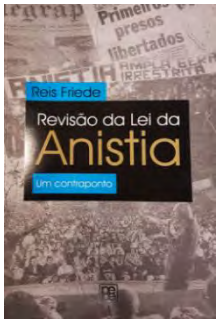


BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR

Lançamentos literários, publicados entre 2017 e 2018, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[1]:



ASSIS, Jorge Cesar de. **Crime Militar e Processo: Comentários à Lei 13.491/2017.** Curitiba: Juruá, 2018.



FRIEDE, Roy Reis. **Revisão da Lei da Anistia: um Contraponto.** 2. ed. Rio de Janeiro: Bibliex, 2018.



NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar. 3**. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



QUEIROZ, Marcelo. **CPI - Sua utilização no âmbito da União, Estados e Municípios – Volume I.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[1] O campo BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR não possui fins lucrativos, sendo meramente informativo.

DOTTI, René Ariel; DOTTI; Rogéria; ZARDO, Francisco (Coords.). **Temas de direito sancionador**. Prefácio: Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.



Prezado(a) leitor(a),

Caso tenha interesse em indicar, para próxima edição, qualquer lançamento literário direcionado para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), lançado dentro do período retroativo máximo de um ano da indicação, solicitamos a gentileza de encaminhar o título da obra, nome do autor, editora, ano de lançamento e, se possível, a foto da capa para o endereço eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br.



DOUTRINA

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 E O PRÓXIMO PASSO: A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

FERNANDO PESSÔA DA SILVEIRA MELLO
Juiz-Auditor Titular da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar

RONALDO ASSUNÇÃO SOUSA DO LAGO
Assessor da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral

1 INTRODUÇÃO

E já se vão quatorze anos da criação do Conselho Nacional de Justiça por meio da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, cuja atuação como órgão responsável pela atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, pela fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e dos servidores do Poder Judiciário e pelo zelo do acesso à Justiça angariou elevado prestígio perante a sociedade brasileira.

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi um marco na história do Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente nos últimos trinta anos da Constituição brasileira de 1988, pois trouxe grande expectativa por parte dos brasileiros no tocante à transparência e à fiscalização da atividade jurisdicional. Há questões que merecem destaque especial no desempenho da atividade do Conselho Nacional de Justiça.

Em um passado recente, não seria possível imaginar tamanha preocupação do Poder Judiciário e dos próprios Juízes com produtividade, tampouco com a fiscalização por parte de um Órgão distinto de seu Tribunal de origem. Hoje o cenário é totalmente diferente: o Conselho Nacional de Justiça analisa tanto a produtividade quanto o cumprimento dos deveres funcionais dos Juízes, Desembargadores e Ministros. E isso é muito bom para a sociedade, pois há um controle administrativo sobre o Poder Judiciário.

Segundo José Afonso da Silva[2], o chamado controle externo do Poder Judiciário é um ponto muito controvertido, pois a expressão "controle externo" transmite a ideia de que o Judiciário poderia ser controlado por um Órgão externo a ele, enquanto que um órgão como o Conselho Nacional de Justiça seria benéfico ao interesse público e, consequentemente à sociedade, pois colaboraria não apenas na formação da política judiciária, mas também impedindo que os Magistrados e Juízes se desconectem da realidade e do povo.

Ainda no ano de 2004, podemos destacar como favoráveis à criação do CNJ: Nelson Jobim, Hélio Bicudo, Zulaiê Cobra, Bernardo Cabral e José Jorge. Contrária à sua criação, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou, no

[2] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 568.

Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade[3] em face da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acabou tendo seu pedido de inconstitucionalidade julgado improcedente pela maioria absoluta do Plenário.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sua composição e competência, deixando claro que todo o Poder Judiciário[4], com a exceção do STF, se submete administrativamente ao Conselho. Vale ressaltar que cabe à Suprema Corte, quando provocada, rever os erros e acertos de suas manifestações.

Tencionando conhecer melhor o Conselho Nacional de Justiça, saber quais são as suas funções e os seus limites de atuação é que se propõe o presente estudo, uma vez que esse importantíssimo Órgão do Poder Judiciário ainda é pouco conhecido pela sociedade. O problema do presente estudo consiste em saber: o Conselho Nacional de Justiça cumpre o papel para o qual foi criado? Sua composição atual representa o Poder Judiciário e todas as funções jurisdicionais?

2 A CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Emenda Constitucional n. 7, de 1975, com base no Ato Institucional n. 5/1968, introduziu no art. 112 da Constituição de 1967 o Conselho Nacional da Magistratura, o qual teve seus contornos definidos no art. 120 e, após, disciplinados na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, por meio da Lei Complementar n. 35/1979[5].

O Conselho Nacional da Magistratura[6] era um órgão formado por ministros do Supremo Tribunal Federal escolhidos pela Corte, e a eleição era feita junto com a do presidente e vice-presidente do Tribunal, os quais exerciam, no Conselho, idênticas funções, respectivamente. Juntamente ao Conselho, funcionava o Procurador-Geral da República. Ao Conselho cabia o papel correcional. Tinha como objetivo principal a unificação da magistratura estadual e federal, evitando atos de insubordinação e de corrupção. Já na década de 1980, havia louvores à nova Instituição, como o fez o Ministro Antônio Nader na inauguração do Conselho, quando destacou a necessidade de um órgão do Judiciário, na alta hierarquia, para disciplinar o comportamento dos magistrados representando a voz serena do direito[7].

---

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 3.367. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 29 set. 2017.

[4] Indubitável que o Superior Tribunal Militar, as Auditorias Militares e todos os Juízes da Justiça Militar da União são jurisdicionados do Conselho Nacional de Justiça.

[5] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 237.

[6] Ibidem. p. 239.

[7] Ibidem. p. 240.

Com a abertura política da década de 80, surgiram discursos pela reforma do Poder Judiciário em que se defendia a sua independência plena como uma exigência do Estado Democrático de direito e da garantia dos direitos fundamentais[8], e, com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ficar nítida a preocupação com a morosidade da justiça, com a sua ineficiência, com a prática do nepotismo, possíveis atos de corrupção e desmandos, cujo contexto abria o caminho para a criação de um órgão de controle do Poder Judiciário.

A primeira proposta de reforma do Poder Judiciário brasileiro após a redemocratização foi apresentada no Congresso Nacional em 26/3/1992[9]. Tratava-se da PEC n. 96/1992 pelo Deputado Hélio Bicudo, que foi convertida em Proposta de Emenda Revisional em dezembro de 1993. Naquele momento, sob a defesa do relator, deputado Nelson Jobim, voltou-se a pensar na ideia de criação de um Órgão de controle externo do Poder Judiciário. A Magistratura, mais uma vez, colocou-se contra a ideia de Nelson Jobim[10]. Cumpre ressaltar que à PEC n. 96/1992[11], por tratar de matéria correlata, foram apensadas as seguintes Propostas de Emenda à Constituição: PEC n. 112/1995; PEC n. 127/1995; PEC n. 215/1995; PEC n. 368/1996; PEC n. 500/1997.

Em 12 de agosto de 1992, a Comissão de Constituição e Justiça aprovou, por unanimidade, o parecer do relator Deputado Luiz Carlos Santos. Em 2/8/1995 foi constituída Comissão Especial a fim de proferir parecer sobre a PEC, tendo sido designado relator o Deputado Jairo Carneiro. Em 30/3/1999 foi constituída nova Comissão Especial a fim de proferir parecer sobre a PEC, cuja relatoria coube ao Deputado Aloysio Nunes Ferreira. E, em 11/8/1999, o relator Deputado Aloysio Nunes foi substituído pela Deputada Zulaiê Cobra[12].

Após ampla discussão, a matéria em 16/5/2000 foi aprovada em primeiro turno e em 7/6/2000 em segundo turno com a redação final apresentada pela Deputada Zulaiê Cobra.

Por sua vez, a tramitação da PEC no Senado Federal[13] pode ser assim sintetizada: iniciada a discussão no Senado Federal com a distribuição da matéria ao Senador Bernardo Cabral em 2/8/2000, passou a tramitar em

---

[8] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 240.

[9] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: 29 set. 2017.

[10] SAMPAIO, op. cit. p. 242.

[11] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: 29 set. 2017.

[12] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>.

[13] Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577>.

conjunto com as PECs n. 57/95 e n. 63/99. Em 26 de junho de 2003, após vários pedidos de vista, a PEC n. 29 foi redistribuída ao Senador José Jorge na Comissão de Constituição e Justiça. Após seguiram-se várias audiências públicas e finalmente, em 24/3/2004, a matéria foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Posteriormente, em 17/11/2004, a PEC n. 29 foi aprovada no Plenário do Senado Federal em dois turnos e em 30/12/2004 foi, então, promulgada a Emenda Constitucional n. 45[14].

Muitos argumentos favoráveis e contrários à criação do Conselho Nacional de Justiça vieram à luz e foi exatamente nesse contexto que foi criado o CNJ. Acredita-se que uma das principais razões que justificavam a criação do Conselho Nacional de Justiça consistia no fato de que o Poder Judiciário brasileiro era integrado por diversos Tribunais diferentes, sem qualquer padronização de prática administrativa e modelo de gestão, o que poderia gerar arbitrariedade de seus dirigentes, morosidade processual e ineficiência administrativa.

É de se destacar que o Presidente do Supremo Tribunal Federal à época era o Ministro Nelson Jobim, relator da Proposta de Emenda Revisional em dezembro de 1993, defensor incansável da criação do CNJ[15].

Pela leitura do Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI em que se discutia a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça[16], a tese de que o controle externo do Judiciário era incompatível com o princípio da separação dos poderes não prosperou, uma vez que o CNJ é Órgão de natureza exclusivamente administrativa com atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da Magistratura Nacional.

A criação do Conselho Nacional de Justiça se mostrou em total sintonia e coerência com o princípio da separação dos poderes contido na Carta Republicana de 1988, inspirado na doutrina do *checks and balances*. Já o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3367[17], mostrou sensibilidade aos apelos da sociedade enfrentando o tema ao reconhecer que a função do CNJ em hipótese alguma teria o condão de restringir a independência do Poder Judiciário. Em 13/4/2005, o plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, afastou vício de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45, julgando no mérito o pedido improcedente na ADI n. 3.367, requerida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

---

[14] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.
[15] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>.
[16] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>.
[17] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>.

O Conselho Nacional de Justiça foi instalado em 14 de junho de 2005, também sob a presidência do Ministro Nelson Jobim[18]. Essa primeira composição cumpriu o papel histórico de apresentar, à sociedade brasileira, a moldura de nova instituição republicana.

3 AS FUNÇÕES E OS LIMITES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Uma vez superada a discussão sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça por ocasião da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3367/DF, o debate se transferiu aos limites de sua atuação[19].

O art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal de 1988[20] estabelece como competência do Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Para exercer esse *mister,* o CNJ, necessariamente, precisa realizar a gestão administrativa dos tribunais e o planejamento estratégico, além de disciplinar as atividades dos Magistrados e de seus servidores.

Dessa forma, as funções do CNJ classificam-se em administrativas, políticas, correcionais, disciplinares, propositivas, opinativas e informativas[21]. A seguir apresentar-se-á cada uma dessas funções.

A função política refere-se às medidas que se destinam ao zelo pela autonomia do Poder Judiciário, e para isso o CNJ pode expedir atos regulamentares, ou seja, Recomendações[22].

A função administrativa refere-se ao CNJ como gestor da estratégia dos recursos administrativos, financeiros e logísticos do Poder Judiciário. É uma das funções mais importantes do Conselho, explicitada no Regimento Interno do CNJ, art. 4º, XIII, com a atribuição dos conselheiros em plenário de definir e fixar o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.

As funções de controle administrativo dizem respeito, ainda, à observância pelo Poder Judiciário e pelos serviços notariais ao que estabelece o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

---

[18] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/09dc2798333678820c2c7d6ba61fc067.pdf>.

[19] PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça*: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 56.

[20] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

[21] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 274.

[22] Idem. p. 274.

No exercício da função administrativa, o CNJ recomenda providências a serem tomadas pelos Órgãos do Poder Judiciário, uma vez que é a instância de controle da legalidade dos atos administrativos[23].

Ainda no exercício da função administrativa, o Conselho promove estudos e pesquisas a fim de consolidar dados sobre todos os ramos e instâncias do Poder Judiciário. O diagnóstico é o ponto forte desse planejamento estratégico[24].

O Departamento de Pesquisas Judiciárias[25] é o órgão do CNJ responsável pelo desenvolvimento de pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; pela realização da análise e do diagnóstico dos problemas do Poder Judiciário; e, ainda, por fornecer subsídios para a formulação de políticas judiciárias.

É de se ressaltar essa transformação no centro da gestão do Poder Judiciário realizada pelo CNJ por meio da racionalização dos serviços, gerenciamento de metas e objetivos com a definição da política administrativa, fato que encontra, ainda, resistências na prática do autogoverno dos Tribunais[26].

A função de ouvidoria diz respeito ao fato de que todos os cidadãos podem e a autoridade pública deve representar ao CNJ em desfavor dos órgãos do Poder Judiciário e dos seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro[27].

Já a função correcional e disciplinar do CNJ cabe ao Ministro Corregedor[28], que pode realizar, em caráter supletivo e sem prejuízo da atuação dos Tribunais, inspeções e correições para apuração de fatos relacionados aos serviços judiciais e notariais. A competência da Corregedoria Nacional de Justiça está disciplinada nos incisos I a III do § 5º do art. 103-B da Lei Maior. Cabe à Corregedoria Nacional de Justiça receber as reclamações e denúncias relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

A Corregedoria Nacional de Justiça desenvolveu um sistema denominado Justiça Aberta[29], o qual possibilita a consulta e facilita o acesso dos

---

[23] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 289.
[24] Ibidem. p. 275.
[25] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>.
[26] Ibidem. p. 275.
[27] Ibidem. p. 289.
[28] Ibidem. p. 302.
[29] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-aberta>.

cidadãos a informações sobre varas, tribunais, cartórios e outras instituições a serviço do sistema de justiça brasileiro e relatórios de produtividade dos magistrados.

A função sancionatória é consequência da atribuição disciplinar e alcança Magistrados, servidores e serviços notariais. No julgamento dos processos disciplinares, o CNJ pode determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas[30].

Realizando a função Propositiva e Informativa, o CNJ elabora anualmente o relatório de atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional[31]. Deve, ainda nessa função, elaborar semestralmente relatório contendo dados estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas nos diferentes ramos do Poder Judiciário, tudo com base no disposto no art. 103-B, § 4º, VI, da Constituição Federal de 1988[32].

Destaca-se que o § 4º, I, do art. 103-B da Constituição Federal de 1988 estabelece que compete ao Conselho Nacional de Justiça zelar pela autonomia do Poder Judiciário. Isso significa que ao CNJ caberá a analise dos atos administrativos praticados, e as questões de mérito internas aos tribunais não serão apreciadas pelo Conselho, uma vez que fogem da sua competência. Essa é a limitação da atuação do Conselho.

Nesse sentido, afigura-se como paradigmática a decisão do Conselheiro Rui Stoco no Recurso Administrativo no PCA n. 200810000009800[33] ao afirmar que aos órgãos do Poder Judiciário não compete imiscuir-se no mérito do ato administrativo e na discricionariedade concedida ao administrador, cabendo-lhe somente atuar no campo da legalidade.

4 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A CONCILIAÇÃO

O interesse pelas formas alternativas de solução dos conflitos vem desde a antiguidade, como aponta Aliana Riberti Nazareth ao afirmar que "os primeiros registros do uso da mediação remontam a 3000 a.C, na Grécia antiga. Anos mais tarde, o Direito Romano também incorpora a mediação como alternativa".[34]

---

[30] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 302-303.

[31] Ibidem. p. 303.

[32] BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID= 698249>. Acesso em: 29 set. 2017.

[34] NAZARETH, Eliana Riberti. *Mediação* o Conflito e a Solução. São Paulo: Ed. Arte Paubrasil. 2000. p. 23-27.

A Constituição Imperial de 1824[35], por sua vez, estabeleceu em seu art. 161 que, "sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum", e o arremate vem no art. 162, que estabelece que "[...] para esse fim haverá juiz de paz".

A Constituição Federal de 1988[36] não determina a tentativa prévia de conciliação antes do início do processo, mas no preâmbulo destaca que a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos são diretrizes do nosso sistema.

Ada Pellegrini Grinover[37] ensina que não existem dúvidas de que o renascer das vias conciliatórias é devido à crise da Justiça, representada pela morosidade, alto custo e inacessibilidade. Aponta três fundamentos da justiça conciliatória, a saber: i) racionalização na distribuição da justiça, com a desobstrução dos tribunais; ii) pacificação social; e iii) participação popular na administração da justiça com a colaboração da sociedade na mediação e na conciliação. Esses são, portanto, os fundamentos funcional, social e político.

A cultura do litígio se perpetua durante toda a História da humanidade e, objetivando mudar essa cultura, é notável que vários setores da sociedade se mobilizam, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio do Projeto OAB Concilia[38], que consiste na realização de reunião prévia no prédio da Casa dos Advogados, entre os interessados e seus advogados, a fim de buscarem a conciliação dos interesses para as questões que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, possibilitando o ajuizamento de ação judicial para homologação de acordo extrajudicial, seguindo-se a prolação da sentença e cumprimento em vinte e quatro horas.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de estímulo à conciliação e do acesso à justiça e, ainda, preocupado com a prestação jurisdicional de qualidade, editou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010[39].

---

[35] BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

[36] BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2015.

[37] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mediação e Gerenciamento do Processo*: Os Fundamentos da Justiça Conciliatória. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 2-4.

[38] Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-oab-concilia/>. Acesso em: 29 set. 2017.

[39] BRASIL. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>.

Elucidativa é a lição do ilustre professor Kazuo Watanabe[40] ao afirmar que:

> É necessário que se aceite, sem temor de estar cometendo qualquer impropriedade científica, que os chamados meios alternativos de resolução de conflitos constituam um capítulo importante no Direito Processual Civil e não um mero apêndice dele para ser estudado em disciplina coadjuvante, por exemplo, de práticas judiciárias.

Nesse sentido, a melhor conclusão para a política pública do tratamento dos conflitos de interesse a que chegou o professor Kazuo Watanabe[41] é que os meios alternativos para solução de conflitos devem ser estudados e tratados não como forma de combate à morosidade da Justiça, mas como um verdadeiro método de se dar tratamento adequado aos conflitos de interesse.

Por fim, cabe destacar preciosa lição do mesmo professor[42] ao afirmar que, além da conciliação e da mediação, existem outras formas alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos feitas pelas câmaras de arbitragem, mediação e conciliação organizados por entes públicos ou por organizações privadas, sendo, portanto necessária a transformação da cultura da sentença em cultura da pacificação.

5 A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: O PRÓXIMO PASSO

Conforme disposto no art. 103-B da Constituição Federal de 1988, o Conselho Nacional de Justiça é composto de 15 membros, nomeados pelo Presidente da República após sabatina pelo Senado da República, onde deve ser observada a maioria absoluta, para um mandato de 2 anos e admitida apenas uma recondução.

O CNJ, assim, é composto pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber

---

[40] GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 226.

[41] Ibidem. p. 227.

[42] Ibidem. p. 229.

jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal[43].

A presidência do CNJ cabe ao Presidente do STF e na sua ausência será substituído pelo Vice-Presidente da Suprema Corte. A nomeação dos demais membros do Conselho é feita pelo Presidente da República após sabatina do Senado Federal, tudo nos termos da Emenda Constitucional n. 61/2009.

Junto ao CNJ oficiam o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme dispõe o § 6º do art. 103-B da Constituição Federal.

É importante notar que na composição do Conselho existe uma ampla representação institucional: essa é justamente a característica marcante do CNJ. São 9 magistrados, 2 membros do Ministério Público, 2 advogados e 2 cidadãos e, ainda, oficiam o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da OAB.

Destaca-se que a Magistratura está representada por vários ramos e diferentes instâncias: 3 ministros (STF, STJ e TST); 3 desembargadores (TRF, TRT e TJ) e 3 juízes de 1º grau (Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho), representando três ramos permanentes do Poder Judiciário. O Ministério Público da União e dos Estados também mantém a igualdade na representação no Conselho.

O art. 103-B, § 5º, da Carta da República dispõe sobre a Corregedoria Nacional de Justiça, o qual determina que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos naquele Tribunal.

---

[43] Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:
I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;
II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

No entanto, a simples leitura do dispositivo constitucional nos permite concluir que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, *esqueceu* a Justiça Militar da União. Inobstante os órgãos da Justiça Militar da União, ramo especializado da Justiça Federal, encontrarem-se sob jurisdição do Conselho, o silêncio da norma constitucional é eloquente: desperta, por razão de equidade e lógica sistêmica, a necessidade do *próximo passo*.

O Poder Constituinte Derivado Reformador ainda padece de aprovação de norma constitucional que corrija o erro contido na omissão inconstitucional da Emenda 45. Neste sentido é que foi apresentada pelo Senador Romero Jucá a PEC n. 21/2014[44], que, em suas palavras, contribuirá para a representatividade do CNJ[45]:

> A inclusão de um ministro do STM e de um juiz-auditor da Justiça Militar da União virá contribuir para a maior representatividade do conselho e para o melhor desempenho de suas nobres atribuições constitucionais. (...) Dita inclusão visa manter a coerência da reforma do Poder Judiciário, porquanto elas, por sua importância, não devem ficar de fora do Conselho Nacional de Justiça responsável[46].

Em virtude de sua competência nacional incidente sobre todos os ramos do Poder Judiciário, Estadual e Federal, Justiça Comum e Especializada, o Conselho Nacional de Justiça deve ter representantes de todas as carreiras da Magistratura Nacional. Somente Juízes da Justiça Militar é que conhecem a realidade das atividades da primeira instância Castrense, ao passo que apenas Ministros do Superior Tribunal Militar é que efetivamente possuem condições de ressaltar as peculiaridades e especificidades da Segunda Instância da Justiça Militar.

---

[44] A PEC 21/2014 foi apresentada pelo Senador Romero Jucá, mas foi também assinada pelos seguintes senadores: Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), líder do PSDB; Alvaro Dias (PSDB-PR), vice-líder do PSDB; Ana Amélia (PP-RS), vice-líder do PP-RS; Antonio Carlos Valadares (PSB-SE); Armando Monteiro (PTB-PE); Ataídes Oliveira (PROS-TO), líder do PROS; Benedito de Lira (PP-AL), vice-líder do Governo; Cícero Lucena (PSDB-PB); Cristovam Buarque (PDT-DF); Cyro Miranda (PSDB-GO); Eduardo Braga (PMDB-AM), líder do Governo; Eduardo Suplicy (PT-SP), vice-líder do PT; Eunício Oliveira (PMDB-CE), líder do Bloco Parlamentar da Maioria e do PMDB; Flexa Ribeiro (PSDB-PA), 1º secretário da Mesa do Senado; José Pimentel (PT-CE); José Sarney (PMDB-AP); Kátia Abreu (PMDB-TO); Lídice da Mata (PSB-BA), vice-líder do PSB; Lobão Filho (PMDB-MA); Lúcia Vânia (PSDB-GO); Magno Malta (PR-ES); Marcelo Crivella (PRB-RJ), vice-líder do Bloco de Apoio ao governo e líder do PRB; Paulo Davim (PV-RN), líder do PV; Renan Calheiros (PMDB-AL); Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), líder do PSB; Ruben Figueiró (PMDB-MS); Valdir Raupp (PMDB-RO); Vanessa Grazziotin (PCdoB-SC), líder do PCdoB; Vital do Rego (PMDB-PB), vice-líder do PMDB e vice-líder do governo; Waldemir Moka (PMDB-MS); Walter Pinheiro (PT-BA), vice-líder do PT; e Wellington Dias (PT-PI).

[45] Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/matérias/2014/09/09/pecpreve-inclusao-de-representantes-da-justica-eleitoral-e-militar-no-cnj>. Acesso em: 24 set. 2018.

[46] É de se registrar que a PEC 21/2014 também insere na composição do CNJ um Ministro do TSE e um Desembargador de TRE.

Embora seja a Justiça mais antiga do país, a Justiça Militar da União precisa reinventar-se e se fazer novamente protagonista no contexto decisório não apenas dentro do Poder Judiciário, mas da própria sociedade brasileira.

É preciso sair da zona de conforto e *empurrar a história*. É preciso estabelecer uma *agenda positiva* da Justiça Castrense. É preciso revisitar a posição institucional do Superior Tribunal Militar e dos Juízes da Justiça Militar Federal no Poder Judiciário e na própria Magistratura Nacional.

Mais é preciso.

Por outro lado, em terras *tupiniquins*, ainda quando não se alcança a evolução e o progresso, deve-se cuidar do *passo para trás*.

O *passo para trás* se materializa com a propositura da PEC 27/2005[47], que, sob o falso argumento de buscar a representatividade da Justiça Militar da União na composição pluralista do Conselho Nacional de Justiça, limita-se a inserir um Ministro do Superior Tribunal Militar, ofendendo e desprestigiando, por absoluto, a carreira de Juiz da Justiça Militar Federal e, ao fim e ao cabo, o Poder Judiciário.

Definitivamente, *caminhar é preciso*. Mas para frente, com a evolução do Conselho Nacional de Justiça, seu aperfeiçoamento institucional para o melhor desempenho de suas atividades, tão indispensáveis ao Poder Judiciário.

A hora é essa: ou o passo será para frente ou para trás. A escolha é nossa: ou empurramos a história e nos firmamos como protagonistas, ou nos limitaremos ao papel de meros figurantes e assistiremos aos capítulos indesejados da involução até a *porta de saída*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br>.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br>.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal: <http://www.senado.gov.br>.

_____. Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br>.

_____. Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br>.

[47] Tramitação encerrada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/73953>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Constituição Politica do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei Complementar n. 35/1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 3.367-DF. Rel. Ministro Cezar Peluso. DJ 22.9.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>.

FILHO, Rubem Lima de Paula. *Conselho Nacional de Justiça*: justificativa de criação e conformação constitucional. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=69>.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

INSTITUTO INNOVARE. Projeto OAB Concilia. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-oab-concilia/>.

NAZARETH, Eliana Riberti. Mediação o Conflito e a Solução. São Paulo: Ed. Arte Paubrasil, 2000.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça*: atribuição regulamentar no Brasil e no direito comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Nota sobre os autores

Dr. Fernando Pessôa da Silveira Mello

Mestrando em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP. Especialista em Direito Público e em Direito Tributário. Juiz Auxiliar de Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF e da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Juiz Titular da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar. Ex-Procurador de Estado (Procurador-Chefe junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Ex-servidor do Supremo Tribunal Federal (assistente jurídico de Ministro – STF) e do Ministério Público Federal (assessor de Subprocurador-Geral da República – PGR). Professor universitário. Advogado eleitoralista por 8 (oito) anos.

Dr. Ronaldo Assunção Sousa do Lago

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Faculdade Processus/DF. Graduado em História pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/DF. Assessor da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Ex-Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-Assessor da Presidência do Supremo Tribunal Federal – STF. Ex-Diretor Técnico do Departamento de Pesquisas Judiciárias no Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Ex-Assessor Parlamentar na Câmara dos Deputados. Ex-Assessor-Chefe do gabinete do Diretor-Geral do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-Assistente de Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF. Ex-colaborador da Defensoria Pública do DF.

A LEI Nº 13.491/2017 E SUA INFLUÊNCIA NA PARTE GERAL DO CPM E NAS PENAS

LUIZ OCTAVIO RABELO NETO
Juiz-Auditor Substituto da 8ª Circunscrição Judiciária Militar

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza jurídica da Lei nº 13.491/2017; 3. Normas gerais aplicáveis aos crimes militares extravagantes; 4. Pena de multa; 5. Penas restritivas de direitos; 6. Conclusões; 7. Referências.

RESUMO: Neste artigo, busca-se analisar os impactos da Lei nº 13.491/2017 na Parte Geral do Código Penal Militar, especialmente nas penas. Indica-se que a lei tem natureza híbrida, penal e processual, implicando no deslocamento imediato dos feitos que tramitam na justiça comum em favor da justiça militar, na qual, contudo, deve ser observada a ultratividade ou retroatividade da lei mais benigna. Defende que devem ser aplicadas as normas gerais previstas na legislação penal especial e, em caso de omissão, devem ser aplicadas as normas da Parte Geral do CPM aos crimes militares extravagantes. Sustenta, também, a aplicação na justiça militar da pena de multa e das penas restritivas de direito, quando previstas no preceito secundário da norma que tipifica o crime militar extravagante, bem como, no caso de a lei penal especial regulamentar, especificamente, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar. Lei nº 13.491/2017. Normas gerais. Crimes militares.

ABSTRACT: In this article, it is seeked to analyze the impacts of Law 13,491/2017 on the General Part of the Military Penal Code, especially on penalties. It is indicated that the law has a hybrid nature, punishment and procedural, implying in the immediate displacement of the facts that process in the common justice in favor of the military justice, in which, however, must be observed the ultrativity or retroactivity of the most benign law. It argues that the general rules laid down in the special criminal legislation should be applied and, in case of omission, the rules of General Party of the CPM should be applied to extravagant military crimes. It also supports the application in the military courts of the penalty of fine and of the penalties of restriction of rights, when provided for in the secondary provision of the norm that typifies extravagant military crime and, instead of custodial sentences, in the case where the special criminal law regulates this possibility.

KEYWORDS: Military justice. Law 13,491/2017. General rules. Military crimes.

1 INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 13.491, de 13/10/2017, que entrou em vigor na data de sua publicação (16/10/2017), trouxe grandes inovações ao Direito Militar, alterando a definição de crime militar e, por consequência, a competência criminal da Justiça Militar (JM) dos Estados (JME) e da União (JMU).

Além dessa nova redefinição de crime militar (novo inciso II do art. 9º do Código Penal Militar – CPM), a citada Lei também previu critérios em que um crime doloso contra a vida de civil praticado por membros das Forças Armadas pode ser considerado militar e, por consequência, de competência da JMU (§ 2º do art. 9º do CPM).

A redefinição de crime militar implicou na criação de crimes militares extravagantes, também chamados de crimes militares por extensão[48], isto é, crimes previstos apenas na legislação penal comum[49] (Código Penal – CP e legislação penal especial), que se qualificam como militares pela presença de algumas das elementares previstas nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM.

Neste estudo, busca-se analisar se a alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 provocou, ou não, alguma influência na aplicação da parte geral do CPM e, mais especificamente, nas penas aplicadas no âmbito da JM.

2 NATUREZA JURÍDICA DA LEI Nº 13.491/2017

Primordial para avaliar os impactos da Lei nº 13.491/2017 é analisar sua natureza jurídica. É de conhecimento comum, no que tange à natureza das normas jurídicas e às regras de direito intertemporal, que a sucessão de leis de natureza penal, em seu sentido material, é resolvida pela norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XL, retroagindo a lei quando for para beneficiar o réu, disposição repetida no art. 2º, parágrafo único, do CP e no art. 2º, § 1º, do CPM, bem como a lei benéfica deve gozar de ultratividade, aplicando-se aos fatos ocorridos sob sua égide.

Já no campo das leis processuais penais, a norma de regência encontra-se prevista no artigo 2º do Código de Processo Penal (CPP) e no art. 5º do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que preveem que estas se aplicarão imediatamente, sem prejuízo da validade dos atos processuais praticados anteriormente a sua vigência.

---

[48] ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar* (Lei 13.491/17). Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

[49] A possibilidade de julgamento pela Justiça Militar de crimes definidos na lei penal comum e não previstos no CPM, já era prevista para o tempo de guerra: "Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra: 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."

Com efeito, para que se possa conceber a norma de natureza penal ou material, é preciso que essa inove o ordenamento jurídico, afetando o *jus puniendi* estatal, criando-o, ampliando-o ou extinguindo-o. A seu turno, as normas de cunho processual penal dizem respeito ao início, desenvolvimento e fim do processo.

Distinguindo-se das normas penais e processuais propriamente ditas, a doutrina reconhece, ainda, a existências das chamadas normas mistas, híbridas ou normas processuais de cunho material, as quais englobam todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. Significa dizer que, malgrado sejam formalmente normas de natureza processual, mantêm seu caráter material, de forma que não podem retroagir, salvo quando forem benéficas ao acusado.

Em sentido semelhante, leciona RENATO BRASILEIRO que a norma que define o crime militar (art. 9º, CPM) é norma heterotópica, pois, embora inserida em lei material, é dotada de conteúdo processual, a ela sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regis actum*)[50].

A doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo na Lei nº 13.491/2017 uma norma de natureza jurídica híbrida (penal e processual)[51]. A lei ampliou o rol de crimes militares, abarcando tipos penais previstos na legislação penal comum, quando praticados nas condições dos incisos II e III do art. 9º do CPM. Por outro lado, promoveu em uma modificação de competência absoluta, fixada com vistas no interesse público, o que deve implicar no deslocamento imediato de feitos da Justiça comum em favor da JM, salvo se já houver

---

[50] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018. p. 367.

[51] Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 367; ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 47-51; ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018, pp. 126-127; GALVÃO, Fernando Galvão. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivoque-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-emcurso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em: 13 set. 2018; CARVALHO, José Carlos Couto de. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/apresentacao-couto.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018; ALVES-MARREIROS, Adriano. *Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá*: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. Disponível em: <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/10/pdf-revisado-2-lei-13491-artigo-bem-completo-e-detalhado.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

sentença de mérito, caso em que o recurso deve ser analisado pelo tribunal da jurisdição em que ela foi prolatada[52].

O art. 3º do CPP autoriza que as regras do Código de Processo Civil (CPC) sejam aplicadas na seara penal quando o Estatuto adjetivo criminal for omisso, o que também é aplicável ao processo penal militar (art. 3º do CPPM).

Com efeito, o art. 43 do CPC dispõe sobre a regra da prorrogação da competência. Ou seja, alterações do estado de fato ou de direito não implicam, como regra, modificação da competência, após registro ou distribuição da ação (denomina-se tal fenômeno de *perpetuatio jurisdictionis*). De todo modo, vale lembrar que o mencionado dispositivo prevê duas exceções à regra anunciada, quais sejam: (a) supressão do órgão judiciário; ou (b) alteração de competência absoluta.

Como a Lei nº 13.491/2017 alterou a competência da JM, não há que se falar em *perpetuatio jurisdictionis* para que os autos permaneçam na Justiça comum, uma vez que a competência da JM é absoluta, fixada constitucionalmente, não sendo possível, nesse caso, prorrogar a competência da Justiça Comum. Como é sabido, a *perpetuatio* só tem lugar na hipótese de competência relativa, o que não é o caso.

Em diversas decisões monocráticas, todas referentes ao crime de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP) cometido por PM/RJ, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que crimes cometidos anteriormente à Lei nº 13.491/2017 passam a ser de competência da JM, devendo haver imediata remessa dos autos do inquérito ou processo penal a essa Justiça Especializada[53].

Fixada a aplicabilidade imediata da Lei nº 13.491/2017, por sua natureza processual, o que vai variar, em razão do seu aspecto penal, é a observância da ultratividade ou retroatividade da lei mais benéfica para crimes cometidos anteriormente à entrada em vigor da Lei (16/10/2017).

Embora indesejável e vedado legalmente (art. 2º, § 2º, CPM), haverá casos transitórios em que serão aplicáveis, por imposição constitucional, as normas do CPM e, concomitantemente, normas penais favoráveis ao acusado constantes na legislação comum. É a única forma de atender à Constituição no que tange à competência absoluta da JM para julgar o caso e, ao mesmo

---

[52] Nesse sentido, apreciando casos relativos à Lei nº 9.299/1996: STF, HC 78.320/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 2/2/1999, DJ 28/05/1999; e STJ, HC 228.856/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 6/12/2012, DJe 30/04/2013.

[53] REsp 1.675.636/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018, Dje 3/4/2018. Outros: REsp 1.659.937/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018, Dje 3/4/2018; REsp 1.659.920/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018, Dje 3/4/2018; REsp 1.657.659/RJ. Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018, Dje 3/4/2018; REsp 1.654.183/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018, Dje 3/4/2018; AgInt no REsp 1.682.508/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 21/2/2018, Dje 27/2/2018; REsp 1.661.983/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, j. em 21/2/2018, Dje 27/2/2018.

tempo, não prejudicar o acusado com a aplicação de uma norma superveniente mais gravosa existente na legislação castrense. Contudo, para fatos posteriores a 16/10/2017, vale o que consta na Parte Geral do CPM, porque é lei especial, não importando que seja lei mais gravosa ou mais benéfica, ressalvada a existência de norma geral prevista em lei penal extravagante.

No mesmo sentido, ensina RENATO BRASILEIRO: "Esse deslocamento imediato da competência à Justiça Militar (da União e dos Estados) haverá de ser feito sem prejuízo da irretroatividade da *lex gravior* (ou ultratividade da lei penal mais benéfica) pelo Juiz de Direito do Juízo Militar Estadual ou pelos respectivos Conselhos de Justiça"[54].

A Lei nº 13.491/2017 pode ser *lex gravior* (lei mais grave) ou *lex mitior* (lei mais benéfica), a depender do caso, para fatos anteriores a sua vigência. Por exemplo, será lei mais gravosa no delito de abuso de autoridade (art. 6º, § 3º, "b" da Lei nº 4.898/1965), cuja pena máxima é de 06 meses de detenção, sendo infração de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/1995), com aplicação de institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo, além da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, com fulcro no CP. Passando a ser crime militar, não se admite a aplicação da Lei nº 9.099/1995 (art. 90-A), nem o CPM admite a substituição da pena privativa por penas restritivas de direitos. Nesse caso, para fatos anteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.491 (16/10/2017), deve a JM aplicar o regime legal penal anterior, mais favorável[55]. Para crimes cometidos após essa data, não se aplica a Lei nº 9.099/1995 nem a substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

De igual forma, entende-se que a Lei nº 13.491/2017, quando promover uma alteração na natureza da ação penal do crime militar extravagante, transformando-a de exclusivamente privada ou pública

---

[54] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018. p. 368.

[55] Nesse sentido: STF, HC 80.860-3/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/5/2001, DJ 7/6/2002. Voto do Relator: "Impõe-se advertir que a Lei nº 9.839/99 (*lex gravior*) – que torna inaplicável à Justiça Militar a Lei nº 9.099/95 (lex mitior) – não alcança, no que se refere aos institutos de direito material, os crimes militares praticados antes de sua vigência, ainda que o inquérito policial militar ou processo penal sejam iniciados posteriormente. O sistema constitucional brasileiro impede que se apliquem leis penais supervenientes mais gravosas, como aquelas que afastam a incidência de causas extintivas da punibilidade (dentre as quais se incluem as medidas despenalizadoras da suspensão condicional do processo e da exigência de representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas), a fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da edição da *lex gravior*. A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer para efeito do que prescreve o art. 5º, XL, da Constituição, sempre que ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal material mais favorável ao agente".

condicionada para ação de natureza pública incondicionada, como é, regra geral, a ação penal militar (art. 121, CPM), importa em *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir[56]. Como *lex gravior*, essa alteração somente incide sobre fatos posteriores a sua entrada em vigor (16/10/2017). Isso porque tanto a ação penal privada quanto a pública condicionada estão sujeitas a um juízo de conveniência e oportunidade do ofendido de promover a ação penal, além de estarem sujeitas ao prazo decadencial de seis meses (art. 38 do CPP), diferentemente da atuação do Ministério Público na ação pública incondicionada, pautada pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Além da decadência, os crimes de ação penal privada estão sujeitos a outras específicas causas de extinção da punibilidade: renúncia ao direito de queixa, perdão aceito pelo ofendido e perempção (art. 107, IV e V, CP).

A Lei nº 13.491/2017 pode configurar, também, *novatio legis in mellius* ou *lex mittior*, quando, praticado o fato anteriormente à data de sua vigência, essa lei seja mais vantajosa ao acusado, de qualquer modo. É o que ocorre, por exemplo, com o prazo prescricional mínimo para o crime de abuso de autoridade supracitado. Com a nova lei, esse prazo passou a ser menor, de 2 anos, segundo a disciplina do CPM (art. 125, VII), enquanto no CP é 3 anos (art. 109, VI). Nesse caso, a JM deve aplicar retroativamente o prazo menor, de 2 anos, pois mais favorável ao agente[57]. Para os casos posteriores à entrada em vigor da citada lei, não há qualquer dúvida: aplica-se a norma do CPM, e não o CP, porque é lei especial, conforme será explicado.

3 NORMAS GERAIS APLICÁVEIS AOS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES

Como já explicitado, a alteração no inciso II do art. 9º do CPM estabeleceu a possibilidade de que existam crimes militares previstos em outras leis que não o CPM.

A primeira indagação que se faz, então, é: quais normas gerais aplicar na JM a esses crimes militares extravagantes, os quais podem ser previstos no CP comum ou na legislação penal especial? Aplicam-se as normas gerais previstas na legislação penal (CP comum ou lei penal especial) ou as normas gerais previstas no CPM? O problema se torna mais complexo porque uma lei penal especial pode possuir norma geral incompatível com as normas gerais do CP ou do CPM, os quais, por sua vez, contêm normas gerais, em muitos pontos, diferenciadas.

---

[56] Nesse sentido: STJ, HC 182714, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 19/11/2012, DJe 29/11/2012. O caso trata do delito de injúria racial/discriminatória, no qual a ação penal era privada e que, com o advento da Lei nº 12.033/09, ao alterar o art. 145 do CP, passou a ser de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, tendo o Tribunal entendido que essa modificação não poderia retroagir em prejuízo do agente do crime.

[57] Nesse sentido: ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p. 64.

Essa indagação é relevante para definir qual será a disciplina legal no que tange a diversos assuntos, tais como: aplicação da lei penal no tempo e espaço; teoria do crime, envolvendo consumação, tentativa, erro, concurso de crimes, concurso de agentes, aplicação e natureza das penas, hipóteses de extinção da punibilidade, natureza da ação penal, entre outros.

Podem ser identificadas 4 correntes quanto a essa questão: 1) aplicabilidade das normas gerais do CP; 2) aplicabilidade das normas gerais do CPM; 3) aplicabilidade das normas gerais da legislação penal especial e, em caso de omissão, aplicam-se as normas gerais do CP; 4) aplicabilidade das normas gerais da legislação penal especial e, em caso de omissão, aplicam-se as normas gerais do CPM.

Para a primeira corrente, uma vez aplicada a legislação penal comum na tipificação, aplica-se também no pertinente à pena e a todos os demais preceitos da parte geral do CP. A alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 determinou a aplicação da legislação penal comum e não excepcionou a parte geral do CP[58].

Pela segunda corrente, devem prevalecer, com fulcro no art. 12 do CP, as normas da Parte Geral do CPM, visto que são normas especiais em relação às normas da Parte Geral do CP[59].

Para a terceira corrente, devem prevalecer as normas gerais da lei penal especial que tipifica o crime militar extravagante e, em caso de omissão, aplicam-se as normas gerais do CP, originariamente previstas para aplicação subsidiária a esses crimes, com fundamento no art. 12 do CP.

Para a quarta corrente, que entendemos a mais razoável, devem ser aplicadas as normas gerais da legislação penal especial que tipifica o crime militar extravagante e, em caso de omissão, aplicam-se as normas gerais do CPM, que é a lei geral aplicável aos crimes militares. Se o crime militar extravagante estiver definido no CP, aplicam-se as normas da Parte Geral do CPM. Segue-se, assim, o critério da norma mais especial, iniciando a análise pelas normas gerais da lei penal especial, porque prevê bem jurídico especialíssimo, ineditamente sob a égide do direito militar, passando-se em

---

[58] PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, pp. 8-9.

[59] ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. In: *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018, p. 137; NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/singlepost/2017/11/26/Inquieta%C3%A7%C3%B5es-na-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal-militar ap%C3%B3s-a-entrada-em-vigor-da-Lei-n-13491-de-13-de-outubro-de-2017>. Acesso em: 13 set. 2018.

seguida, para as normas gerais do CPM, que também é lei especial, mas é lei geral em comparação à lei penal especial. Aplicável, nesse aspecto, a clássica lição de CARLOS MAXIMILIANO, para o qual, "Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais diretamente e especialmente como assunto de que se trata"[60].

A solução de antinomias aparentes que possam causar dúvidas sobre qual norma se deve aplicar na disciplina dos crimes militares extravagantes reside no critério da especialidade. Para NORBERTO BOBBIO[61], esse critério, dito da *lex specialis*:

> é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange certo *genus*) para uma regra derrogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*), corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. No direito italiano, este critério de especialidade encontra-se, por exemplo, enunciado no art. 15 do C.P.: Quando algumas leis penais ou algumas disposições da mesma lei penal regulam a mesma matéria, a lei ou disposição da lei especial anula a lei ou disposição da lei geral, salvo se estabelecido de outra forma.

Portanto, se o crime militar está previsto em uma lei penal especial, deve-se dar prevalência à disciplina legal presente na citada lei. No caso de a lei penal especial ser omissa sobre a regulamentação de determinado instituto, aplicam-se as normas gerais do CPM, que é o código especialmente elaborado para disciplinar a análise do crime militar pelo intérprete e aplicador da norma na JM.

---

[60] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 111.

[61] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. pp. 96-97.

A solução do problema, prestigiando o critério da especialidade, está prevista, igualmente, no CPM e no CP:

> Art. 17 do CPM – **As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei penal militar especial, se esta não dispõe de modo diverso**. Para os efeitos penais, salário mínimo é o maior mensal vigente no país, ao tempo da sentença.
>
> Art. 12 do CP – **As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso**.

Nesse sentido, adota-se a seguinte solução: 1) analisar se a lei penal que tipifica o crime militar extravagante é especial em relação ao CPM (serão especiais as leis penais especiais, e não o CP). Se o crime militar extravagante estiver tipificado no CP, prevalecem as regras gerais do CPM, por ser lei especial (art. 12, CP); 2) analisar se a lei penal especial prevê alguma regra geral, caso em que prevalecerá sobre a disciplina do CPM; 3) se a lei especial for omissa, aplicam-se as regras do CPM (art. 17, CPM).

Conforme oportuna lição de RAMAGEM BADARÓ[62] ao comentar o art. 17 do CPM:

> O presente artigo reflete um *critério de lógica e técnica jurídica*, tornando dispensável a *repetição, no corpo das leis especiais*, das regras gerais do Código. Isso se dá, por que *não sendo* o Código Penal, comum ou militar, *expressão total* de todo o elenco legislativo penal, as leis penais *supletivas ou complementares, permanentes ou temporárias*, vigem com as normas do Código quando, por serem leis penais especiais, não repudiam as regras gerais do Código Penal, militar ou comum. (...) Quando a *lei especial*, ou *supletiva*, dita regras particulares para a sua auto-aplicação derroga a aplicação das leis gerais do Código, pois trata-se, em casos que tais, de legislação especial sobre certas espécies de crimes (...). Porém, quando a *lei especial, cinge-se,* somente, a definir e descrever uma infração pena*l, ex novo,* são aplicáveis *as regras gerais do Código*, como se a infração fizesse parte do texto de sua *Parte Especial*. (...) Tendo-se o Direito Penal Militar como um sistema de lei especial, por isso mesmo deve ser uma unidade harmônica de princípios e normas. Como também acontece com o Direito Penal comum, dispõe, o Direito Penal Militar, de um corolário de regras explícitas e implícitas, que tem por finalidade evitar o conflito de normas.

Em sentido semelhante, leciona GUILHERME ROCHA[63],

> o art. 17 do CPM cria uma espécie de *princípio da especialidade* em nível *interlegal* (entre duas leis: o Código Penal Militar e lei penal

[62] BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao código penal militar de 1969*. 1. vol. São Paulo: Ed. Juriscréd Ltda., 1972. p. 81.

[63] ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar*. Teoria crítica & prática. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 424.

> militar especial). (...) A norma não incriminadora do Código Penal Militar, por conseguinte, presume-se sempre incidente sobre certo instituto ou conceito do Direito Penal Militar, até que a norma não incriminadora de lei penal militar verse de outra forma acerca do mesmo instituto ou conceito, ou mesmo lhe negue eficácia. Mais uma vez, portanto, a lei penal especial (legislação penal militar especial) prevalece sobre a regra geral (Código Penal Militar).

Como exemplo, pode-se citar o crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993): "Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa". Caso um militar da ativa pratique as condutas previstas no tipo penal, o crime será militar, pois se enquadrará no art. 9º, II, "e", do CPM (crime previsto na legislação penal quando praticado por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar). Se esse militar da ativa ocupar um cargo em comissão, a lei penal especial (art. 84, § 2º) estabelece uma causa genérica de aumento de pena não prevista no CPM. Nesse caso, visto que a lei penal especial tem disciplina diferenciada quanto à aplicação da pena, essa norma geral da lei penal especial deve ser aplicada aos crimes nela tipificados.

A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) também dispõe de normas gerais que devem ser observadas: regras sobre aplicação da pena, atenuantes e agravantes especiais (arts. 6º, 14 e 15); penas restritivas de direito substitutivas das penas privativas de liberdade (art. 7º), regulamentação específica de cada uma das espécies de pena restritiva de direito (arts. 8º a 13); e aplicação do *sursis* em casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a 3 anos (art. 16).

Já o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), prevê causa de aumento de pena (art. 20) quando um integrante das Forças Armadas ou militar estadual praticar os crimes dos arts. 14 (porte ilegal – arma de uso permitido), 15 (disparo de arma de fogo), 16 (posse/porte – arma de uso restrito), 17 (comércio ilegal) e 18 (tráfico internacional).

A Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997) estabelece, como efeito automático da condenação (Art. 1º, § 5º), dispensando fundamentação[64], a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Difere do regime do CPM (art. 107, c/c os arts. 102 e 103, I) no qual a perda do cargo para a praça e para o agente civil não é automática, devendo constar expressamente na sentença, não havendo, ainda, previsão de interdição para o exercício de cargo ou emprego público.

---

[64] HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1.089.

Por sua vez, a Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/1965) prevê como sanções penais (art. 6º): multa; detenção de 10 dias a 6 meses; perda do cargo e inabilitação por até 3 anos. Se o autor do abuso for um policial militar, poderá ser aplicada pena de impedimento do exercício da função policial militar no município da culpa, por um prazo de 1 a 5 anos.

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre as regras comuns de fixação da pena base, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997) também existem várias normas gerais, entre as quais se destaca a que permite a suspensão ou a proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, que pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades, e tem duração de 2 meses a 5 anos (arts. 292 e 293).

Portanto, o próprio CPM admite a possibilidade da existência de leis penais militares especiais (art. 17), ou seja, tipos penais militares extravagantes ao texto do CPM, preservando a aplicabilidade das regras gerais do código, desde que a lei especial não disponha de modo diverso. A alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017, prevendo a possibilidade de crimes militares extravagantes, trouxe para o âmbito do Direito Penal Militar novos bens jurídicos tutelados, mas sempre haverá, como bem jurídico protegido pela norma, direta ou indiretamente, a tutela da regularidade das instituições militares[65].

A mesma conclusão é aplicável se o crime militar extravagante estiver previsto no CP, é dizer, tal crime, passando a ser caracterizado como militar, deve receber a disciplina legal das normas gerais do CPM, que disciplina o crime militar e constitui, por sua vez, lei especial em relação ao CP, conforme reconhecido pacificamente pela doutrina[66] e pela jurisprudência do STF[67], o que se baseia na condição de militar do sujeito ativo e na natureza jurídica dos bens juridicamente protegidos pela lei penal castrense.

4 PENA DE MULTA

A controvérsia aqui diz respeito à possibilidade de aplicação de pena de multa na JM. A pena de multa ou pena pecuniária é uma espécie de sanção

---

[65] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

[66] LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*: vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14.

[67] STF, RMS 31834/DF, 2ª Turma, Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. em 22/4/2014, DJe 5/5/2014; STF, HC 86854/SP, 1ª Turma, Relator: Min. Carlos Britto, j. em 14/3/2006, DJ 2/3/2007; STF, RE 115.770, 2ª Turma, Redator p/ o Acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 29/10/1991, DJ 21/2/1992.

penal consistente na imposição ao condenado da obrigação de pagar uma quantia em dinheiro que será revertida em favor do Fundo Penitenciário.

A pena de multa não está prevista no rol de penas do CPM, mas, com a ampliação de competência promovida pela Lei nº 13.491/2017, crimes militares extravagantes podem estar tipificados com essa pena no preceito secundário da norma penal incriminadora.

A primeira corrente defende a impossibilidade da aplicação de pena de multa na JM, considerando que não há previsão no art. 55 CPM a respeito dessa pena pecuniária[68], sendo, por isso, incompatível com o referido código e juridicamente impossível um pedido de imposição de multa na JM. Poderá o juiz considerar, excepcionalmente, que é caso de isenção da pena, diante do princípio da estrita legalidade que marca o direito penal[69].

Segundo RONALDO JOÃO ROTH, "a analogia *in bonam partem* deve nortear a solução de afastar as penas incompatíveis dos crimes militares por extensão com as penas previstas na Parte Geral do CPM, tomando como base a mencionada norma do art. 12 do CP"[70]. Para o ilustre doutrinador, se o CPM, que é lei especial, não prevê algumas penas existentes na legislação penal comum, "deverão elas ser ignoradas na aplicação da lei penal militar nos crimes militares por extensão, sob pena de incidir no hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico, o qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu não ser possível"[71].

A segunda corrente, a que aderimos, defende a possibilidade de a JM aplicar pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora do crime militar extravagante. Não é possível aplicar apenas o preceito primário da norma, no qual está descrita a conduta, e não aplicar

---

[68] Nesse sentido: Palestra "Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a 1ª instância da JMU", proferida pela Dra. Maria Placidina de Azevedo Barbosa Araújo, Juíza-Auditora da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pXHAY8SzXh8>. Acesso em: 11 set. 2018; e ALVES-MARREIROS, Adriano. *Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança que ocorreu – tratando agora do caput do inciso II e suas consequências. Lei 13.491/2017. (o velho truque das perguntas e respostas para comentar uma nova Lei)*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/13/C%C3%B3digo-Penal-Militar-perguntas-e-respostas-sobre-a-mudan%C3%A7a-que-ocorreu%E2%80%94-tratando-agora-do-caput-do-inciso-II-e-suas-consequ%C3%AAncias-Lei-134912017o-velho-truque-das-perguntas-e-respostas-para-comentar-uma-nova-Lei>. Acesso em: 17 set. 2018.

[69] Nesse sentido: Palestra Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar, proferida pelo Dr. Ronaldo João Roth, Juiz de Direito da 1ª Auditoria de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sNHD_d-RNvo>. Acesso em: 11 set. 2018.

[70] ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. In: *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018. p. 137.

[71] Ibidem. p. 138.

integralmente o preceito secundário, no qual pode estar prevista a respectiva pena de multa[72].

Esclarece-se que se defende a aplicabilidade da pena de multa apenas quando prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, afastada a aplicação como pena substitutiva da pena privativa de liberdade, conforme previsto no CP (arts. 44, § 2º, e 60, § 2º), visto que o CPM, lei especial, não dispõe sobre a matéria.

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

Na realidade, como muito bem pontuado por WENDELL PETRACHIM ARAÚJO, com apoio nos art. 10, inciso IV, e 20 do CPM[73], em tempo de guerra já era possível a aplicação da pena de multa pela JM:

> Em relação à aplicação de penas não previstas no Códex Castrense, como, por exemplo, a pena de multa (em decorrência da ampliação dos crimes militares) não há qualquer incompatibilidade nesse raciocínio; basta seguirmos a mesma coerência estabelecida pelo legislador ordinário quando previu a hipótese de sanção (no Código Penal Militar) aos crimes previstos na legislação penal comum ou especial e cometidos em tempo de guerra (...) Retira-se assim, como conclusão, que já existia a previsão de aplicação da pena de multa na Justiça Militar, nas situações envolvendo os delitos praticados em tempo de guerra e praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro militarmente ocupado. Hodiernamente, com a alteração do inciso II do art. 9º, essa aplicação foi estendida para os crimes militares em tempo de paz[74].

A teoria do direito ou, mais especificamente, a teoria da norma jurídica ou da norma jurídico-penal, tendo como consectário a necessidade de

---

[72] Nesse sentido: QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. Palestra Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a Instância Recursal da JMU. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6FVpZQHgf0U&t=155s>. Acesso em: 18 set. 2018.

[73] Art. 10 do CPM. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:
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.
Art. 20 do CPM. Aos crimes praticados em tempo de guerra, salvo disposição especial, aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz, com o aumento de um têrço.

[74] ARAUJO, Wendell Petrachim. Lei 13.491/2017, Perspectivas e nuances da alteração legislativa no Código Penal Militar. In: *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União*. Ano 1, n. 1 (jun. 2018). Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018. p. 152.

observância do princípio da legalidade, também fundamenta a aplicação da pena de multa pela JM.

Não aplicar a pena de multa na JM, nos casos em que essa justiça especializada seja competente em razão da Lei nº 13.491/2017, implica em negar vigência à lei que impõe essa pena ao crime militar extravagante, bem como desconsiderar o princípio da inderrogabilidade das penas. Se a lei está vigente (validade formal, em conformidade com as normas acerca de sua produção) e tem validade (material, de conteúdo), ela deve ser aplicada, pois não foi revogada com a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017.

Nesse sentido, o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A Lei nº 13.491/17 de nenhuma forma revogou ou com ela se pretendeu revogar qualquer tipo penal militar comum que estabeleça a pena de multa, nem o art. 55 do CPM é imprescindível para aplicação de penas na JM.

A classificação mais adequada das normas penais distingue normas penais incriminadoras e não incriminadoras. Segundo lição de CEZAR BITENCOURT[75]:

> As *normas penais incriminadoras* têm a função de definir infrações penais, *proibindo* (crimes comissivos) ou *impondo* (crimes omissivos) a prática de condutas, sob a ameaça expressa e específica de pena e, por isso, são consideradas normas penais em sentido estrito. Essas normas, segundo uma concepção universal, compõem-se de dois preceitos: 1) *preceito primário*: encerra a norma proibitiva ou mandamental, ou, em outros termos, que descreve, com objetividade, clareza e precisão, a infração penal, comissiva ou omissiva; 2) *preceito secundário*: representa a cominação abstrata, mas individualizada, da respectiva sanção penal. (...) As *normas penais não incriminadoras* são aquelas que estabelecem regras gerais de interpretação e aplicação das normas penais em sentido estrito, repercutindo tanto na delimitação da infração penal como na determinação da sanção correspondente.

As normas penais não incriminadoras podem ser: 1) permissivas; 2) complementares; 3) explicativas. As permissivas são aquelas que têm por fim afastar a ilicitude da conduta do agente ou a culpabilidade (*v.g*, causas de justificação, art. 42, CPM); as complementares fornecem princípios gerais para aplicação da lei penal (*v.g.*, isenção de pena aos inimputáveis, art. 48, CPM); as explicativas esclarecem ou explicitam conceitos (*v.g*, pena base, art. 77, CPM).

---

[75] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177.

O art. 55 do CPM, que estabelece quais são as penas principais do Código, é regra de caráter meramente explicativo[76], tanto que nos artigos seguintes o código procura caracterizar cada uma dessas penas, as quais são previstas no preceito secundário dos tipos penais constantes da Parte Especial do Código.

Por isso, norma da Parte Geral não incriminadora (art. 55 do CPM), de natureza explicativa, tem função de informar quais as penas constantes nos tipos penais existentes na Parte Especial do Código, explicitando nos dispositivos posteriores as características de cada uma dessas penas. Sendo explicativa, ela não tem o condão de complementar o tipo penal, não sendo, por isso, imprescindível para a tipicidade. A falta de previsão da pena de multa no art. 55 do CPM não pode isentar o réu da pena de multa disposta em lei, pois a norma não tem caráter permissivo, autorizando a realização da conduta tipificada. Logo, deve a JM aplicar a multa penal quando prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, sob pena de violação frontal da lei. Nesse sentido, leciona RICARDO FREITAS que "os enunciados que estão na parte geral do Código Penal Militar existem com finalidade de esclarecer e permitir a aplicação das normas que são expressas por meio de enunciados contidos na parte especial"[77].

Não há propriamente "hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico". O tipo penal é composto de duas partes integradas, quais sejam, a descrição da conduta e a correspondente sanção. Realizada a condição (a conduta descrita no tipo penal), deve ser aplicada a consequência, ou seja, a sanção penal. Segundo clássica lição de Hans Kelsen, "o delito é a condição a qual a sanção é vinculada pela norma jurídica. Certa conduta humana é um delito porque a ordem jurídica vincula a essa conduta, como condição, como consequência, uma sanção"[78]. Em outras palavras, há um nexo consequencial entre ilícito e sanção, pois o "delito caracteriza-se como uma condição da sanção"[79], sendo o delito entendido como "a conduta do indivíduo contra o qual é dirigida a sanção, como consequência de sua conduta"[80].

Segundo a lição de JORGE ASSIS, "Não se sustenta o argumento de que o CPM não prevê a pena de multa porque, quando de sua edição o Código

---

[76] Em sentido semelhante: MIRABETE, Julio Fabrini (In: *Manual de direito penal*. Vol. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49) ensina que as regras sobre aplicação da pena de multa são normas explicativas: "As leis penais não incriminadoras podem ser subdivididas em explicativas (ou complementares) e permissivas. **As normas explicativas esclarecem o conteúdo de outras ou fornecem princípios gerais para a aplicação das penas. São preceitos explicativos** os conceitos de 'reincidência' (art. 63), de 'casa' (art. 150, § 4º), de 'funcionário público' para fins penais (art. 327), bem como **regras sobre aplicação da lei penal (art. 1º e §§), as referentes à aplicação da pena (arts. 59 e 60 do CP)** etc". (grifei).

[77] ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. Direito penal militar. *Teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 9.

[78] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 73.

[79] Ibidem. p. 75.

[80] Ibidem. pp. 76-77.

Penal Militar previa, apenas e tão somente os crimes militares próprios e impróprios"[81]. Na verdade, "A ausência de previsão da pena de multa na legislação penal castrense apenas reforça a ideia de que o advento dessa nova classe de crimes militares forçosamente trará consigo, para a Justiça Militar, todos os seus institutos específicos"[82].

O sistema de penas em vigor no país encontra sua base no art. 5º da CF. As alíneas "a" a "e" do inciso XLVII do art. 5º da CF contêm o rol das penas proibidas[83], e as alíneas "a" a "e" do inciso XLVI do mesmo artigo, o rol das lícitas ou permitidas, dentre as quais está a pena de multa (alínea "c")[84], sendo esse mais um fundamento para a aplicação desse tipo de pena na JM.

E quais serão os critérios para a aplicação da pena de multa na JM, considerando que o CPM é omisso a respeito? A resposta pode ser extraída do art. 12 do CP, ou seja, as regras gerais do CP aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial (CPM), se esta não dispuser de modo diverso. Nesse sentido, a JM deve fixar a pena em dias-multa, segundo as regras gerais previstas nos arts. 49-52 do CP.

Ressalva-se que, se lei penal especial dispõe de norma especial sobre a matéria, essa regulamentação especial deve prevalecer, pois somente são aplicáveis normas gerais quando não houver normas especiais, conforme orienta o art. 17 do CPM. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), que pune todos os crimes nela tipificados (arts. 89-98) com a pena de multa, prevendo critério diverso do dias-multa para fixação da pena pecuniária, ao estabelecer que a pena de multa será calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

Diferentemente do critério trifásico aplicável para fixação de penas privativas de liberdade, o CP segue um *sistema bifásico*[85] para fixação da pena de multa:

1ª fase: o juiz estabelece o **número de dias-multa**, que varia entre o **mínimo de 10 e o máximo de 360** (art. 49, *caput*, parte final, CP). Para estabelecer esse número, o magistrado leva em conta as circunstâncias judicias, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes. Em suma, as mesmas etapas percorridas na dosimetria da pena privativa de liberdade.

---

[81] ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018. p. 63.

[82] Idem, loc. cit.

[83] Estão proibidas as penas (art. 5º, XLVII, CF): a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

[84] Estão permitidas, entre outras, as seguintes penas (art. 5º, XLVI, CF): a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

[85] MASSON, Cleber. *Direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 798.

2ª fase: o juiz fixa o **valor do dia-multa**, que não pode ser inferior a **1/30** do **salário mínimo mensal** vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 vezes esse salário (art. 49, § 1º, CP). Leva-se em conta a **situação econômica do réu** (art. 60, *caput*, CP).

Concluídas essas operações, o juiz pode considerar que, em face do elevado poder econômico do réu, a sanção pecuniária, embora aplicada no máximo legal, é ineficaz. Nesse caso, o juiz pode aumentar o seu valor até o **triplo (3x)** (art. 60, § 1º, CP).

O pagamento voluntário da multa deve ser realizado pelo réu no prazo de 10 dias depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 50, *caput*, CP). O Código prevê a possibilidade de o condenado requerer o parcelamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas, podendo o juiz autorizar desde que as circunstâncias justifiquem (*v.g.*,: réu muito pobre, multa elevadíssima). O parcelamento deverá ser feito antes de esgotado o prazo de 10 dias. O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações (art. 169, § 1º, da LEP). Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá revogar o benefício (art. 169, § 2º, da LEP).

Se a multa não for paga voluntariamente, procede-se ao pagamento forçado, porém, desde a Lei nº 9.268/1996, conferindo nova redação ao art. 51 do CP, é vedada a sua conversão em pena privativa de liberdade. A multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

O MP, dessa forma, não vai passar a executar a pena de multa, indicar bens à penhora, acompanhar a alienação judicial desses bens. O MP nem a JM precisar se preocupar com a execução. Não precisamos temer a pena de multa. Ela foi fixada pelo legislador para aqueles crimes que envolvem ganância ou enriquecimento por parte do criminoso. Se não paga voluntariamente, a pena de multa será considerada dívida de valor, inscrita em dívida ativa e cobrada pela Fazenda Pública Federal (PFN) ou Estadual (PGEs), conforme a condenação seja pela JMU ou JME.

Decorrido o prazo para pagamento voluntário, extrai-se certidão contendo informações sobre a condenação, remetendo-se à Fazenda Pública para fins de inscrição em dívida ativa e execução. É o entendimento dominante e consagrado na **Súmula 521 do STJ** (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25/3/2015, DJe 6/4/2015): "A legitimidade para a execução fiscal da multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública". Portanto, o Ministério Público não tem legitimidade para executar a pena de multa.

A pena de multa, assim, deve ser executada pela Fazenda Pública perante a Vara de execuções fiscais, pelo rito da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980). Em caso de condenação pela JME, compete à Vara Cível ou da Fazenda Pública dos respetivos Estados executar a multa. Em caso de condenação pela JMU, compete à Vara Federal de execução fiscal da Justiça Federal executar a multa. A execução fiscal será proposta pela Fazenda Pública no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado, nos termos do § 5º do art. 46 do CPC/2015.

5 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas privativas de liberdade estabelecidas nos tipos penais previstos no CP e na legislação especial estão sujeitas, nos termos dos requisitos constantes no art. 44 do CP[86], à substituição por penas restritivas de direitos.

Com a alteração na competência em favor da JM decorrente da Lei nº 13.491/2017, discute-se se as penas privativas de liberdade impostas a esses crimes continuarão passíveis de substituição por penas restritivas de direitos. Sobre o tema, podem ser identificadas as seguintes teses: 1) inaplicabilidade da substituição; 2) inaplicabilidade para réu militar, sendo possível para o civil; 3) aplicabilidade ampla, com fulcro nas regras do CP; 4) aplicabilidade quando prevista, em abstrato, no preceito secundário da norma penal incriminadora constante de lei especial que tipifique crime militar extravagante, e, também, quando essa lei regulamente inteiramente (e não por remissão ao CP) a aplicação das penas restritivas, em substituição às penas privativas de liberdade.

A primeira tese é a predominante na doutrina[87] e jurisprudência[88], porque a Lei nº 9.714/1998, que trata das penas restritivas de direitos, limitou-se a alterar o CP nessa matéria. Tal alteração não se aplica às leis especiais que disponham diversamente a respeito do tema, como sucede, implicitamente, com o CPM. Além do argumento da especialidade e autonomia do direito militar, as penas restritivas de direitos são incompatíveis com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar[89].

---

[86] Art. 44 do CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

[87] LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*: vol 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 192.

[88] Nesse sentido: STF, RE 273900/SC, 1ª Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. em 8/8/2000, DJ 8/9/2000; STF, HC 80952/PR, 1ª Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie, j. em 4/9/2001, DJ 5/10/2001; STF, HC 86079/SP, 2ª Turma, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. em 26/9/2006, DJ 6/11/2006; STF, 1ª Turma, HC 91709/CE, j. em 16/12/2008, DJ 13/3/2009.

[89] STM, AP 2004.01.049688-2, Rel. Min. Antonio Carlos de Nogueira, j. em 26/4/2005, DJ 1º/7/2005.

Pela segunda tese se defende que, como os civis condenados pela JM cumprem pena no sistema prisional comum, é importante que, na sentença, seja fixado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e, depois, se for o caso, proceda-se à substituição dessa pena por pena restritiva de direitos, mantendo-se o juízo castrense como juízo de execução até surgir circunstância que implique na expedição de mandado de prisão do condenado[90].

Pela terceira tese, especialmente após a Lei nº 13.491/2017, não se devem ignorar as novas formas de intervenção repressiva estatal e a política criminal que as instituiu, de forma que tais penas são compatíveis com o direito militar, seja quando cominadas aos novos crimes militares, seja como substitutivas da pena privativa de liberdade, fundamento nos arts. 44 c/c 12 do CP, salvo disposição expressa em contrário[91].

Por uma quarta tese, que se julga ser a mais adequada, as penas restritivas de direito devem ser aplicadas na JM quando previstas em preceito secundário da norma penal incriminadora constante de lei especial que tipifique crime militar extravagante, em obediência ao princípio da legalidade, tal como ocorre com a multa, uma vez que o legislador as julgou adequadas a esses crimes.

Ademais, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito quando regulamentada especificamente na lei especial (*v.g.*, arts. 7º a 13 da Lei nº 9.605/1998[92]). Nesse caso, prevalece a lei especial sobre a geral (CPM), não importando se o agente é civil ou militar. Aqui não tem cabimento o argumento da especialidade e autonomia do direito militar, pois a Lei nº 13.491/2017 trouxe para o âmbito do direito militar crimes militares extravagantes e, por consequência, os institutos, previstos em normas gerais, a eles aplicáveis, segundo a lei específica, desde que não vedada a aplicabilidade na JM por outra norma incompatível (*v.g.*, art. 90-A, Lei nº 9.099/1995).

---

[90] ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar* – Aspectos penais, processuais e administrativos. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 118.

[91] FALVÃO, Fernando. *Direito penal militar*: Teoria do Crime. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. pp. 93-94.

[92] Lei nº 9.605/1998. Art. 7º. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:
I – tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;
II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.
Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.
Art. 8º As penas restritivas de direito são:
I – prestação de serviços à comunidade;
II – interdição temporária de direitos;
III – suspensão parcial ou total de atividades;
IV – prestação pecuniária;
V – recolhimento domiciliar.

Ademais, nessa hipótese, não há porque dizer que as penas restritivas de direitos são incompatíveis com as peculiaridades atinentes à vida militar e ao militar, visto que os crimes militares extravagantes protegem, primariamente, bens jurídicos nela definidos e, apenas secundariamente, a regularidade das instituições militares. Observe-se que, para crimes militares extravagantes previstos no CP, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, porquanto é aplicável, como visto, a Parte Geral do CPM, que não admite essa substituição.

Como exemplo, pode-se citar o crime militar de homicídio culposo na direção de veículo automotor, punido com penas de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302 da Lei nº 9.503/97 c/c o art. 9º, II, do CPM), e do crime militar de lesão corporal culposa na condução de veículo automotor (art. 303 da Lei nº 9.503/1997 c/c o art. 9º, II, do CPM), para o qual são previstas a pena de detenção, de 6 meses a 2 anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Em tais casos, a aplicação da pena restritiva de direito prevista, abstratamente, pelo legislador é perfeitamente possível.

Outro possível exemplo é a pena de cassação da habilitação ou de proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa liberdade, aplicada ao militar que se apresentar para o serviço e conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem (art. 39 da Lei nº 11.343/2006 c/c o art. 9º, II, "c", CPM).

6 CONCLUSÕES

Ao fim desse estudo, espera-se ter contribuído com a interpretação das consequências advindas da Lei nº 13.491/2017. As dificuldades de aplicação dessa lei decorrem, sobretudo, de sua natureza híbrida, envolvendo questões de natureza penal e processual que desafiam o intérprete, inclusive quanto à sucessão de leis no tempo.

Sempre respeitando a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal quando a Lei nº 13.491/2017 for mais gravosa, ficou assentado que a JM passou a ser competente para apreciar os fatos enquadrados como crimes militares extravagantes, ainda quando cometidos em data anterior à vigência da lei. Ademais, com a citada lei, novas normas gerais (previstas em leis especiais) foram incorporadas ao direito militar e, quando essas leis especiais forem omissas, aplicam-se aos crimes militares extravagantes as normas da Parte Geral do CPM. A Lei nº 13.491/2017 também repercutiu nas penas classicamente impostas pela Justiça Militar, uma vez que implicou na possibilidade de aplicação da pena de multa e penas restritivas de direitos, desde que previstas no preceito secundário da norma penal incriminadora, bem como quando a lei penal especial regulamente a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar. Teoria crítica & prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida*. Disponível em: <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2017/10/pdf-revisado-2-lei-13491-artigo-bem-completo-e-detalhado.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança que ocorreu – tratando agora do caput do inciso II e suas consequências. Lei 13.491/2017. (o velho truque das perguntas e respostas para comentar uma nova Lei).* Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/13/C%C3%B3digo-Penal-Militar-perguntas-e-respostas-sobre-a-mudan%C3%A7a-que-ocorreu%E2%80%94-tratando-agora-do-caput-do-inciso-II-e-suas-consequ%C3%AAncias-Lei-134912017o-velho-truque-das-perguntas-e-respostas-para-comentar-uma-nova-Lei>. Acesso em: 17 set. 2018.

ARAÚJO, Maria Placidina de Azevedo Barbosa. Palestra Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a 1ª instância da JMU. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pXHAY8SzXh8>. Acesso em: 11 set. 2018.

ARAUJO, Wendell Petrachim. Lei 13.491/2017, Perspectivas e nuances da alteração legislativa no Código Penal Militar. In: *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União*. Ano 1, n. 1 (jun. 2018). Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar* – Aspectos penais, processuais e administrativos. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao código penal militar de 1969*. 1º volume. São Paulo: Ed. Juriscréd Ltda., 1972.

CAMELO, Joseli Parente. *A valorização da JMU e a Lei nº 13.491/2017*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QBiM7jCHjKE>. Acesso em: 22 ago. 2018.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar*: Teoria do Crime. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Volume único. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 6. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018.

LOBÃO, Célio. *Comentários ao código penal militar*: vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14.

MASSON, Cleber. *Direito penal*. Parte Geral. Vol. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. Vol. 1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; e STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de* 2017. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/singlepost/2017/11/26/Inquieta%C3%A7%C3%B5es-na-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminalmilitar-ap%C3%B3s-a-entrada-em-vigor-da-Lei-n-13491-de-13-de-outubro-de-2017>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. *Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/ singlepost/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-eo-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comumpara-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em: 13 set. 2018.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. Palestra Reflexos da Lei nº 13.491/2017 para a Instância Recursal da JMU. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6FVpZQHgf0U&t=155s>. Acesso em: 18 set. 2018.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wpcontent/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17)*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Palestra Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sNHD_d-RNvo>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. In: *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. Vol. 27, n. 1 (jul./dez. 2017). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018.

_____

Nota sobre o autor

Dr. Luiz Octavio Rabelo Neto

Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União, lotado na Auditoria da 8ª CJM, com sede em Belém/PA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará.

APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, NOVAS PERSPECTIVAS HERMENÊUTICAS

WENDELL PETRACHIM ARAUJO
Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da definição de Crime Hediondo; 3. Da alteração promovida pela Lei nº 13.142/2015; 4. Da atuação das Forças Armadas em atividades de Garantia da Lei e da Ordem e a nova redação do art. 9º do CPM (Lei nº 13.491/2017); 5. Da nova perspectiva hermenêutica de Crime Militar de natureza hedionda; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO: Este artigo tem por finalidade realizar uma análise crítico-jurídica acerca da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142/2015, que alterou os arts. 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos). Para tanto, inicialmente, será feita uma abordagem da definição de crime hediondo levando-se em consideração as várias possibilidades para sua caracterização, tendo em conta a alteração promovida pelo legislador ordinário. A par desses conceitos, examinar-se-á a atuação das Forças Armadas em atividades de Garantia da Lei e da Ordem. Este aspecto reveste-se de extrema importância na medida em que se delinearão as balizas para se concluir pela possibilidade, ou não, da caracterização de um Crime Militar de natureza hedionda, haja vista a nova perspectiva hermenêutica de crime militar, trazida pela Lei nº 13.491/2017. Dando continuidade na pesquisa da matéria, abordar-se-á o tema objetivando-se trazer uma nova perspectiva interpretativa acerca da relação de Crime Militar e a Lei de Crimes Hediondos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 13.142/2015. Crime Hediondo. Crime Militar. Crime Militar de Natureza Hedionda. Possibilidade. Novas Perspectivas Hermenêuticas.

ABSTRACT: This article aims to conduct a legal analysis of critical-use of the legislative amendment promoted by Law 13.142/2015, which amended arts. 121 and 129 of Decree-Law n. 2,848, of December 7, 1940 (Criminal Code), and art. 1st of Law n. 8.072, of July 25, 1990 (Law of Heinous Crimes). To do so, initially, an approach to the definition of heinous crime will be made taking into account the various possibilities for its characterization, taking into account the amendment promoted by the ordinary legislator. In addition to these concepts, the Armed Forces will be examined in Law and Order Assurance activities. This aspect is extremely important in that the outlines will be delineated in order to conclude on the possibility or not of characterizing a Military Crime of a Heinous Nature, in view of the new hermeneutic perspective of military crime brought by Law 13.491/2017. Continuing the

research of the subject, the subject will be approached with the aim of bringing a new interpretive perspective, and all its nuances, about the relation of Military Crime and the Law of Heinous Crimes.

KEYWORDS: Law 13.142/2015. Heinous Crime. Military Crime. Military Crime of Nature Heinous. Possibility. New Hermeneutic Perspectives.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as Forças Armadas vêm desempenhado um papel muito mais acentuado em questões relacionadas com a segurança pública nos Estados da Federação, fazendo com que seus militares (em razão do desempenho dessa função) enfrentem, diuturnamente, o crime organizado.

Nesse cenário, revela-se importante que todas as regras concernentes à aplicação do direito penal militar e do processo penal militar estejam bastante claras, definindo-se competência, pautando-se condutas e, em especial, reprimindo-se comportamentos que não são aceitos em uma sociedade democrática de direito.

Em razão disso, o Congresso Nacional, nos últimos anos, editou várias normas afetas ao tema, *in casu*, a Lei nº 13.142/2015 e a Lei nº 13.491/2017, aquela ampliando o rol de crimes hediondos e alterando o Código Penal Brasileiro, e esta, redefinindo, de modo substancial, o conceito de crime militar, bem como afastando a discussão acerca da competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis.

Sob essa conjuntura, o presente artigo objetiva analisar a aplicabilidade da Lei de Crimes Hediondos na Justiça Militar da União, sob uma nova perspectiva hermenêutica, tendo em vista as alterações legislativas ocorridas no Ordenamento Jurídico Pátrio.

2 DA DEFINIÇÃO DE CRIME HEDIONDO

Consoante disposto no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, temos a caracterização de crimes hediondos nas seguintes situações, *litteris*:

> Art. 1º **São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **consumados ou tentados**: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)
>
> I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)
>
> I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra

> autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)
>
> II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)
>
> III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)
>
> IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)
>
> V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)
>
> VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)
>
> VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destina- do a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)
>
> VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)
>
> Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados. (Redação dada pela Lei nº 13.497, de 2017). (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Verifica-se, da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, que o legislador ordinário atribuiu a determinadas condutas um maior desvalor jurídico e, por essa razão, as combate de uma forma muito mais rigorosa.

Isso ocorre em razão de prescrição constitucional (mandado de criminalização), em decorrência da necessidade de não haver uma proteção insuficiente de determinado bem jurídico, salvaguardando, desse modo, o convívio em sociedade.

Comentando a Lei de Crimes Hediondos, elucidativos são os ensinamentos dos Ilustres Professores Victor Eduardo Rios Gonçalves e José

Paulo Baltazar[93], na obra *Legislação Penal Especial* (coordenação do Prof. Pedro Lenza), *verbis*:

> **A necessidade de maior rigor na punição dos autores de crimes de natureza hedionda e equiparados encontra amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal**, o qual dispõe que 'a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem'. **A Carta Magna, portanto, estabeleceu restrições em relação a essas infrações penais mais gravosas, vedando benefícios àqueles que estejam sendo processados por tais crimes — proibição de fiança — e aos condenados por tais delitos — vedação à graça e à anistia. Concomitantemente, determinou a elaboração de lei federal para definir os crimes de natureza hedionda.** (GONÇALVES; JUNIOR, pág. 47, grifo nosso).

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, veja-se, *in fine*:

> HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. **MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL**. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: **A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos**. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). **Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de**

[93] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Coordenador Pedro Lenza. *Legislação penal especial*. Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

> **proteção insuficiente.** [...]. 4. ORDEM DENEGADA. (STF, *Habeas Corpus* nº 102.087, grifo nosso).

Segundo se pode perceber, assim como ocorre para se identificar o crime militar, há um caminho a ser percorrido para se chegar à conclusão de que determinado fato possa ser caracterizado como hediondo.

Isso porque, devem-se, após a ocorrência de determinado fato típico e antijurídico, verificar todas as suas nuances, bem como o rol taxativo estabelecido pela Lei de Crimes Hediondos.

Constata-se, destarte, que não há como se falar nesse tipo de crime sem que antes a conduta do agente tenha se amoldado nas diversas situações elencadas no art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

Gize-se, ainda, que todos os tipos penais estabelecidos como hediondos encontram-se previstos no Código Penal (*ex vi* do art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.072/1990), pois assim quis o legislador ordinário ao editar a norma incidente à espécie, não havendo qualquer remessa ao Código Penal Militar.

Nesse contexto, o Egrégio Superior Tribunal Militar manifestou-se no seguinte sentido, observe-se, *verbis*:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI DE CRIMES HEDIONDOS. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. **A Lei nº 8.072/90 não fez referência aos delitos tipificados no Código Penal Militar, razão pela qual não cabe a aplicação da lei dos crimes hediondos na seara da justiça especializada militar, sob pena de hibridismo penal.** Os presos provisórios e aos condenados pela Justiça Militar estão sujeitos as regras disciplinadas pela Lei de Execução Penal, quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição comum. Ordem denegada. Unânime. (STM, *Habeas Corpus* nº 0000027-34.2016.7.00.0000/RJ, grifo nosso).

Nessa toada, constata-se que tanto o Constituinte Originário, quanto o legislador das normas infraconstitucionais, objetivaram conferir um tratamento muito mais rigoroso aqueles responsáveis pela prática de condutas de natureza hedionda, proibindo-se, ademais, a concessão de anistia, graça e indulto, além de não ser possível a fixação de fiança (art. 2º, I e II, da Lei nº 8.072/1990).

3 DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.142/2015

Neste ponto, para melhor compreendermos o assunto, convém esclarecer que desde a sua edição, em 1990, a Lei de Crimes Hediondos passou por várias alterações.

Sobre esse aspecto, destacamos, mais uma vez, o explicado pelos Professores Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar[94], *in fine*:

> Em 25 de julho de 1990, foi aprovada a Lei n. 8.072, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, que, além de definir os delitos dessa natureza, trouxe diversas outras providências de cunho penal e processual penal, bem como referentes à execução da pena dos próprios crimes hediondos, do tráfico de entorpecentes, do terrorismo e da tortura. Deve, contudo, ser mencionado que diversas leis posteriores efetuaram alterações importantes na Lei n. 8.072/90. **A Lei n. 8.930/94** acrescentou ao rol original de crimes hediondos o homicídio simples cometido em atividade típica de grupo de extermínio, o homicídio qualificado, bem como o crime de genocídio. Ao mesmo tempo, excluiu do rol o delito de envenenamento de água potável qualificado pela morte. **A Lei n. 9.695/98** incluiu na lista de crimes hediondos o delito de falsificação de medicamentos. **A Lei n. 11.464/2007** (chamada por alguns de "nova lei dos crimes hediondos") modificou o sistema de progressão da pena em relação a todos os delitos regulamentados pela Lei n. 8.072/90. Por sua vez, **a Lei n. 12.015/2009** unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ambos de natureza hedionda, sob a denominação única de "estupro". Por consequência, excluiu o atentado violento ao pudor do rol dos crimes hediondos. Concomitantemente, inseriu a figura do estupro de vulnerável em tal rol. **A Lei n. 12.978/2014** passou a considerar hediondo o delito de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput e §§ 1º e 2º, do CP). Por fim, **a Lei n. 13.142/2015** acrescentou ao rol os crimes de lesões corporais gravíssimas ou seguidas de morte contra policiais ou integrantes das Forças Armadas (ou contra seus familiares em razão dessa condição). (GONÇALVES; JUNIOR, págs. 47 e 48, grifo nosso).

Nesse contexto, na presente abordagem, delimitaremos nossas atenções à alteração promovida pela Lei nº 13.142/2015.

Sendo assim, observa-se que a Lei nº 13.142/2015 adveio do Projeto Legislativo (PL nº 846/2015) apresentado pelos Deputados Federais Leonardo Picciani e Carlos Sampaio com a finalidade, inicial, de se estabelecer uma causa especial de aumento de pena no art. 121 do Código Penal, constatando-se a seguinte justificativa, *verbis*:

> **Tais crimes revelam o firme propósito de resistência à ação do Estado, com trocas de tiros, com forças de segurança, com emprego de metralhadoras e fuzis por parte dos criminosos, ocasionando mortes de autoridades e agentes de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal.** Seja pelo uso de armamento

[94] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Coordenador Pedro Lenza. *Legislação penal especial*. Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

> pesado, restrito (fuzis e metralhadoras), seja pelo emprego de explosivos, ou até mesmo em razão de emboscadas, **exige-se, neste momento, reforma da legislação penal.** A criação de causa de aumento de pena para este tipo de crime é crucial para fortalecer o Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o crime, especialmente o organizado, o qual planeja gerar pânico e descontrole social, quando um ator do combate à criminalidade é vítima de homicídio tentado ou consumado. [...]. (grifo nosso).

No Senado Federal, foram apresentadas várias emendas, por parte do Gabinete do Senador Randolfe Rodrigues, dentre elas a Emenda nº 3 – PLEN (Ao PLC nº 19, de 2015), acompanhada da justificativa a seguir, *in fine*:

> **Esta emenda tem o objetivo proteger com a tutela penal, tornando hediondo os crimes de homicídio qualificado e lesão corporal com resultado morte cometidos contra todos os agentes públicos que forem vítimas em razão da função ou no exercício dela.** A medida tem como propósito inibir o cometimento de crimes ou mesmo ajustar a reprimenda penal em crimes cometidos contra agentes de Estado, notadamente fiscais do Ibama, conselheiros tutelares, auditores-fiscais do trabalho e outras categorias que exerçam em suas funções atividades regulatórias e de natureza de polícia administrativa, cuja vulnerabilidade face ao administrado é patente e em que o agente público se torna vítima em potencial por ocasião do cumprimento do seu múnus público. [...]. (grifo nosso).

Após percorrer todos os trâmites legislativos (e seus respectivos debates no Congresso Nacional) a Presidente da República sancionou e promulgou a Lei nº 13.142/2015, com a seguinte redação, *in fine*:

> Art. 1º **O § 2º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII**:
>
> "Art. 121.....
>
> § 2º.....
>
> VII – **contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal**, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, **no exercício da função** ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:
>
> ....." (NR)
>
> Art. 2º **O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte § 12**:
>
> "Art. 129.....
>
> § 12. **Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal**, integrantes do

> sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, **no exercício da função** ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços." (NR)
>
> Art. 3º **O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação**:
>
> "Art. 1º .....
>
> I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e **homicídio qualificado** (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e **VII**);
>
> I-A – **lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal,** integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, **no exercício da função ou em decorrência dela**, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;
>
> ....." (NR)
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Nesse diapasão, o legislador ordinário inseriu dentro do ordenamento jurídico penal uma nova qualificadora (alterando o art. 121, § 2º, VII, do CP) e, também, instituindo a majorante da pena em caso de lesão corporal (estabelecida no art. 129, que passou a ser acrescido do § 12).

E não foi só isso.

Por fim (art. 3º da nº 13.142/2015), alterou a Lei nº 8.072/1990 de modo a considerar como hediondos o homicídio e a lesão corporal gravíssima ou seguida de morte, quando cometidos contra: a) aquelas autoridades ínsitas nos arts. 142 e 144 da Carta Magna; b) integrantes do sistema prisional; c) agentes da Força Nacional de Segurança Pública; desde que se encontrem no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau (em razão dessa condição).

4 DA ATUAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS EM ATIVIDADES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 9º DO CPM (LEI Nº 13.491/2017)

As Forças Armadas encontram-se inseridas na Constituição Federal no *Título V – Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas*, mais especificamente no Capítulo II, composto pelos artigos 142 e 143, sendo as hipóteses de sua empregabilidade definidas naquele artigo constitucional.

Extrai-se, ademais, que o § 1º do art. 142 da Magna Carta estatui que Lei Complementar estabelecerá as normas gerais de administração, preparo e emprego das Forças Armadas, *verbis*:

> Art. 142. [...].
>
> § 1º - Lei Complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. (BRASIL, 1988).

Observa-se, dessarte, que o Constituinte delegou ao legislador ordinário (através de Lei Complementar) a atribuição de definir as normas gerais a serem observadas no emprego das Forças Armadas, em todas as suas variações, inclusive nas operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Nessa toada, em 23 de julho de 1991, publicou-se o texto inicial com a Lei Complementar nº 69, que veio a ser revogada pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, promovendo-se, após, várias alterações através da Lei Complementar nº 117/2004, cumprindo-se, desse modo, a determinação constitucional estabelecida na Carta da República.

Cumpre esclarecer que a Lei Complementar nº 97 assim estabelece, em seus art. 15, § 2º, art. 16 e art. 16-A, *litteris*:

> Art. 15. **O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República**, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação: [...].
>
> § 2º **A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República**, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. [...].
>
> Art. 16. **Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República**.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, integra as referidas ações de caráter geral a participação em campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse social. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)
>
> Art. 16-A. **Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade,**

> **da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo**, executando, dentre outras, as ações de: (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).
>
> I – patrulhamento; (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).
>
> II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).
>
> III – prisões em flagrante delito. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).
>
> Parágrafo único. As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010). (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Percebe-se, desse modo, que várias são as possibilidades de desempenho das Forças Armadas nos dias atuais, sendo recorrente a sua atuação em atividades de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), bem como na Garantia da Votação e Apuração (GVA) em períodos eleitorais, além de atuar ininterruptamente nas faixas de fronteira.

Feitas essas considerações acerca da atuação das Forças Armadas, passa-se, neste ponto, a correlacionar-se com a alteração promovida no Código Penal Militar realizada pela Lei 13.491/2017.

Não se pode olvidar que o artigo 9º do Código Penal Militar passou a ter a seguinte redação, *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 e os **previstos na legislação penal, 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;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

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.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, **quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri**.

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, **quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto**:

I – **do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa**;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – **de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais**:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**;

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Veja-se que a Lei nº 13.491/2017 trouxe, com uma clareza solar, o reconhecimento das diversas possibilidades de atuação das Forças Armadas, em especial, no inciso III do § 2º do artigo 9º.

E não foi só isso, além de afastar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis (art. 9º, §§ 1º e 2º, do CPM), ampliou a sua competência, ao estabelecer nova redação ao inciso II do art. 9º.

Sobre o tema, valemo-nos dos ensinamentos do Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo Ronaldo Roth[95], *in fine*:

> **Ao alterar a redação do art. 9º do CPM, a Lei 13.491/17 alargou a definição de crime militar para albergar figuras típicas inexistentes no CPM, mas existentes na legislação penal comum,** quando praticados pelos militares federais e por civis quando se trata da competência da Justiça Militar da União (JMU) e pelos militares estaduais, no âmbito da competência da Justiça Militar Estadual (JME), numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM. **De todas as hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do CPM, a de maior incidência é aquela praticada pelo militar em serviço ou em razão da função, porquanto são as situações em que o militar pratica um fato típico penalmente no exercício de sua atribuição constitucional e legal, cuja apuração dos fatos deve ser realizada pela Polícia Judiciária Militar que tem atribuição constitucional para tanto (art. 144, § 4º, in fine) e o processo e julgamento será realizado perante a JMU (art. 124, CF), ou perante a JME (art. 125, § 4º, CF).** Agora, com a novel Lei, além dos crimes previstos no CPM, também os delitos previstos na legislação penal comum – como por exemplo, abuso de autoridade, tortura, disparo de arma de fogo e outros crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, homicídio culposo ou lesões corporais culposas na direção de veículo automotor e outros crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Licitações etc., quando praticado pelo militar numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, são, desde a publicação da Lei 13.491 de 16.10.17, considerados crimes militares. (ROTH, 2018, grifo nosso).

Sendo assim, pode-se perceber que a Lei Complementar nº 97/1999 e o CPM, como a alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017, caminham *pari passu* de modo que, a partir de então, não resta qualquer dúvida em sua aplicação, e foi exatamente essa a intenção do legislador, ao elucidar a natureza jurídica dos crimes cometidos, nessas condições, em decorrência da atuação das Forças Armadas.

---

[95] ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17)*. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2018.

5 DA NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA DE CRIME MILITAR DE NATUREZA HEDIONDA

Consoante já discorrido, a alteração promovida no Código Penal Militar fez incidir uma nova concepção de crimes militares, ou seja, uma nova forma de ser enxergar esse tipo de delito.

Alguns doutrinadores, inclusive, começaram a defender a existência de uma nova classe doutrinária de crimes militares[96], *verbis*:

> **A novel Lei 13.491/17 que alterou a redação do art. 9º do Código Penal Militar (CPM) aumentou o rol de crimes militares e igualmente ampliou a competência da Justiça Militar trazendo uma nova categoria de crimes militares**. Ao lado da tradicional classificação dos crimes propriamente militares (aqueles previstos exclusivamente no CPM), contemplada na CF (art. 5º, LXI, *in fine*) e no CP (art. 64, II), e dos crimes impropriamente militares (aqueles que possuem igual definição no Código Penal Comum), **a referida Lei agora instituiu os crimes militares por extensão (aqueles previstos exclusivamente na legislação penal comum, isto é, no Código Penal (CP) e na legislação extravagante)**. (ROTH, 2018, grifo nosso).

Nessa perspectiva, pode-se encontrar uma nova proposta hermenêutica, em especial, no que concerne à caracterização do "crime militar de natureza hedionda".

Isso porque, imagine-se a seguinte hipótese: um militar atuando em atividade de garantia da lei e da ordem (em determinado Estado da Federação) tem a sua vida ceifada, brutalmente, em decorrência dessa operação, por um civil que atuava no tráfico de drogas. Nesse caso, por qual crime responderia o autor de tal prática?

Antes da alteração promovida pela Lei nº 13.491/2017 não havia muita discussão, aplicava-se o art. 205 do Código Penal Militar, tendo em vista que este era o único ponto de partida para a sua caracterização. Não havia outro caminho.

Ocorre que, não se pode encarar essa situação do mesmo modo que o homicídio praticado em circunstâncias "não operacionais" (homicídio clássico em que um militar mata outro companheiro de caserna), pois é evidente que o exemplo acima citado ostenta uma maior desvalia jurídica, mas, como já dito, antes da Lei nº 13.491/2017, não havia discussão.

Nesse diapasão, faz-se mister a realização de uma virada hermenêutica, alicerçada em princípios legais e constitucionais, para podermos buscar uma solução jurídica mais adequada, qual seja, fazendo-se o juízo de tipicidade

[96] ROTH, Ronaldo João. *Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17)*. Observatório da Justiça Militar Estadual, 2018.

formal e material no Código Penal Comum, com fulcro no art. 121, § 2º, VII, c/c o art. 9º do CPM.

Ora, não há dúvidas de que a norma ínsita no art. 121, § 2º, VII, do Código Penal é muito mais específica do que aquela disposta no art. 205 do CPM, entretanto não poderia ser ela aplicada, anteriormente, em razão de que não era possível fazer essa subsunção por ausência de amparo legal, restrição essa que não mais ocorre.

Nesse sentido, revela-se extremante admissível o emprego da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) na Justiça Castrense, criando-se, dessa forma, o que podemos chamar de "Crime Militar de Natureza Hedionda".

Isso em razão do que estabelece o art. 121, § 2º, VII, do Código Penal, *litteris*:

> Art. 121. Matar alguém: [...].
>
> § 2º Se o homicídio é cometido: [...];
>
> VII – **contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal**, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, **no exercício da função** ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)
>
> Pena – reclusão, de doze a trinta anos. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Logo, na hipótese retrocitada, na situação de ser praticado um homicídio contra integrantes das Forças Armadas (no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição), nas hipóteses do art. 9º do CPM, temos um crime de competência da Justiça Militar, mas não o descrito no art. 205 do Códex Castrense, mas sim o do art. 121, § 2º, VII, do Código Penal (homicídio qualificado).

Gize-se que, quando fazemos dessa forma, estamos a respeitar o Princípio da Legalidade, em sua vertente da Especialidade, pois não há qualquer dúvida de que, não obstante o disposto legal se encontre no Código Penal, ele é muito mais específico do que o ínsito no Código Penal Militar.

Portanto, ao aplicarmos, por exemplo, o art. 121, § 2º, VII, do Código Penal c/c o art. 9º do CPM, devemos utilizar, por esse motivo, também, a Lei de Crimes Hediondos que prevê, *litteris*:

> Art. 1º **São considerados hediondos** os seguintes crimes, **todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados**:

> I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e **homicídio qualificado** (**art. 121, § 2º**, incisos I, II, III, IV, V, VI e **VII**); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015). (BRASIL, 1990, grifo nosso).

A mesma lógica é aplicada para os casos em que há lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), cometidos em detrimento dos militares integrantes das Forças Armadas que se encontrem atuando no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição (art. 1º, I-A, da Lei nº 8.072/1990).

Dessa maneira, nos casos em que há a adequação dos fatos ao que estabelece o Código Penal (subsunção fato-norma), bem como ao que disposto no Código Penal Militar (art. 9º) e na legislação extravagante (Lei nº 8.072/1990), revela-se possível a caracterização do "Crime Militar Hediondo", a ser julgado e processado na Justiça Militar.

6 CONCLUSÃO

Neste momento, utilizo-me do seguinte excerto conclusivo[97], extraído de artigo intitulado "Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar", de minha autoria, publicado na Revista da ENAJUM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União), *litteris*:

> **Restou evidenciado que o legislador ordinário, ao alterar o Código Penal Militar, além de estabilizar as discussões jurídicas envolvendo os crimes dolosos contra a vida de civis**, consoante parágrafos inseridos no art. 9º, procurou, também, salvaguardar a hierarquia e a disciplina, pois, sabedor dos reflexos que poderiam advir da atuação das Forças Armadas em dias atuais, estabeleceu a competência da Justiça Especializada (conhecedora das peculiaridades da vida na caserna) para processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum e extravagante quando cometidos em circunstâncias especiais. [...]. **Entretanto, não se pode perder de vista, evidentemente, que algumas nuances ainda precisam ter suas arestas aparadas. Para isso, deve-se analisar cada caso concreto, pois, neste momento, determinar uma teoria jurídica a ser aplicada, indistintamente, pode ocasionar o estabelecimento de paradigmas inaplicáveis em algumas situações.** Noutro giro, **não podemos esquecer que o processo penal militar, conduzido pela Justiça mais antiga deste País, nunca se apartou do respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos e, muito menos, pode ser alcunhada de corporativa, mantendo-se**

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

> **incólume em seu papel constitucional de entregar à sociedade brasileira uma prestação jurisdicional justa e eficaz, e com a celeridade que lhe é peculiar**. (ARAUJO, pág. 155, grifo nosso).

Isso, pois não podemos perder de vista que o direito se encontra em contínua evolução, tanto no campo legislativo, quanto no campo doutrinário, necessitando, então, que seus intérpretes façam as respectivas adaptações hermenêuticas para que o convívio social (tutela dos bem jurídicos caros à vida na caserna) reste preservado.

Assim, podemos, guardando-se as devidas proporções, nos utilizar do mesmo modo interpretativo lecionado pelo Professor Robert Alexy (consoante artigo publicado pelos autores Rafhael Levino Dantas e Diogo Caldas Leonardo Dantas)[98], quando de seus esclarecimentos sobre a "lei de colisão", *verbis*:

> A ponderação, como exposto anteriormente, é o método proposto por Alexy para a solução do conflito entre princípios – e esse seria um dos critérios diferenciadores das regras. **Fundada na "lei de colisão", a antinomia entre princípios seria resolvida por meio da constatação de qual norma possui precedência no caso concreto. Segundo o autor, busca-se "definir qual desses interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto" [grifos do autor]. Diante disso, deve-se fazer um sopesamento (= ponderação) dos valores envolvidos na problemática em questão para se chegar à decisão mais consentânea com o Direito. Para tanto, Alexy defende a aplicação do que ele chama de "lei de colisão", que seria um mecanismo de solução do conflito de princípios.** Isto é resultado do comportamento dos princípios em confronto, hipótese em que um não deve ser declarado inválido e retirado do sistema, mas somente estabelecida uma solução de precedência condicionada, tendo em vista as circunstâncias presentes no caso concreto. A precedência é condicionada pelo fato de que somente existe diante de certas condições, não havendo, em abstrato, um peso maior de um princípio em relação a outro. A precedência incondicionada só existe quando se considera que um interesse em conflito com outro sempre terá maior peso, sendo, por isso, considerado "superior", independentemente do caso concreto. Dessa indeterminação da precedência em abstrato entre os princípios é que parte a ponderação para tentar solucionar o caso concreto. **Portanto, somente nas hipóteses em que há uma situação na qual, em abstrato, não se atribui um valor maior a determinado princípio, é que cabe o uso da ponderação, devendo o resultado só valer para o caso concreto sob exame**. (DANTAS; DANTAS, pág. 155, grifo nosso).

---

[98] DANTAS, Rafhael Levino; DANTAS, Diogo Caldas Leonardo. Teoria dos princípios e ponderação em Robert Alexy: posicionamentos na doutrina brasileira. In: *Revista Direito Público*. Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 51, maio/jun. 2013. p. 109-129.

Sob essa perspectiva, não se pode olvidar que o processo penal militar, conduzido pela Justiça mais antiga deste País, revela-se como caminho hábil para salvaguardar o arcabouço constitucional estabelecido na Carta Magna, de modo a proteger os direitos e garantias individuais do cidadão, mas também, a evitar uma proteção deficiente de bens jurídicos que são fundamentais para a conservação de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se está a falar no cometimento de crime hediondo.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto- Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102.087/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3815995>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* nº 27-34.2016.7.00.0000/RJ. Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2016/180/10357416/ 10357416.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. Projeto de Lei nº 846/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1049380>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. Pesquisas. Projeto de Lei da Câmara n° 19, de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120427>. Acesso em: 22 set. 2018.

DANTAS, Rafhael Levino; DANTAS, Diogo Caldas Leonardo. Teoria dos princípios e ponderação em Robert Alexy: posicionamentos na doutrina brasileira. In: *Revista Direito Público*. Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 51, maio/jun. 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Coordenador Pedro Lenza. *Legislação penal especial*. Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da justiça militar (Lei 13.491/17). Observatório da Justiça Militar Estadual. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/20/Os- delitos-militares-por-extens%C3%A3o-e-a-nova-compet%C3%AAncia-da- justi%C3%A7a-militar-Lei-1349117>. Acesso em: 13 mai. 2018.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar* – Comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

_____



JURISPRUDÊNCIA



Agravo Interno

AGRAVO INTERNO Nº 7000187-66.2018.7.00.0000

Relator: Min. Dr. José Barroso Filho.

Agravante: Ministério Público Militar.

Agravados: Herman Rubens Walenkamp, Roberto Jorge Rita Fracassi, Sérgio Giorgio Rita Fracassi, Amilton de Albuquerque Santos.

Advogados: Roberto Fazolino Barroso, Carlos Aureliano Motta de Souza, Patrícia Pereira Lopo, Daniel Girardi Barroso, João Estenio Campelo Bezerra, Guilherme Capriata Vaccaro Campelo Bezerra, Ursula Suaid Porto Guimarães Borges, Vanessa Pereira de Sousa Calderon, Fabianne Raissa da Fonseca, José Cecílio Busquet Sant'anna, André Luiz Hespanholl Tavares.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RÉUS NÃO DETENTORES DE PRERROGATIVA DE FORO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESMEMBRAMENTO DO FEITO POR DECISÃO DO MINISTRO-RELATOR. INCONFORMISMO DO MPM. AGRAVO REJEITADO. UNÂNIME.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o desmembramento do feito, em relação aos Denunciados que não possuem prerrogativa de foro, **é a regra a prevalecer**, admitindo-se, apenas, excepcionalmente, a atração do julgamento de corréus, em ação penal originária, *quando a separação puder causar prejuízo relevante à tramitação do processo*.

Nesse diapasão, cumpre enfatizar que o desmembramento do feito traz a força normativa da Constituição Federal de 1988 (Konrad Hesse), pois, aplicando ao caso o princípio do Juiz Natural, consequentemente, dar-se-á relevância aos princípios constitucionais

do duplo grau de jurisdição, bem como do contraditório e o da ampla defesa.

Enfatize-se que, embora não se trate de caso complexo e com grande número de denunciados, o desmembramento é medida que se impõe, à luz de juízo de ponderação de valores, com espeque no princípio constitucional do Juiz Natural, bem como pelo fato de que tal ato não trará qualquer prejuízo à instrução processual.

Frise-se que a norma descrita no art. 100, alínea a, c/c o art. 102, ambos do CPPM, que determina a unidade do processo nos casos de conexão e continência, sendo de caráter infraconstitucional, não se sobrepõe ao princípio constitucional do Juiz Natural.

Agravo rejeitado. Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou o presente Agravo Interno, nos termos do voto do Relator Ministro José Barroso Filho. Declarou-se impedido o Ministro Cleonilson Nicácio Silva, na forma do art. 144 do RISTM. O Ministro William de Oliveira Barros não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 4/4/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, contra a Decisão deste Ministro-Relator, de 15 de fevereiro de 2018, que deferiu o pleito da Defesa dos Réus civis Roberto Jorge Rita Fracassi e Sérgio Giorgio Rita Fracassi, determinando o desmembramento da Ação Penal Originária nº 271-94.2015.7.00.0000, em relação aos Corréus sem prerrogativa de foro.

1. FATOS

O Procurador-Geral da Justiça Militar ofereceu Denúncia em desfavor dos acusados Major Brigadeiro do Ar R1 Herman Rubens Walenkamp, Major da Aeronáutica R1 Amilton de Albuquerque Santos, e dos civis Roberto Jorge

Rita Fracassi e Sérgio Giorgio Rita Fracassi por irregularidades ocorridas na fiscalização de contratos de prestação de serviços, no âmbito da Diretoria de Engenharia da Aeronáutica (DIRENG).

Consoante os fatos descritos na Denúncia, a Procuradoria requereu a condenação:

– do Maj Brig RRm Aer Herman Rubens Walekamp, dando-o como incurso no art. 312, c/c o art. 80, ambos do CPM;

– do Maj RRm Aer Amilton de Albuquerque Santos, como incurso no art. 312, c/c o art. 80, e art. 308, § 1º, todos do CPM; e

– dos Civis Roberto Jorge Rita Fracassi e Sergio Giorgio Rita Fracassi, como incursos no art. 312, c/c o art. 80, e art. 309, parágrafo único, todos do CPM.

A Denúncia considerou, ainda, o disposto no art. 53 do CPM, no tocante ao delito tipificado no art. 312 do CPM, sob o argumento de que agiram em comunhão de desígnios e propósitos (fls. 2.1-1/2.1-22).

À época, o Maj Brig R1 Herman Rubens Walenkamp ocupava o cargo de Diretor de Engenharia e de Ordenador de Despesas; o Maj R1 Amilton de Albuquerque Santos era o Presidente da Comissão de Fiscalização dos Contratos realizados pela empresa PRESCON – Projetos Estruturais e Construções Ltda., contratada para a execução de obras nas Organizações Militares da Aeronáutica, em diversas localidades do território nacional, cujos sócios administradores são os Civis denunciados.

A Denúncia foi recebida em 4 de abril de 2016 (fls. 6/14).

Até o presente momento da instrução processual, foram ouvidas as Testemunhas arroladas na Denúncia e as Testemunhas de defesa, todas mediante a expedição de Cartas de Ordens e Precatórias.

A Defesa dos Réus Sérgio Giorgio Rita Fracassi e Roberto Jorge Rita Fracassi pleiteou o desmembramento do feito, alegando ausência de conexão entre as condutas de ambos e os fatos imputados ao Maj Brig Ar Herman Rubens Walenkamp; fundamentaram o pleito com base em precedentes do STF, sob o enfoque de que o desmembramento do processo constitui a regra, em situações similares (fls. 833/881).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar pugnou pelo indeferimento do pleito, sob o argumento de estar preclusa a pretensão da Defesa dos civis; que o acolhimento retardaria a marcha processual; e que o feito possui número reduzido de Réus, não lhe conferindo complexidade (fls. 885/887).

Em Decisão de 15 de fevereiro de 2018, foi deferido o referido pedido, determinando o desmembramento do feito em relação aos civis Sergio Giorgio

Rita Fracassi e Roberto Jorge Rita Fracassi, bem como em relação ao Maj Aer Amilton de Albuquerque Santos, com fulcro no art. 106, alínea *c*, do CPPM, c/c o art. 12, inciso I, do RISTM, para que os Réus sejam processados e julgados perante o Juízo da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, mantendo a competência do STM para processar e julgar, originariamente, tão somente o Maj Brig Ar Herman Rubens Walenkamp.

Os fundamentos jurídicos da Decisão se basearam, principalmente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que fixou o entendimento de ser o desmembramento a regra; também, no princípio constitucional do Juiz Natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988), considerando, ainda, que tal ato não trará qualquer prejuízo à instrução processual (evento 6 do e-Proc).

2. AGRAVO INTERNO

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar foi intimada da referida Decisão em 26 de fevereiro de 2018 (evento 10). Inconformada, interpôs o presente Agravo Interno aos 5 de março seguintes (evento 23).

Em suas razões, aduz, *in verbis*:

> Não se desconhece que o posicionamento atual da Suprema Corte é o de que a regra é o desmembramento do feito em relação a réus ou investigados, que não detêm a prerrogativa do foro em razão da função.
>
> Entretanto, o caso sob análise, em razão de os fatos estarem de tal forma interligados, enquadra-se justamente na exceção: aqui há necessidade de julgamento de todos os agentes perante o Superior Tribunal Militar, **sob pena de prejuízo à prestação jurisdicional**.
>
> As condutas atribuídas aos requerentes, ao Maj AMILTON e ao oficial-general **não são independentes entre si, e tampouco autônomas**, porquanto estreitamente ligadas, revelando-se conexas material e instrumentalmente.
>
> Como visto, o delito de falsidade ideológica foi imputado aos requerentes por terem eles emitido notas fiscais ideologicamente falsas, **em concurso com o militar detentor do foro por prerrogativa de posto**. Além disso, foram coautores da confecção dos atestes falsos referentes àquelas notas, cuja autoria igualmente foi atribuída ao oficial-general.
>
> (...)
>
> Com efeito, a prolação da sentença quanto à imputação do delito de falsidade ideológica, necessariamente, **irá pressupor um juízo da própria materialidade do crime**, e não apenas com relação à autoria.
>
> E, considerando-se que **a todos os denunciados foi atribuída a prática do falso**, não há dúvida de que a remessa do feito para processo e julgamento dos requerentes e do Maj AMILTON à primeira instância poderá gerar **decisões conflitantes inclusive em relação à própria**

configuração da falsidade, o que acarretaria evidente prejuízo à prestação jurisdicional.

É dizer, prevalecendo a decisão de desmembramento, poderá ocorrer de o órgão julgador de primeiro grau entender ter havido um ateste falso, por exemplo, e, em relação a esse mesmo documento, o Superior Tribunal Militar considerá-lo legítimo, e vice-versa, a caracterizar uma situação de **flagrante insegurança jurídica**.

Assim, não se sustenta, com vênias reiteradas, o fundamento da decisão ora agravada no sentido de que "o desmembramento do feito não causará prejuízo para o andamento processual".

Raciocínio semelhante pode ser impresso no que se refere ao delito de corrupção, que **ocorreu para assegurar a continuidade do esquema criminoso** que envolvia a aprovação das medições e dos reequilíbrios indevidos mediante as falsidades levadas a efeito nas notas fiscais e nos boletins de medição, ainda que este crime não tenha sido imputado ao militar detentor do foro por prerrogativa de posto.

Tal cenário é suficiente para demonstrar a necessidade da permanência do feito nesta instância para processamento e julgamento de todos os denunciados, diante da indissociabilidade dos fatos a eles imputados.

Não o bastante, conforme é cediço, um dos aspectos que justifica a separação dos processos é justamente quando se está diante de feito complexo, situação que **não condiz com a dos autos**.

Aliás, o próprio Ministro Relator destacou em sua decisão que o feito não guarda complexidade nem apresenta "grande número de denunciados", pelo que se pode concluir que concordou com o MPM neste ponto.

Ademais, a hipótese dos autos se amolda à alínea *a* do art. 100 Código de Processo Penal Militar, que estabelece que haverá **continência** "quando duas ou mais pessoas forem acusadas da mesma infração", situação que **determina a unidade dos processos como regra**, de acordo com o *caput* art. 102 do mesmo diploma legal: "A conexão e a continência determinará a unidade do processo".

É certo que este último dispositivo prevê, em suas alíneas, exceções àquela regra (concurso entre a jurisdição militar e a comum, e no caso de concurso entre jurisdição militar e a do Juízo de Menores), mas o caso concreto, como se contata, **nelas não se encaixam**.

Ou seja, o processo sob análise amolda-se integralmente à regra prevista no art. 102 do Código de Processo Penal Militar, **que determina a unidade do processo**. (...).

Pede, ao final, o provimento do Agravo, caso não haja reconsideração da Decisão, a fim de que o processo tramite, em sua integralidade, neste Tribunal.

3. JUÍZO DE RETRATAÇÃO

A Decisão impugnada foi mantida, consoante o Despacho proferido, em 9 de março de 2018, considerando inexistirem motivos ou fatos novos hábeis a provocar a modificação da Decisão recorrida.

Razão pela qual, dessa forma, submete-se o Agravo Interno ao julgamento do Plenário, *ex vi* do art. 118, § 2º, do RISTM.

Considerando que o presente Agravo Interno foi interposto pelo insigne Procurador-Geral de Justiça Militar, aplicando-se um raciocínio lógico-jurídico, entendi ser desnecessário abrir vista para a douta PGJM, conforme prevê o art. 118, § 1º, por analogia com a dinâmica processual descrita no art. 126, ambos do RISTM.

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso é tempestivo, *ex vi* do art. 118, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), e preenche os demais requisitos para sua admissibilidade, merecendo ser conhecido. **Quanto ao mérito, o presente Agravo deve ser rejeitado**.

A questão controversa está adstrita, basicamente, à defesa do entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, que pugna pela reunião do julgamento dos demais Corréus, não detentores de prerrogativa de foro, enfatizando a suposta existência de continência/conexão entre as condutas, especificamente, quanto à prática do delito tipificado no art. 312 do CPM, com fulcro no art. 100, alínea *a*, c/c o art. 102 do CPPM.

Ad argumentandum, enfatize-se que, *in casu*, até o presente momento, a instrução processual – **que se encontra na fase de oitiva das últimas Testemunhas indicadas pela Defesa** – não revelou, de forma contundente, a autoria mediata do Maj Brig Herman no tocante à prática do crime de falsidade ideológica, conforme descrito na Denúncia.

Tal situação, num juízo de cognição sumária, em tese, aparenta indicar pelo afastamento de qualquer hipótese de existência de continência/conexão.

Ademais, acresce-se ainda, o fato de que, mesmo que existisse a continência/conexão, tal circunstância não seria suficiente para mudar a regra de desmembramento do feito, porquanto as normas supracitadas não se sobrepõem ao princípio do Juiz Natural, conforme se verá adiante.

1. A prevalência do princípio constitucional do Juiz Natural

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o desmembramento do feito, em relação aos Denunciados que não possuem prerrogativa de foro, é a regra a prevalecer,

admitindo-se apenas, excepcionalmente, a atração do julgamento de corréus, em ação penal originária, ***quando a separação puder causar prejuízo relevante à tramitação do processo***.

Nesse diapasão, impõe-se citar precedente da Segunda Turma da Excelsa Corte, julgado em 20 de junho de 2017, de relatoria do eminente Ministro Edson Fachin, *in verbis*:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. TERMOS DE DEPOIMENTO PRESTADOS EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO À AUTORIDADE OCUPANTE DE CARGO COM FORO POR PRERROGATIVA NESTA SUPREMA CORTE. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. JUÍZO PREVENTO. CONEXÃO DOS FATOS COM OPERAÇÃO DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ANÁLISE APROFUNDADA INVIÁVEL. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.
>
> 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a adotar como regra o desmembramento dos inquéritos e ações penais originárias no tocante a co-investigados ou corréus não detentores de foro por prerrogativa de função, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a atração da competência originária quando se verifique que a separação seja apta a causar prejuízo relevante, aferível em cada caso concreto**. (grifo nosso).
>
> (...)
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental na Petição nº 6727/DF) (grifo nosso).

No tocante ao princípio constitucional do Juiz Natural, previsto expressamente no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, citam-se os fragmentos da ementa do percuciente voto exarado pelo eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus nº 81.963-0/RS, *in verbis*:

> (...) **O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.**
>
> – **o princípio da naturalidade do juízo** representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas **que conformam** a própria atividade legislativa do Estado **e condicionam** o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, **notadamente** quando exercidas em sede judicial.
>
> **O postulado do juiz natural**, em sua projeção político-jurídica, **reveste-se de dupla função instrumental**, pois, **enquanto garantia indisponível**, tem, por titular, **qualquer** pessoa **exposta**, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, **enquanto limitação insuperável,**

> representa **fator de restrição** que incide sobre os órgãos do poder estatal **incumbidos** de promover, judicialmente, a repressão criminal.
>
> – **É irrecusável**, em nosso sistema de direito constitucional positivo – **considerado o princípio do juiz natural** – que **ninguém** poderá ser privado de sua liberdade **senão** mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. **Nenhuma pessoa**, em consequência, **poderá ser subtraída ao seu juiz natural.** A nova Constituição do Brasil, **ao proclamar** as liberdades públicas – **que representam** limitações expressivas aos poderes do Estado – **consagrou**, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "**ninguém** será processado nem sentenciado **senão** pela autoridade competente". (...) (segunda Turma, 18/6/2002) (grifo do autor).

Ademais, conforme se observa, os fundamentos jurídicos dos precedentes analisados buscam dar realce ao princípio constitucional do Juiz Natural, segundo julgado da Primeira Turma do STF a seguir ementado, *in verbis*:

> INQUÉRITO – PRERROGATIVA DE FORO – DESMEMBRAMENTO. **A racionalidade dos trabalhos do Judiciário direciona ao desmembramento do inquérito para remessa à primeira instância, objetivando a sequência no tocante aos que não gozem de prerrogativa de foro, preservando-se, com isso, o princípio constitucional do juiz natural**. (Agravo Regimental no Inquérito nº 2.116/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, primeira Turma, 2/12/2014) (grifo nosso).

2. Importância do desmembramento do feito

Nesse diapasão, cumpre enfatizar, também, que o desmembramento do feito traz a força normativa da Constituição Federal de 1988 (Konrad Hesse), pois, aplicando-se ao caso o princípio do Juiz Natural, consequentemente, dar-se-á relevância aos princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, bem como do contraditório e o da ampla defesa.

Porquanto, *in casu*, o desmembramento do feito não traz qualquer prejuízo para o andamento processual, mormente em se tratando da fase em que se encontra: de realização das oitivas das testemunhas de defesa.

Frise-se, também, que as oitivas de todas as testemunhas já foram realizadas pelo Juízo de primeiro grau, por meio de cartas de ordem/precatória.

Também, cabe esclarecer que o desmembramento não retardará a marcha processual, de modo a ocasionar a prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que o ato de recebimento da Denúncia interrompeu o curso da prescrição.

Ademais, ambos os feitos (ação penal originária e a ação penal militar) seguirão, normalmente, os seus cursos.

Enfatize-se que, embora não se trate de caso complexo e com grande número de denunciados, o desmembramento é medida que se impõe, à luz de juízo de ponderação de valores, com espeque no princípio constitucional do Juiz Natural, bem como pelo fato de que tal ato não trará qualquer prejuízo à instrução processual.

A alegação do douto Procurador de que as condutas do Major Amilton e a do Réu com prerrogativa de foro não são independentes, mas conexas, também não é suficiente para afastar o desmembramento, porquanto o instituto maior que dá amparo à Decisão recorrida tem natureza constitucional.

Frise-se que as normas descritas no art. 100, alínea *a*, c/c o art. 102, ambos do CPPM, que determinam a unidade do processo nos casos de conexão e continência, sendo de caráter infraconstitucional, não se sobrepõem ao princípio constitucional do Juiz Natural.

Quanto à alegação do ora recorrente de que a prevalência da decisão de desmembramento caracterizará uma situação de insegurança jurídica, também, não deve prosperar, tendo em vista que eventual desconformidade jurisdicional poderá ser solucionada pelas vias recursais ordinárias.

Nesse sentido, cita-se o precedente do Pretório Excelso, *in verbis*:

> EMENTA. Agravo regimental. Inquérito. Investigado sem prerrogativa de foro junto à Suprema Corte. Desmembramento. Questão de ordem suscitada por integrante da Turma no julgamento de outro recurso. Rejeição. Posterior cisão ordenada, monocraticamente, pelo Relator. Admissibilidade. Inexistência de preclusão para o Relator. Inteligência do art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Ausência de ofensa ao princípio da colegialidade. Submissão da matéria, ademais, ao colegiado, pela via do agravo interno. Excepcionalidade da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Ausência de formação da *opinio deliciti* da Procuradoria-Geral da República em relação o detentor de prerrogativa de foro. **Alegada possibilidade de acusações distintas, a pretexto de que a formação da *opinio delicti* ficará a cargo de diferentes membros do Ministério Público Federal. Irrelevância. Consequência necessária do princípio do juiz natural. Possibilidade de correção de eventuais excessos de acusação pelas vias recursais apropriadas ou em sede de *habeas corpus*.** Recurso não provido. (grifo nosso)
>
> 1. A negativa de desmembramento do feito, em questão de ordem rejeitada pelo Colegiado, não importou em preclusão da matéria para o relator, diante da natureza *rebus sic stantibus* daquela decisão.
>
> 2. Não houve ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que o relator pode determinar o desmembramento de inquéritos ou ações penais, com fundamento no art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, a própria interposição de agravo interno contra a decisão de desmembramento submete a controvérsia à Turma julgadora, de modo a concretizar o princípio em questão.

4. **O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade daquela prerrogativa, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante**. Precedentes (grifo nosso).

5. Na espécie, o desmembramento foi ordenado após a realização das principais diligências, as quais poderiam restar infrutíferas se houvessem de ser coordenadas em diversas instâncias.

6. Exauriu-se, portanto, a necessidade da unidade da investigação, cuja manutenção vinha gerando prejuízos ao bom andamento do inquérito, dados a complexidade dos fatos e o elevado número de investigados.

7. **A imbricação de condutas, em razão de conexão ou continência (arts. 76 e 77, CPP), com fatos imputados a Senador da República não é suficiente para atrair o agravante à Suprema Corte, haja vista que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente** (grifo nosso).

8. Irrelevante que a Procuradoria-Geral da República ainda não tenha formado a *opinio delicti* em relação às condutas em tese praticadas pelo titular de prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a faculdade de se determinar o desmembramento do inquérito a tanto não está condicionada.

9. O fato de a formação da *opinio delicti* ficar a cargo de diferentes membros do Ministério Público Federal, como aduz o agravante, em nada interfere no desmembramento do feito, por se tratar de uma consequência necessária do princípio do juiz natural, anotando-se que eventuais excessos de acusação que prejudiquem o agravante poderão ser corrigidos pelas vias recursais apropriadas ou em sede de *habeas corpus*.

10. **Não se vislumbra, em razão da cisão do feito, a possibilidade de prejuízo relevante para a persecução penal ou para a defesa do agravante, que poderá exercê-la, de forma ampla, perante seu juízo natural**.

11. Agravo regimental não provido. (Sexto Agravo Regimental no Inquérito nº 3842/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, segunda Turma, 15/12/2015) (grifo nosso).

Portanto, diante da importância do princípio constitucional do Juiz Natural, deve-se interpretar restritivamente a atração de julgamento de corréu que não tenha prerrogativa de foro, levando-se em consideração, principalmente, a possibilidade de prejuízo no caso concreto.

Com efeito, a Decisão recorrida deve ser mantida, porquanto não se vislumbra qualquer prejuízo na prestação jurisdicional.

Por fim, embora o pedido de desmembramento do processo tenha sido feito pelos Réus Sergio Giorgio Rita Fracassi e Roberto Jorge Rita Fracassi, estendem-se os efeitos da Decisão ao corréu Major Amilton de Albuquerque Santos, por consequência lógico-jurídica, ante os fundamentos ora expendidos.

Ante o exposto, rejeito o presente Agravo Interno para manter na íntegra a Decisão 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 do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, **unanimidade** de votos, em rejeitar o Agravo Interno, nos termos do voto do Relator Ministro José Barroso Filho.

Brasília, 4 de abril de 2018 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

_____



Apelação

APELAÇÃO Nº 0000003-94.2016.7.10.0010

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes: Ministério Público Militar e Jair Santos de Souza.

Apelados: Ministério Público Militar e Jair Santos de Souza.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU E MPM. ARTIGOS 160 E 298 DO CPM. DESRESPEITO A SUPERIOR E DESACATO A SUPERIOR. PRELIMINAR DEFENSIVA. NULIDADE DA SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO A SUPERIOR PARA O DE DESRESPEITO A SUPERIOR SEM MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. VEDAÇÃO AO *SURSIS* EM RAZÃO DA DESCLASSIFICAÇÃO. SÚMULA Nº 5 DO STM. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DA SITUAÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO, QUANDO DA DEFINIÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA, POR MEIO DO PRECEITO SANCIONADOR DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. INVIABILIDADE DE PREDIÇÃO DA PENA. PRELIMINAR REJEITADA. UNANIMIDADE. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O ACUSADO NÃO GOZAVA DE SUA PLENITUDE MENTAL. LAUDO PERICIAL A INDICAR ENTENDIMENTO E AUTODETERMINAÇÃO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. IMPUTABILIDADE NÃO COMPROMETIDA. DOLO EVIDENCIADO. ARTIGO 88 DO CPM. RECEPÇÃO PELA CRFB/1988. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDOS. UNANIMIDADE.

1. O benefício de que trata a Súmula nº 5 desta Corte deve ter sua aferição circunscrita ao momento em que o julgador subsome o fato à Lei, tendo-se por referência estritamente o *quantum* das penas atribuídas aos crimes em abstrato, observados por meio do preceito secundário do tipo penal.

2. Incabível exigir que o julgador antecipe seu juízo acerca da dosimetria da pena, antes mesmo de determinar por qual crime o acusado será condenado, no intuito de identificar qual seria a situação mais benéfica.

3. A inopinada desclassificação do crime de desacato a superior para o de desrespeito a superior não afronta a Súmula nº 5 da Corte Castrense, pelo contrário, ampara-se justamente no permissivo nela encartado. Preliminar rejeitada. Unanimidade.

4. Diante de resultado de perícia constante nos autos a indicar a culpabilidade do jurisdicionado, bem como em vista da preclusão da matéria, vez que submetida ao conselho julgador de primeiro grau, não pode, em sede de apelo, o Tribunal declarar a inimputabilidade do acusado, quando ausente fato novo que conduza a essa conclusão.

5. Militar que, livre e conscientemente, desafia a autoridade de seu superior hierárquico, durante solenidade, na presença de seus pares, em razão de ordinária cobrança inerente à vida castrense, comete, dolosamente, o crime de desacato a superior e não o de desrespeito a superior.

6. O emprego de palavras aviltantes de baixo calão no trato com militar mais antigo, no intento de impedir o cumprimento regular de ordem emanada pelo Comandante da Organização Militar a que serve, constitui, igualmente, desacato a superior.

7. Conforme a jurisprudência desta Corte Castrense, o artigo 88 do Código Penal Militar não ofende nenhum dos preceitos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

8. Preliminar rejeitada. Unanimidade. Apelos conhecidos e parcialmente providos.

Unanimidade.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade da Sentença, por cerceamento de defesa, arguida pela Defensoria Pública da União. **No mérito**, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento parcial às Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União para, reformando a Sentença, condenar o 2° Sgt Ex Jair Santos de Souza como incurso, por duas vezes, no crime de desacato

a superior (artigo 298 do CPM), em continuidade delitiva, à pena final de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, cujas condições foram estabelecidas pela Sentença, fixando, ainda, o regime aberto no caso de eventual cumprimento de pena, na forma do artigo 33, § 2°, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Augusto de Sousa.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Clauro Roberto de Bortolli. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Os Ministros Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 10/5/2018).

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar perante a Auditoria da 10ª CJM denunciou o 2º Sgt Ex JAIR SANTOS DE SOUZA pela prática, por duas vezes, do crime previsto no art. 298 do CPM.

Narra a exordial acusatória (fls. 2/6, vol. 1), em síntese, que, no dia 2/9/2015, por volta das 9h30, momento em que ocorria uma reunião comemorativa do aniversário do Diretor do Hospital Geral de Fortaleza (HGeF), o Acusado teve a atenção chamada pelo Maj ALEXSANDRO RÉGIS VIEIRA DE LIMA, em virtude de a referida Praça não ter cortado as suas costeletas. Ato subsequente, o Acusado "desviou o olhar e fechou a cara", pelo que novamente o Oficial repetiu o que havia dito, o que foi respondido com as seguintes palavras: "Major estou de saco cheio do Senhor!". Após, o Acusado abriu os braços e dirigiu-se ao Oficial e, em tom alto e ameaçador, lhe disse "o que você quer?".

O Oficial então lhe alertou: "Jair, baixa a bola, pois você está falando mais alto do que eu!", pelo que o Acusado, mantendo seu alto timbre de voz, virou-se para a caixa do disjuntor e esmurrou-a por vezes, danificando-a e, inclusive, fazendo o Diretor, que falava ao microfone, interromper sua fala por alguns instantes, em função do intenso barulho causado pelo Acusado.

Consta ainda da denúncia que o Acusado apontou para o Ten Cel REFLANDES e indagou ao Maj ALEXSANDRO RÉGIS VIERIA DE LIMA "porque o Sr. não manda o Coronel cortar o cabelo e as costeletas?" afirmando em seguida, "totalmente transtornado", que estava "de saco cheio" daquela

situação e que merecia respeito, uma vez que não era um recruta, mas um 2º Sgt. Após retornar à sua residência, por volta das 15h do mesmo dia, o Acusado, ao ser informado de que deveria voltar ao HGeF, disse ao 1º Sgt TAVARES, o qual era acompanhado na ocasião pelo Sgt L. MOREIRA e pelo Sd RÔMULO, "Tavares, você é falso e covarde, pula aqui e vem me buscar caralho!".

A denúncia foi recebida no dia 2/3/2016 (fls. 8/9, vol. 1), sendo o Acusado devidamente citado (fl. 16, vol. 1).

Em 14/3/2016, a Defesa requereu o deslocamento do interrogatório do Acusado para o fim da instrução, com a utilização subsidiária da legislação comum (fls. 29/36, vol. 1), o que foi deferido pelo Conselho de Justiça, no dia 15/3/2016 (fls. 49/51, vol. 1).

O **1º Ofendido**, Maj ALEXSANDRO REGIS VIEIRA DE LIMA (fls. 37/39, vol. 1), declarou:

> (...) que duas semanas antes do fato chamou a atenção do Acusado para que cortasse o cabelo e diminuísse as costeletas; que por ocasião do evento com o Diretor do Hospital, presentes todas as testemunhas citadas na denúncia, o depoente interpelou o Acusado perguntando se ele não iria cortar o cabelo; que em seguida o militar virou o rosto e não deu atenção a sua ordem; que, então, o depoente falou o seguinte: "Jair é para você cortar o cabelo, eu não estou brincando, você deve se apresentar na tesouraria com o cabelo cortado, se não eu vou lhe dar um Formulário de Apuração Transgressão Disciplinar (FATD)"; que na sequência, o Acusado abriu os braços, seguiu na direção do depoente, e perguntou: "o que é que você quer?"; que bradou os termos em voz alta, inclusive, fazendo com que o Diretor pausasse a sua fala dirigida ao público, no saguão do Hospital; que esse fato ocorreu ao lado do local em que o Diretor fazia uso da palavra; (...) que não se recorda ao certo qual foi o momento em que o Acusado dirigiu-se ao depoente, dizendo para que o próprio depoente mandasse o Ten Cel Reflandes cortar o cabelo; que o depoente informou ao Acusado que não poderia dar essa ordem, pois ele era Ten Cel e o depoente Major; que informou ao Réu que a ordem estava sendo dada ao próprio Réu; que o Ten Cel Reflandes estava a cerca de 5 ou 10 metros; que o depoente resolveu sair do local para evitar problema maior, tendo em vista que o Acusado continuou à sua frente, estando apenas entre o Ten Cel Couto; que no momento em que foi admoestado pelo depoente para cortar as costeletas, o Acusado esmurrou uma caixa de disjuntor metálica que se encontrava no corredor; que não houve contato físico entre o depoente e o Acusado; **que não houve xingamento por parte do Acusado**; (...) que o Acusado não trabalha diretamente com o depoente; que é dever de todo militar cobrar apresentação individual; que não houve outro momento anterior ao já declinado, que o depoente teria alertado o Acusado a respeito de apresentação individual; (...) que **no momento em que o Acusado abriu os braços e se dirigiu ao depoente, acredita que foi apenas um gesto desrespeitoso, mas que provavelmente não chegaria à**

> **agressão efetiva, que pela proximidade, o Acusado poderia ter agredido o depoente, mas não o fez** (...); que apenas tem conhecimento de que o Réu apresentava-se constantemente dispensado das atividades diárias; que não sabe precisar se o Réu foi dispensado neste dia dos fatos por questão de saúde, mas sabe que ele foi liberado para ir para a sua residência (...). (Grifei).

O **2º Ofendido**, Sub Ten MARCELO TAVARES PINHEIRO (fls. 40/42, vol. 1), declarou:

> (...) que o Ten Cel Reflandes e o Ten Mirandela ordenaram ao depoente e ao Sgt L. Moreira, além do motorista Sd Rômulo, para que fossem até a residência do Acusado e informassem que ele deveria retornar ao quartel tendo em vista que o Ten Cel Reflandes queria falar com ele, e que a dispensa médica não estaria homologada; que chegou à casa do Acusado por volta das 15h30; que foram atendidos pelo filho do Acusado, o qual abriu uma portinhola, que ficava no portão de ferro; que os militares da escolta se identificaram; que o filho do Acusado, então fechou a portinhola e após cerca de 5 minutos, o Sgt Jair apareceu na portinhola para falar com os militares; que o Sgt L. Moreira explicou os motivos pelos quais o Acusado deveria retornar ao quartel; que, nesse momento, a conversa foi branda e tranquila; que percebeu a recalcitrância do Acusado, que falou expressamente que não iria retornar ao quartel; que notou, ainda, que o Sgt L. Moreira deixou de relatar a questão da dispensa médica sem homologação; que interferiu na conversa, explicando novamente os motivos da sua ida, alertando especialmente sobre o fato de que o Acusado não estar com dispensa médica homologada; que o Acusado bateu a portinha com toda a força, esmurrando por duas vezes o portão de ferro, esbravejando em tom alto; que não se recorda exatamente as palavras proferidas, mas lembra-se de que **o Réu falou o seguinte:** "**Tavares safado, sem vergonha, pau mandado**"; que proferiu várias frases de atiçamento, nos seguintes termos: "**pule o muro; quero ver, agora; vem, vem, vem, entre aqui**"; que o tom de voz era muito exacerbado, muito alterado; que na sequência o Acusado esmurrou por mais duas vezes o portão da garagem, (...); que percebeu novamente o Acusado desafiando o depoente, dizendo: "vem, vem"; (...) que não percebeu outras pessoas no local que pudessem eventualmente ter presenciados fatos; que os fatos ocorreram na calçada externa da rua em que ficam as casas da Vila Militar; (...) que a escolta não foi armada e que não tinha finalidade trazer à força; que a ordem foi expressa no sentido de que ele deveria retornar à Unidade (...). (Grifei).

A **1ª Testemunha**, Ten Cel PLÁCIDO HERLANIO COUTO NORMANDO (fls. 43/44, vol. 1), declarou:

> (...) que ao início da fala do Diretor do Hospital, no referido evento, ouviu uma batida forte, vinda da direção próxima ao local em que ficava uma caixa de disjuntores; que estava a cinco metros do local; que após alguns segundos ouviu nova batida; que, em seguida,

> percebeu nova batida, momento em que o Diretor do Hospital interrompeu sua fala para identificar o que estava acontecendo; que na sequência, o depoente **viu o Sgt Jair abrir os braços na direção do Maj Alexsandro; que o Sgt Jair disse o seguinte**: "**Maj Alexsandro já estou de saco cheio dessa situação!**"; que nesse momento o depoente interveio e se posicionou de costas para o Maj Alexsandro e de frente para o Sgt Jair; que pediu para que parassem com a discussão e que o Sgt Jair se dirigisse ao Setor de Pronto Atendimento, que ficava em lado oposto à direção em que ele seguia; que o Maj Alexsandro colocou as mãos para trás e falou: "Jair, você está louco! Você está vendo o que você está fazendo?"; que nesse momento o depoente interveio novamente para que o Acusado se afastasse do local; que, não obtendo êxito, dirigiu-se ao Maj Alexsandro para que ele se calasse e fizesse tudo por escrito; que nesse mesmo momento o Sgt Weyne também estava afastando o Sgt Jair da contenda; que, após o ocorrido, viu o Maj Alexsandro afastando-se do local e o Sgt Jair teria permanecido no próprio local (...). (grifei).

A **2ª Testemunha**, 2º Sgt WEYNE BEZERRA RODRIGUES (fls. 45/46, vol. 1), declarou:

> (...) que o Maj Alexsandro aproximou-se do local em que estavam; que o Sd Pimentel, em tom de brincadeira, alertou ao Maj Alexsandro sobre o topete do cabelo do Sd Silva Filho; que nesse momento o Maj Alexsandro dirigiu-se ao Sgt Jair e perguntou por que ele não teria cortado o cabelo e a costeleta; que então o Sgt Jair indagou ao Major: "por que o senhor não manda o Ten Cel Reflandes cortar o cabelo?"; que o Major retrucou: "Jair, agora estou falando como Major e você como Sargento. Você vai cortar o cabelo e se apresentar a mim na Tesouraria"; que o Sgt Jair se exaltou e **perguntou o que é que o Major tinha contra ele**, **que ele estava cheio de problemas**; que em seguida **o Acusado deu um soco na caixa do disjuntor**; que o Ten Cel Couto interveio e pediu que o Sgt Jair se retirasse; que **o Sargento não atendeu à ordem e levantou os braços, gesticulando, perguntando o que o Major tinha contra ele**; que o Major pediu para o Sargento Jair falasse mais baixo; que nesse momento o Sgt Jair deu uma segurada; **que não se lembra de ter o Acusado xingado o Major**; que não tem conhecimento do quadro atual de saúde ou de acompanhamento médico do Acusado. (...) que **uma semana antes presenciou o Major Alexsandro advertindo o Sgt Jair para cortar o cabelo e as costeletas**; que isso ocorreu na emergência do próprio Hospital; que **por várias outras vezes**, **Oficiais e Sargentos teriam brincado com o Acusado no sentido de que suas costeletas pareciam a do Naipon**, **que seria o patrono da arma**, **como forma de brincar com o tamanho das costeletas**; **que não presenciou o Major Alexsandro brincar nestas oportunidades**, **porém no dia dos fatos o Major Alexsandro teria brincado exatamente nesse sentido**, **comparando as costeletas do Acusado a do Naipon**; que não sabe precisar as palavras de brincadeira proferidas pelo Major Alexsandro, na

> ocasião; que não sabe dizer o tipo de problema alegado pelo Sgt Jair quando esbravejou em face do Major Alexsandro; que também não sabe dizer se o Sgt Jair já ficou chateado por conta das brincadeiras feitas pelos Oficiais e Sargentos; (...) **que o depoente**, **o Major Alexsandro e o Sgt Jair saíram por várias vezes após o expediente para tomarem cerveja**; que o Major e o Sgt Jair tinham boa relação de amizade; que tomou conhecimento que o Sgt Jair estava em tratamento médico e que estava sendo dispensado para tanto. (Grifei).

Consta o seguinte da Ata da Audiência em que se colheram os depoimentos expostos há pouco (fls. 49/51, vol. 1):

> Determinou Sua Excelência registrar em Ata a manifestação do Cap RAFAEL RODRIGUES DA COSTA no sentido de alertar ao Acusado de sua postura inconveniente em ambiente de Justiça Castrense. Com a autorização do Presidente do Conselho, o MM Juiz-Auditor advertiu o Acusado para que adotasse postura adequada no recinto (...). Finalizados os depoimentos, a representante da Defensoria Pública da União requereu a juntada de atestado médico exibido ao Conselho e lido pelo Magistrado, ocasião em que a Defensora Pública Federal justificou a suposta postura de inconveniência do Réu apontada em outro momento pelo Juiz Militar, em nenhum momento o Réu quis desrespeitar o Colegiado ou o Juízo, tudo em razão do aludido problema de saúde constante no documento em menção.

À fl. 48, o Relatório Médico, de lavra de neurocirurgião particular, aponta que o Acusado apresenta quadro de lombalgia e ciatalgia incapacitante e progressiva.

A **3ª Testemunha**, 3º Sgt MARCOS ANTÔNIO PIRES DE SOUSA (fls. 56/58, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que não presenciou o início da discussão; (...) **que viu os dois trocando ofensas**, **embora não soubesse o teor delas**; (...) que conseguiu contê-lo por alguns momentos, mas, em seguida, o Sgt Jair se desvencilhou, ao mesmo tempo em que dizia o seguinte: "Marcão, estou cansado disso. O Major pensa que eu sou moleque. Eu sou 2º Sgt e ele vai ter que me respeitar"; (...) **que conseguiu perceber e visualizar o Sgt Jair desferindo socos na tampa da caixa dos disjuntores**; que nesse momento, o Ten Cel Couto interferiu de forma enérgica e conseguiu conter a situação, afastando ambos do local; (...) **que em nenhum momento viu o Sgt Jair proferir palavras de xingamento em face do Major**; (...) **no momento em que o Sgt Jair desferiu socos na tampa da caixa dos disjuntores**, **o forte estrondo chamou a atenção de todos**, **ocasionando uma breve interrupção na solenidade que ocorria ao lado no saguão do hospital**; que essa interrupção ocorreu enquanto alguém falava ao microfone e **que durou cerca de 5 minutos**; que com a interrupção, as pessoas que estavam na cerimônia voltaram-se para o local em que ocorriam os fatos e o barulho; **que não sabe precisar se as pessoas conseguiram perceber do que se tratava a discussão e o barulho**; (...) que do local onde foram desferidos os socos na tampa da

> caixa do disjuntor era possível visualizar a área do evento, inclusive o local onde estava o microfone; que não viu se a caixa do disjuntor ficou amassada após o ocorrido (...). (Grifei).

A **4ª Testemunha**, Ex-Sd HENRIQUE JORGE DOS SANTOS SILVA FILHO (fls. 59/60, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que viu o Major Alexsandro falar com o Sgt Jair, mas achou que seria brincadeira, justamente porque há uma proximidade de ambos com os Cabos e Soldados; que o Major Alexsandro havia falado o seguinte: "Jair, por favor, depois tire as costeletas"; que somente começou a perceber que a situação estava ficando mais séria, a partir do momento em que o Sgt Jair disse: "**Major, por que o senhor não fala com os demais militares e o Ten Cel Reflandes?**"; que nesse momento, o Major retrucou que não poderia cobrar de um superior, mas que poderia cobrar das praças; **que nesse momento o Major alertou o Sgt de que agora estava dando uma ordem como superior, mandando que o Sgt retirasse as costeletas e se apresentasse a ele**; **que o Sgt chegou a falar por duas ou três vezes para o Major se afastar dele**; que o Major novamente repetiu: "retire as costeletas e se apresente para mim"; que nesse momento iniciou uma certa confusão; que o **Sgt Jair ficou exaltado e deu um soco na tampa da caixa do disjuntor**; que ficou de frente para o Major e **abaixou os braços após o murro na tampa da caixa do disjuntor**; que **o Sgt Jair falava em voz alta para o Major Alexsandro sair de perto dele**; (...) que **o Major tinha por hábito falar com as praças não em situação de amizade, de forma a que as orientações fossem cumpridas**; **que somente se não fossem observadas as ordens, aí que ele se posicionava como superior**; **que sabe informar que a amizade entre o Major e o Sgt era tranquila**; (...) **que os fatos puderam ser percebidos por todos os presentes à cerimônia, inclusive pelo Cel que estava ao microfone**; que acredita que se o Ten Cel Couto, o depoente e o Sd Pimentel não interferissem, poderia ter ocorrido agressão física por ambas as partes; **que não viu o Acusado abrir os braços na direção do Major**; **que após o soco na caixa do disjuntor viu o Acusado com os braços abaixados**; (...) ouviu o Acusado falar para o Major que estava de saco cheio (...). (Grifei).

A **5ª Testemunha**, Ex-Sd ALISSON CRUZ PIMENTEL (fl. 61, vol. 1), declarou em síntese:

> (...) que não viu xingamento por parte dos militares; que não houve contato físico, pois o Ten Cel Couto interrompeu; que o Sgt Jair foi em direção ao Major; que isso ocorreu após esmurrar a tampa da caixa do disjuntor (...).

A **6ª Testemunha**, 1º Sgt LUCIANO CARVALHO MOREIRA (fls. 62/63, vol. 1), declarou em resumo:

> (...) que o depoente ligou e repassou o aviso para comparecimento ao quartel; que o Sgt Jair informou que estava dispensado pelo médico

> e que já havia tomado remédio, não sendo possível dirigir; que informou o Sgt Jair que estaria indo na sua residência para buscá-lo; (...) que ao chegar à residência do Sgt Jair (...) o depoente explicou novamente os motivos da sua ida, orientando para que o Sgt Jair os acompanhasse até o quartel para conversar com o Comandante do Contingente; que o Sgt Jair reiterou que não iria, pois estava dispensado pelo médico; que o Sgt Tavares interveio dizendo que estava em nome do Comando do Hospital, Ten Cel Reflandes e Ten Mirandela, de forma que ele deveria cumprir a determinação; que então o Sgt Jair começou a se alterar, **batendo várias vezes no portão e em seguida começou a proferir xingamentos**; **que disse o seguinte**: "**Caralho**", **por várias vezes**, dizendo que não iria acompanhá-los; que o Sgt Tavares novamente interveio: "não tem caralho não, Jair. Aqui quem está é o pessoal do Exército. Estamos cumprindo ordem para levar você para o quartel"; que **o Sgt Jair**, **de dentro do seu PNR**, **começou a gritar**: "**seu covarde, vem me pegar, pula o muro. Vem me pegar, vem me pegar Tavares**"; **que o Sgt Jair (...) falou o seguinte:** '**Sgt Tavares, você é um fraco, você é um covarde**'; (...) que ao receber a missão do Ten Mirandela indagou qual seria a conduta em caso de recusa, sendo-lhe respondido que deveriam retornar sem conduzir coercitivamente, que para isso levasse o Sgt Tavares e o Sd Rômulo como testemunhas; que o fato ocorreu por volta das 3 horas da tarde; que o Sgt Jair não compareceu ao quartel nesse dia; (...) que não se recorda se o Sgt Tavares ao abordar o Sgt Jair teria alertado acerca da não homologação da dispensa médica; que não identificou se o réu estava sob o efeito de medicação, ou se apresentava sintomas como letargia, fala desconexa ou outros; (...) **que não pode precisar se a exaltação levaria a uma possível agressão por parte do Réu** (...). (Grifei).

A **7ª Testemunha**, Sd RÔMULO ALEXANDRE MOUTIS (fl. 64, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que o Sgt L Moreira explicou a situação ao Sgt Jair; que o Sgt Jair então disse que não iria; que o Sgt Tavares interferiu dizendo que era ordem do Comandante do contingente e também citou o nome do Ten Cel Reflandes, que é o Secretário do Hospital; que ao ouvir as palavras do Sgt Tavares, o Réu se exaltou e começou a falar: "Tavares, você é um covarde, falso. Vem me pegar, Caralho"; que o Réu repetiu várias vezes que não iria ao quartel; que por várias vezes o Réu bateu no portão; que em determinado momento, o Réu abriu o portão da garagem e botou meio corpo para fora; que nesse momento a posição do Réu ficou próxima dos demais militares, cerca de um metro; que o Réu estava alterado, mas não demonstrou sinal de que poderia partir para agressão física; que os três militares estavam em via pública; que o depoente não sabe dizer se os transeuntes observaram a discussão; (...) que não presenciou o Sgt Tavares avisar ao Sgt Jair que sua dispensa médica não estaria homologada e que, portanto, ele deveria retornar ao quartel (...). (Grifei).

Em 5/4/2016, a Defesa arrolou testemunhas (fls. 108/109).

Em 19/4/2016, o Juízo *a quo*, atendendo ao pedido da Defesa, determinou a instauração de Incidente de Insanidade Mental do Acusado (fl. 116, vol. 1). A Defesa apresentou seus quesitos em 2/5/2016 (fls. 48/49, apenso 2). O Ministério Público Militar pugnou pelos quesitos elencados no art. 159 do CPPM (fls. 53, apenso 2). O Conselho de Justiça homologou os quesitos em 19/5/2016 (fl. 61, apenso 2). Termo de compromisso de peritos à fl. 66, apenso 2. Os quesitos restaram assim respondidos (fls. 68/70, apenso 2):

> Defesa
>
> 1. O periciando era, ao tempo do crime, portador de doença mental ou possuía desenvolvimento mental incompleto ou retardado? Em caso positivo, qual a doença ou anomalia psíquica?
>
> **R:** O periciando era portador de doença mental. Transtorno de Personalidade com instabilidade emocional (F60.3 da CID10), transtorno ansioso não especificado (F41.9 da CID10).
>
> 2. É possível precisar a data de início da doença/anomalia psíquica? Em caso positivo, especificar.
>
> **R:** O transtorno de personalidade trata-se de patologia crônica, caracterizada por características do indivíduo formadas no decorrer de sua história de vida que levam a um comportamento desadaptativo em seu meio, não podendo, portanto, ser precisada data de início. O transtorno ansioso não especificado teve início aparente há 2 anos.
>
> 3. Essa doença impede sua capacidade de entendimento? Em caso afirmativo, esclarecer se essa incapacidade é total ou parcial, definitiva ou temporária.
>
> **R:** Não há comprometimento da capacidade de entendimento.
>
> 4. Em razão da doença, o periciando era, ao tempo da prática delitiva, **inteiramente incapaz** de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento? O periciando possuía, ao tempo da ação, **reduzida capacidade** de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?
>
> **R:** Não. No momento da ação, o periciando encontrava-se com sintomatologia exacerbada de seu quadro que pode favorecer um comportamento, porém, não há prejuízo na capacidade de entendimento.
>
> 5. A patologia do periciando pode, de alguma forma, ter influenciado a prática do ato pelo qual ele é acusado (desacato a superior)?
>
> **R:** Sim.

6. Atualmente, o periciando ainda apresenta patologia?

R: Sim.

7. Em caso afirmativo à resposta anterior, informar qual o tratamento adequado e se a patologia atual o torna incapaz? O processo penal traz complicações à sua patologia atual?

R: A patologia atual não o torna incapaz. O tratamento ideal é a combinação do uso de medicação prescrita pelo psiquiatra associada a psicoterapia, sendo a terapia dialética comportamental a de maior nível de evidência. Qualquer evento estressor poderá intensificar os sintomas ansiosos.

MPM

1. Se o indiciado, ou acusado, sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 159, alínea "a", do CPPM);

R: O indiciado sofre de doença mental.

2. Se no momento da ação ou omissão, o indiciado, ou acusado, se achava em algum dos estados referidos na alínea anterior (art. 159, "b", do CPPM);

R: Sim.

3. 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 (art. 159, "c", do CPPM);

R: Sim.

4. 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 o praticou (art. 159, alínea "d", do CPPM).

R: No momento da ação, o indiciado encontrava-se com sintomatologia exacerbada de seu quadro que pode favorecer um comportamento, porém, não há prejuízo na capacidade de entendimento e autodeterminação.

Em 26/7/2016 a Defesa requereu o reconhecimento da inimputabilidade do Acusado e, de forma subsidiária, o reconhecimento da semi-imputabilidade com as consequências jurídicas advindas do seu reconhecimento (fls. 73/75, apenso 2).

Em 8/8/2016, o MPM manifestou-se contrariamente ao pleito defensivo (fl. 76, apenso 2).

O Conselho de Justiça, em 5/9/2016, decidiu, por unanimidade, reconhecer a imputabilidade do Acusado (fls. 83/86, apenso 2).

A **8ª Testemunha**, Cap MARCELO AFFONSO DOS SANTOS (fls. 149/150, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que não presenciou o fato narrado na denúncia; (...) que só tem conhecimento acerca do Acusado, no tocante a ser seu paciente e que cuida do seu problema de coluna; (...) que é médico ortopedista no HGeF(...); o Acusado comparecia às consultas e apresentava uma postura normal e aspectos de que estava com dor; que o Réu não demonstrava necessariamente estar irritado ou falando em voz alta (...).

A **9ª Testemunha**, 2º Ten CARLA BARBOSA BRANDÃO (fls. 151/152, vol. 1), declarou em síntese:

> (...) que não presenciou os fatos narrados na denúncia (...); que é médica psiquiatra; que foi solicitado pelo Sgt Jair um atendimento extra; que o Sgt Jair relatou irritabilidade e ansiedade, e narrou os fatos da denúncia brevemente sem entrar em detalhes; que o Acusado atribuiu esse quadro de ansiedade e irritabilidade ao fato de estar trabalhando no serviço de pronto atendimento, local que exige muito contato com público e submissão a inúmeras situações de estresse; que ao todo, realizou três atendimentos à época; que prescreveu algumas medicações; que emitiu um parecer informando que o local de trabalho do Sgt Jair estaria ocasionando situações estressantes e sugeriu a realocação para outro setor de trabalho; que posteriormente emitiu parecer dispensado o Acusado totalmente das atividades de serviço, com convalescença em residência; (...) que a primeira consulta ao Sgt Jair aconteceu bem próxima da data dos fatos da denúncia; que não sabe precisar se foi pouco antes, no dia, ou logo depois do ocorrido; que ao consultar as presentes notas, pode afirmar que seu atendimento ocorreu em 1º/9/2015 e as Tenentes Gisele e Emília, psiquiatras, atenderam o Sgt Jair em 2 e 3/9/2015, respectivamente; que consta no prontuário a existência de atendimento psiquiátrico ao Sgt Jair no ano de 2014 (...); que nunca presenciou o Acusado discutindo com outras pessoa ou no atendimento ao público; que o atendimento do Sgt Jair foi descontinuado, a partir de outubro de 2015, significando que os atendimentos regulares deixaram de ocorrer; que as consultas são agendadas pelo próprio paciente, e que os médicos apenas recomendam o retorno (...).

A **10ª Testemunha**, 2º Sgt MILTON CÉSAR NASCIMENTO DUARTE (fls. 153/154, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que o depoente teve contato com o Sgt Jair, o qual queixava-se de dores na coluna e dizia que estava se sentindo incomodado por tirar serviços sentado; que também se queixava de estar com a pressão alta; que durante as queixas o Sgt Jair demonstrava irritabilidade; que não presenciou momentos de discussão do Sgt Jair com outras pessoas; (...) **que durante as Formaturas do Contingente**; **o relacionamento entre o Maj Alexsandro e o Sgt Jair era amistoso**, **pautado na relação entre comandante e subordinados**; que nunca presenciou brincadeiras efetuadas pelo Maj Alexsandro em face do Sgt Jair ou de qualquer outra

> Praça; (...) que nunca viu algum Oficial comentar sobre a irregularidade das costeletas do Sgt Jair; que nunca saiu juntamente com o Maj Alexsandro e com o Sgt Jair para atividades de lazer (...); que nunca esteve na casa do Sgt Jair e que sua amizade é restrita ao ambiente do quartel (...). (Grifei).

A **11ª Testemunha**, Maj JOAQUIM RODRIGUES DE LIMA NETO (fl. 155, vol. 1), declarou em resumo:

> (...) que não presenciou diretamente o ocorrido; (...) que em nenhum momento presenciou o Maj Alexsandro efetuando brincadeiras em face do Sgt Jair; que durante o período em que o Sgt Jair foi seu subordinado, sempre observou cumprimento das determinações e demonstrou correção na apresentação individual; que no dia dos fatos não conversou com o Sgt Jair; (...).

A **12ª Testemunha**, Maj MANUEL CARLOS GOMES REINALDO (fl. 156, vol. 1), declarou de mais relevante:

> (...) que não presenciou diretamente os fatos, mas **escutou um barulho proveniente da caixa de distribuição elétrica, como se fossem pancadas**; (...) presenciou o Ten Cel Couto separando o Sgt Jair e o Maj Alexsandro; (...) que nunca presenciou o Sgt Jair adotar postura parecida em outras oportunidades (...). (Grifei).

A **13ª Testemunha**, ROSIANA PENA DE SOUSA (fls. 161/163, vol. 1), declarou de relevante:

> (...) que é sobrinha do Acusado; que não presenciou os fatos narrados na denúncia; que tomou conhecimento dos fatos por intermédio do Sgt Jair, quando o referido ligou para a depoente, um pouco assustado, narrando que o Coronel Reflandes havia ligado para ele e emitido ordem de prisão, informando-lhe os artigos de lei; que o Sgt Jair ligou para a depoente tendo em vista a condição de advogada; (...) que apresentou ao Diretor um atestado médico emitido por uma Tenente Psiquiatra do próprio Hospital, concedendo dispensa das atividades do quartel; que não sabe dizer se o atestado foi homologado no âmbito do próprio Hospital; que o atestado foi emitido próximo à data do ocorrido, não sabendo precisar se foi um dia antes, ou no próprio dia do ocorrido; (...) que nunca atuou como advogada na seara militar e também não atuou no presente Inquérito e Processo (...).

Qualificado e interrogado, o **Acusado** declarou (fls. 164/167, vol. 1), *in verbis*:

> (...) que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; (...) que possui problema grave de coluna; que trabalhava no Setor de Pronto Atendimento (SPA); que os trabalhos ali desempenhados forçavam bastante sua coluna; que por várias vezes, à noite, não conseguia dormir; que, por isso, procurou a Psiquiatria para receitar remédio; que foi à Psiquiatria no dia 1º/9/2015; que a psiquiatra, Ten Carla Brandão, emitiu

parecer de afastamento do setor SPA, tendo em vista as insônias decorrentes do problema de coluna; que no dia 2 de setembro procurou a Ten Cel Sônia, Chefe do Setor de Saúde do Hospital; que a Ten Cel Sônia disse ao depoente que retornasse ao SPA e desempenhasse as atribuições, alegando que o mesmo problema de hérnia de disco ela também possuía; que ficou nervoso com essa situação, mas se controlou; que se dirigiu até o local próximo de onde ocorria a cerimônia do aniversário do Diretor; que se reuniu no local com o Sgt Weyne e os Soldados Pimentel e Silva Filho; que o Major Alexsandro chegou ao local, não cumprimentou os presentes, e já determinou que o depoente cortasse as costeletas; que o depoente encontrava-se de costas para o Major; que pensou que o Major estivesse brincando, pois em várias outras vezes já teria ocorrido o mesmo, em tom de brincadeira; que **o próprio Major apontava para a foto de Napion, o Patrono do Material Bélico que tem costeletas grandes na imagem, como forma de brincar com o depoente**; **que tinha amizade com o Major**; **que então perguntou ao Major se ele estaria brincando**, **ao que o Major respondeu que estava falando sério**; que o Major apontou para o Sd Pimentel, como forma de comparação, dizendo que ele estaria melhor apresentado do que o depoente; que falou para o Major: "**Major, o exemplo começa de cima para baixo; tem oficial com cabelo e costeletas maiores que a minha**"; que a partir desse momento, o depoente ficou nervoso e perguntou ao Major, em tom de voz alta, se ele estaria chateado com o depoente pelo fato de não ter sido realizado um atendimento, a seu pedido, de pessoa não integrante do sistema FUSEX; que esse pedido teria sido feito por intermédio do Sgt Bandeira, ocasião em que o depoente informou a impossibilidade de abrir a ficha, considerando que o seu nome figuraria logo no início da ficha, e que isso poderia responsabilizar o depoente; que após perguntar ao Major sobre esse fato, o Major retrucou dizendo que os filhos do depoente e a esposa do depoente não eram do FUSEX; que o Major falou que se o depoente não quisesse trabalhar, que desse baixa do Exército; que **em seguida respondeu**: "**Major, estou de saco cheio do senhor!**"; **que ainda perguntou**: "**o que é que o senhor vai querer?**"; que não levantou os braços em tom ameaçador; que na sequência, **ficou muito irritado e acabou dando um soco na tampa da caixa do disjuntor**; que o Major perguntou se o depoente estaria louco; que respondeu que estaria louco e mostrou os remédios que portava, dizendo que estava iniciando um tratamento psiquiátrico; que em seguida o Ten Cel Couto interveio, pedindo ao Sgt Weyne para conduzir o depoente até à Emergência e afastou o major Alexsandro, e saiu caminhando com ele; que na sequência foi à Psiquiatria, sendo atendido pela Ten Gisele; que recebeu um atestado para afastamento total do serviço naquele dia; que procurou o Cel Dantas, médico perito da Unidade, o qual homologou o atestado da Ten Gisele, liberando o depoente; que na sequência procurou o Ten Mirandela, Comandante do Contingente, informando-lhe a respeito da dispensa; que também comunicou a dispensa ao Sargenteante, Sgt Tavares, fornecendo-lhe cópia do atestado; que o Sgt Tavares foi

promovido a Subtenente, recentemente; que seguiu para a sua residência; que na parte da tarde foi acionado em sua residência pelo Sgt L. Moreira, acompanhado pelo Sgt Tavares e o Sd Rômulo; que abriu a portinhola do portão principal e conversou com o Sgt L. Moreira; que o Sgt L. Moreira falou que estaria naquele local para conduzir o depoente ao Hospital, por ordem do Ten Cel Reflandes e Ten Mirandela; que informou que estaria com a dispensa médica e que não iria acompanhá-lo ao Hospital; que nesse momento escutou alguém gritar: "Sargento, você não sabe cumprir ordem, não?"; que ficou nervoso e chutou o portão; que abriu o portão e viu que se tratava do Sgt Tavares, que portava um celular apontado em direção ao depoente; que o Sgt Tavares falou que estaria gravando para mostrar ao Comando; **que falou em voz alta que o Sgt Tavares não era homem; que não se recorda se falou o seguinte**: "**Tavares, você é falso covarde, pula aqui e vem me buscar, caralho!**"; que não houve contato físico; **que essa discussão ocorreu na rua, em via pública, sendo presenciada pela sua esposa**, **filho e vizinhos**; **que a discussão ocorreu por volta das 15:30h**; que cerca de 40 minutos depois, ficou mais calmo e ligou para o Sgt L. Moreira questionando sobre o que ele teria realmente ido cumprir em sua residência; que percebeu o Ten Cel Reflandes tomar o celular e falar o seguinte: "Jair, essa ligação está sendo gravada, aqui é o Ten Cel Reflandes, considere-se preso. Apresente-se imediatamente ao quartel. Estão presentes o Sgt Teixeira e o Subtenente Francileudo, como testemunhas"; que o Ten Cel Reflandes citou alguns artigos de lei; que ponderou com o Ten Cel Reflandes ter direito a razões de defesa antes de ser punido, e que já tinha 30 anos de serviço; que o Ten Cel Reflandes repetiu a ordem e determinou a apresentação imediata ao quartel; que em seguida ligou para a sua sobrinha, Rosiana, pedindo orientações; que no dia 3 de setembro, foi novamente à Psiquiatria, obtendo 15 dias de dispensa, e na sequência dirigiu-se à Subdireção do Hospital, apresentando-se ao então Ten Cel Marzalho; que a recusa de atendimento de pessoa não cadastrada no FUSEX teria ocorrido cerca de 1 mês antes dos fatos da denúncia; que após essa recusa, percebeu uma certa mudança de atitude por parte do Major que, **por 4 vezes antes do dia 2 de setembro, mandou que o depoente cortasse as costeletas e se apresentasse em seguida**; que todas as admoestações foram feitas na presença de outros militares e, no entendimento do depoente, visavam constranger a sua pessoa; **que o depoente, se apresentou em todas as 4 ocasiões**; **que a quinta vez que foi abordado sobre as costeletas ocorreu no dia 2 de setembro, foram no sentido de ordenar a colocação das costeletas no padrão regulamentar** (...); que possui problema de coluna há cerca de 10 anos; que tem hérnia de disco; que esse problema leva a tomar inúmeros remédios; que toma Tandrilax para a coluna e Calman para dormir; que não se recorda se sentiu dores de coluna no momento em que deu chute no portão; que à pergunta do MPM, se sabe dizer qual dos medicamentos geram o quadro de irritabilidade, se são os remédios de coluna ou o Calman para dormir, informou que não vai responder porque não sabe dizer a respeito; que

> no dia 2 de setembro seu cabelo e costeletas estavam no padrão (...); que nos seus trinta anos de serviço nunca foi participado por estar com cabelo ou costeletas grandes (...). (Grifei).

O MPM (fl. 174, vol. 1) e a DPU (fl. 175v, vol. 1) nada requereram no prazo do artigo 427 do CPPM.

Em suas Alegações Escritas (fls. 179/199, vol. 1), o Ministério Público Militar aduziu que os termos da denúncia foram comprovados pela prova oral colhida no curso do Processo, incluindo-se o interrogatório do Acusado. Dessa forma pugna pela sua incursão, por duas vezes, no crime de desacato a superior, capitulado no artigo 298 do CPM.

A seu turno, a Defesa requereu a absolvição do Acusado (fls. 201/212, vol. 1), arguindo, em sede de preliminar, a inconstitucionalidade do crime de desacato e, no mérito, a ausência da tipicidade em face de as declarações do Acusado constituírem mero desabafo, que só existiu em função de seu estado mental, devendo ser enquadradas como sanção disciplinar.

No dia 14/2/2017, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército decidiu julgar parcialmente procedente a pretensão punitiva contida na denúncia, para condenar o Acusado, por maioria de votos (3x2), nas sanções do artigo 160, *caput*, do Código Penal Militar, à pena de 3 (três) meses de detenção, convertida em prisão, sem o benefício do *sursis*, e, também por maioria de votos (4x1),condenar o Acusado nas sanções do artigo 298, *caput*, do Código Penal Militar, à pena definitiva de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão na forma do art. 59 do Código de Processo Penal Militar, com direito ao *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com as condições estabelecidas na sentença, e o direito de apelar em liberdade (fls. 223/224, vol. 2).

Votaram vencidos os Juízes-Militares: 1º Ten Paulo Roberto Azevedo dos Santos, que condenava o Acusado nas sanções do artigo 298, *caput*, do CPM, por duas vezes, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, convertida em prisão, na forma do art. 59 do Código de Processo Penal Militar, e o Maj Reginaldo Galdino Ramos Júnior, que condenava o Acusado nas sanções do artigo 298, *caput*, do CPM, por duas vezes, à pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sem direito ao *sursis*, e com aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Na Sentença (fls. 229/249, vol. 2), o Juízo *a quo* consignou, em sede de preliminar, a perfeita adequação constitucional do crime de desacato a superior com a ordem constitucional vigente. Primeiro, por se tratar de modalidade de desacato agravado pelo fato de ser cometido contra superior; segundo, porque, mesmo o desacato em sua modalidade simples encontra-se protegido pela especialidade da legislação penal castrense.

No mérito, o Conselho de Justiça pontuou que **o cotejo das provas colhidas nos autos** comprovou o emprego dos termos inapropriados indicados

na Inicial; demonstrou que o Acusado conhecia a condição de superior dos Ofendidos e, por fim, evidenciou que, por parte de seus superiores, não houve condutas irregulares que justificassem as condutas do Acusado.

Quanto ao dolo, a Sentença distinguiu as duas situações constantes da denúncia. Na primeira, ou seja, no que concerne ao ocorrido no interior do HGeF, na parte da manhã do dia 2/9/2015, não houve xingamentos ou outras palavras de baixo calão, o que, segundo o Juízo *a quo*, constituiu em (fl. 240, vol. 2):

> (...) reação desproporcional à advertência do superior, totalmente descabida no meio militar, não denotou intuito de afrontar ou, principalmente, de diminuir a autoridade do Major, mas sim, uma inconsequente reação desmedida e indisciplinada do Acusado. (...)

Dessa forma, tratar-se-ia, em verdade, de desrespeito a superior, crime menos grave, capitulado no artigo 160 do CPM, em virtude de não ter havido o dolo de desacatar, mas tão somente uma situação de desequilíbrio e de desrespeito.

Em relação ao segundo fato, ou seja, o ocorrido na parte da tarde do mesmo dia, em virtude da utilização de palavras de baixo calão e claras ofensas à honra do então 1º Sgt Tavares, a Sentença entendeu não restar dúvida em relação ao especial intuito exigido pelo artigo 298 do CPM, pelo que o Acusado foi condenado sob esse enquadramento, na forma já explicitada.

Inconformados, o MPM (fl. 253, vol. 2) e a DPU (fl. 255, vol. 2) interpuseram recurso de Apelação.

Em suas Razões de Apelação (fls. 259/264, vol. 2), o *Parquet* circunscreveu sua irresignação à desclassificação do delito previsto pelo artigo 298 do CPM para o crime do artigo 160 do CPM. Nesse sentido, denota que, na medida em que a conduta do Acusado intentou diminuir a autoridade do Oficial e lhe causar humilhação, com desprezo à autoridade do superior, sua conduta melhor encontraria enquadramento no crime de desacato a superior.

Nas Contrarrazões de Apelação (fls. 267/271, vol. 2), a Defesa aduziu, preliminarmente, que esta Corte não poderia modificar a situação do Acusado na parte não recorrida pelo Ministério Público Militar, ou seja, o crime de desacato a superior ocorrido na parte da tarde do dia 2/9/2015, fora das dependências do HGeF. No mérito, expôs seu entendimento, segundo o qual o enquadramento da conduta do Acusado como desrespeito a superior é ainda mais grave que o desacato a superior, por não comportar o benefício do *sursis*. Requereu, em caso de não deferimento do recurso defensivo, que se provesse o recurso ministerial, desde que a pena fosse estabelecida no mínimo legal e, ao fim, suspensa condicionalmente.

Em suas Razões de Apelação (fls. 273/294, vol. 2), a Defesa, preliminarmente, pugnou o reconhecimento da nulidade da sentença, na

medida em que se operou a *emendatio libelli*, sem pedido expresso do MPM em alegações escritas e em prejuízo ao Acusado. Isso porque, a seu ver, o novo enquadramento dado pela Sentença é mais gravoso do que o da denúncia, uma vez que não comporta a suspensão condicional da pena.

No mérito, a Defesa requereu a absolvição do Acusado por (I) não haver dolo na sua conduta, uma vez que seu agir adveio de mero desabafo; (II) tratar-se a 2ª imputação de legítima defesa, porquanto repeliu agressão injusta, consistente na sua ilegal condução coercitiva; (III) ser inimputável, vez que portador de transtorno mental e (IV) ser desnecessária a aplicação da pena, pela ocorrência do instituto da bagatela imprópria. Requereu ainda a declaração da não recepção pela Constituição Federal de 88 da vedação do *sursis* ao crime de desrespeito a superior, encartado no artigo 160 do CPM. Ao fim, em última hipótese, pugnou pela condenação exclusiva pelo crime de desacato a superior, com a suspensão condicional de sua pena.

A seu turno, em Contrarrazões de Apelação (fls. 298/307, vol. 2), o *Parquet* aduziu que o crime de desrespeito a superior é mais brando que o de desacato a superior; que a imputabilidade do Acusado é matéria preclusa, uma vez que não questionada em momento oportuno; que a legítima defesa não se configurou em face da ausência de injusta agressão; que o crime de desacato a superior não comporta a bagatela imprópria em função de sua natureza atentatória contra a hierarquia e a disciplina; que a vedação ao *sursis* é compatível com os ditames constitucionais, uma vez que assim se manifestou a Corte Constitucional; que concorda com o pedido defensivo no sentido de enquadrar todas as condutas do Acusado como desacato a superior, discordando, contudo, em relação à concessão do *sursis*, uma vez que o agir do Acusado pautou-se pela agressividade e violência, não bastando, para tanto, portanto, sua primariedade.

A PGJM (fls. 315/325, vol. 2), em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ALEXANDRE CONCESI, opina pelo conhecimento e desprovimento do Apelo defensivo, e opina "pelo provimento do apelo do Parquet Castrense, reformando-se a sentença condenatória no tocante à desclassificação procedida pelo CPJ Ex, condenando-se o Réu pelo delito de desacato (art. 298, CPM), também no tocante ao 1º fato imputado".

É o Relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Antes de adentrar o mérito, faz-se premente analisar a preliminar levantada pela Defensoria Pública da União em suas Razões de Apelação.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELO CERCEAMENTO DE DEFESA

Aduz a Defesa que o Juízo sentenciante feriu de modo irremediável o devido processo legal ao atribuir definição jurídica diversa da constante na denúncia, sem que houvesse o devido requerimento por parte da Acusação em sede das respectivas alegações finais escritas.

Igualmente a defesa aponta que, no seu entender, fora desrespeitado o enunciado da súmula nº 5 desta Corte, segundo o qual:

> A desclassificação de crime capitulado na denúncia pode ser operada pelo Tribunal ou pelos Conselhos de Justiça, mesmo sem manifestação neste sentido do Ministério Público Militar nas alegações finais, **desde quando importe em beneficio para o réu e conste da matéria fática**. (Grifei).

Nesse sentido, indica que a desclassificação operada não gera benefício para o Acusado, ao contrário, piora sua situação, na medida em que a nova capitulação adotada, a do crime de desrespeito a superior, tipificada no artigo 160 do Código Penal Militar, não comporta a suspensão condicional da pena, conforme expressa vedação do artigo 88, inciso II, alínea "b", do CPM.

O prejuízo, assim, residiria, a seu ver, no fato de que, se lhe fossem atribuídas as sanções do artigo 298 do CPM – desacato a superior –, o militar teria sua pena suspensa pelo instituto do *sursis*. Em suas palavras:

> (...) a desclassificação acarretou prejuízo, pois se a condenação ocorresse com base no crime de desacato, o réu teria uma pena total de 2 (dois) anos, já que é primário e com bons antecedentes, bem como na outra situação descrita no processo a condenação ficou em 1 ano (mínimo legal), o que acredita-se seria a pena aplicada em relação ao segundo fato.
>
> Veja que o benefício previsto no art. 84, *caput*, que é aplicável a condenado a penas privativa de liberdade de até 2 anos, o que seria exatamente, a situação do caso.

Entretanto, não merece acolhida a irresignação da DPU, apesar de sua coerente fundamentação, segundo a qual seria mais benéfico ao Acusado ter sua pena integralmente suspensa por 2 (dois) anos, em oposição a cumprir 3 (três) meses de detenção e, após esse prazo, iniciar a contagem dos mesmos 2 (dois) anos de suspensão do restante de sua pena.

Ocorre que a Defesa, ao requerer tal medida, ignora a possibilidade, **quando da análise do recurso ministerial referente ao primeiro delito**, de seu assistido ser apenado a, por exemplo, ano e dia, que, somados à pena de 1 (um) ano referente ao segundo delito, superariam 2 (dois) anos de reclusão, que impossibilitaria a concessão do referido benefício e, ainda mais grave, poderia acarretar na imposição de pena acessória de exclusão das Forças Armadas, como prevê o artigo 102 do Código Penal Militar, *in verbis*:

> Exclusão das Forças Armadas
>
> Art. 102. A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das Forças Armadas.

Por oportuno recapitula-se que, em Contrarrazões de Apelação, acerca desse ponto específico, o Ministério Público apontou que o crime de desrespeito a superior é mais brando que o de desacato, mas concordou com o reenquadramento típico do primeiro fato, mas sem a concessão do *sursis* "em face do comportamento agressivo e violento do réu, não bastando, portanto, a sua primariedade" (fl. 307, vol. 2).

Ademais, não se mostra razoável exigir que o julgador antecipe seu juízo acerca da dosimetria da pena, antes mesmo de determinar por qual crime o Acusado será condenado; para, então, identificar qual seria a situação mais benéfica.

Por óbvio o "benefício" de que trata a súmula nº 5 desta Corte, que cuida justamente da mudança da definição jurídica constante da denúncia, deve ter sua aferição circunscrita ao momento em que o Julgador subsome o fato à Lei, tendo-se por referência estritamente o *quantum* das penas atribuídas aos crimes em abstrato, observados por meio do preceito secundário do tipo penal.

Essa ação sistemática mostra-se ainda mais relevante se levado a efeito que os julgamentos da Justiça Militar da União ocorrem, desde o primeiro grau, em colegiado.

Dessa maneira, em se acolhendo o pleito defensivo, hipoteticamente, o Juiz-Auditor, por entender tal situação como mais benéfica, poderia votar pela condenação do Acusado pelo crime de desacato a superior à pena mínima, com o benefício do *sursis,* e, ao fim, ser surpreendido com a condenação majoritária pelo Conselho de Justiça à pena superior a dois anos, com a consequente exclusão das Forças Armadas.

Em suma, resta dizer: a dosimetria da pena somente terá lugar após a definição do tipo penal militar correspondente aos fatos delineados nos autos, sendo vedada, para definição de qual será a situação mais benéfica ao Acusado, sua presunção ou aferição em perspectiva. Semelhante ao caso em comento, temos a proibição da prescrição da pretensão punitiva estatal, quando baseada em predição da pena[99].

Dessa forma, reputa-se consonante com a súmula nº 5 desta Corte a Sentença que desclassifica o crime de desacato a superior para desrespeito a

[99] Nesse sentido, RESE 86-53.2016.7.01.0401/RJ, de relatoria para Acórdão do Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, julgado em 29/8/2017, publicado em 27/9/2017.

superior, mesmo sem pronunciamento nesse sentido do Ministério Público Militar em suas alegações finais escritas.

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar a presente preliminar para que o mérito do presente Feito seja apreciado.

MÉRITO

O Acusado foi condenado, por maioria, pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 10ª CJM, à pena de 3 (três) meses de detenção, como incurso no art. 160, *caput*, do CPM, convertida em prisão, sem o benefício do *sursis*, e como incurso no art. 298, *caput*, do Código Penal Militar à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, com direito ao *sursis*.

A despeito de sua combativa atuação, não devem prosperar os argumentos absolutórios despendidos pela Defensoria Pública da União.

Em suas Razões de Apelação, a Defesa aduziu que da conduta do Acusado não se depreende a existência da vontade livre e consciente de desacatar ou de desrespeitar em qualquer dos fatos descritos no Processo, por tratar-se, em verdade, de meros desabafos, que não teriam ocorrido caso o Acusado gozasse de sua plenitude mental.

Acerca da condição psicológica do Acusado, importa frisar que o Incidente de Insanidade Mental, a despeito de ter constatado ser ele portador das doenças mentais, **transtorno de personalidade com instabilidade emocional** (F60.3, CID10) e **transtorno ansioso não especificado** (F41.9, CID10), asseverou não haver comprometimento da capacidade de entendimento ou de autodeterminação do Acusado. *In verbis:*

> No momento da ação, o indiciado encontrava-se com sintomatologia exacerbada de seu quadro, que pode favorecer um comportamento, porém, não há prejuízo na capacidade de entendimento e autodeterminação.

Outro relevante fato é o de que essa questão já fora submetida à apreciação do Conselho de Justiça, em audiência a ela dedicada em 5/9/2016 (fls. 83/88, apenso 2), decidindo, ao fim, pela imputabilidade do Acusado, não havendo qualquer impugnação das Partes a seu respeito.

Assim, a preclusão da matéria, bem como o desfecho do Incidente de Insanidade Mental, impõem conclusão no sentido de que o Acusado era capaz, ao tempo dos fatos, de entender o caráter ilícito de sua conduta, assim como de se autodeterminar de acordo com esse entendimento.

Não há, igualmente, que falar em **falta de dolo** nas ações do Acusado no tocante à primeira situação, ocorrida na parte da manhã do dia 2.9.2015, durante solenidade em sua Organização Militar.

Por ora, em que se analisa o pleito defensivo concernente à ausência de dolo quanto ao crime de desrespeito a superior, encartado no artigo 160 do Código Penal Militar, investiga-se, tão somente, se o Acusado, com suas ações, pretendeu, livre e conscientemente, faltar com a consideração, respeito ou o acatamento exigido na relação hierárquica entre superior e subordinado[100].

Nessas circunstâncias, decerto que o dolo exsurge com clareza. Isso porque as palavras e condutas do Acusado há muito extrapolaram qualquer limite razoável do comportamento que poderia ser tolerado de um subordinado em relação ao seu superior em um contexto legítimo de cobrança de boa apresentação pessoal.

O Acusado, na presença de vários outros militares, conforme consta de seu interrogatório (fls. 164/167), livre e conscientemente, alertou a seu superior "Major, estou de saco cheio do Senhor!" e ainda lhe indagou com intensidade exacerbada "o que você quer?", tendo, ato contínuo, golpeado a caixa do disjuntor com tamanha força que interrompeu por alguns instantes a solenidade que ocorria na Organização Militar (fls. 56/58, vol. 1 – 3º Sgt MARCOS ANTÔNIO PIRES DE SOUSA).

O emprego desses termos pelo Acusado, associado às suas ações, impedem que os fatos sejam classificados como um mal-entendido.

Em outras palavras, dúvida não há quanto ao fato de as ações do Acusado, ao menos nessa primeira análise, serem suficientes à configuração do dolo exigido pelo crime de desrespeito a superior, artigo 160 do CPM.

Contudo, resta, ainda, estabelecer se essas condutas não extrapolaram os contornos do tipo legal, encontrando guarida no artigo 298 do mesmo Diploma Legal.

Conforme se depreende da leitura do tipo, desrespeito a superior é delito subsidiário ("... se o fato não constitui crime mais grave"). Sobre o tema[101]:

> Nitidamente o delito de desrespeito é um delito subsidiário, isso de forma expressa, como se denota do texto do preceito secundário (se o fato não constitui crime mais grave).
>
> **Com efeito, essa subsidiariedade se dá em relação ao delito de desacato a superior, grafado no art. 298 do Código Castrense** (...). **Por ora, a título de distinção, tenhamos o desrespeito como a mera desconsideração, enquanto o desacato como conduta que vai além**

[100] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 834.

[101] Ibidem. p. 836.

> **do desrespeito, chegando ao menoscabo, menosprezo da autoridade representada pelo superior**. (Grifei).

Importa frisar que tanto o Ministério Público Militar quanto a Defesa apresentaram requerimentos no sentido de atribuir novo enquadramento jurídico a essas condutas, dando-as como desacato a superior. Essa análise será feita na oportunidade da apreciação do recurso ministerial.

Quanto à segunda situação, ocorrida na tarde do dia 2/9/2015, na residência do Acusado, ainda mais evidente é o elemento volitivo da ação. O Acusado dirigiu-se a seu superior, na presença de outros militares, nos seguintes termos: "Tavares, você é um covarde, falso. Vem me pegar. Caralho" (fls. 64, vol. 1 – Sd Rômulo Alexandre Moutis).

A despeito de o Acusado ter declarado não se recordar de tais palavras, em seu interrogatório (fls. 164/167, vol. 1) confessou ter falado em voz alta e na presença de seus vizinhos que "... o Sgt Tavares não era homem...". Contudo, é de se firmar que a utilização dos termos "covarde" e "caralho" foi confirmada tanto pelo 1º Sgt Luciano Carvalho Moreira (fls. 62/63, vol. 1), quanto pelo Sd Rômulo Alexandre Moutis (fls. 64, vol. 1).

Ora, com que outro intento alguém profere tais impropérios senão para desafiar, hostilizar e desacatar seu desafeto? A conduta do Acusado sobejamente ultrapassou as fronteiras do desabafo e foi penalizada corretamente sob os ditames do crime de desacato a superior.

Igualmente, tal conduta não encontra abrigo no manto da legítima defesa.

Nota-se, de plano, que o Acusado, mesmo após proferir os impropérios, não foi conduzido coercitivamente à Unidade Militar a que servia, bem como contra ele não fora utilizada violência ou força física. Aliás, a condução coercitiva não era o intento dos militares que bateram ao seu portão, como expressamente a **6ª Testemunha**, 1º Sgt LUCIANO CARVALHO MOREIRA (fl. 62/63, vol. 1), declarou em seu depoimento, *in verbis:*

> (...) que ao receber a missão do Ten Mirandela indagou qual seria a conduta em caso de recusa, sendo-lhe respondido que deveriam retornar sem conduzir coercitivamente, que para isso levasse o Sgt Tavares e o Sd Rômulo como testemunhas (...).

Ou seja, a simples negativa bastaria ao Acusado para atingir seu desiderato: o de não comparecer à sua OM. Entretanto, o jurisdicionado optou por insultar seu superior Sgt Tavares, revelando-se, assim, a clara desproporcionalidade em suas ações.

Restou configurado, primeiro, que o 1º Sgt LUCIANO CARVALHO MOREIRA não procedia a uma condução coercitiva e, segundo, que o Acusado agiu sem a devida moderação, não devendo, portanto, prosperar a alegação defensiva de que ele teria agido em legítima defesa.

A Defesa aduziu, ainda, ser desnecessária a aplicação da pena, em face da irrelevância penal do fato.

Entretanto, não assiste melhor sorte ao pleito. Dirigir-se a seus superiores no intuito de lhes desafiar a autoridade por meio de palavras e gestos impróprios, na frente de outros militares, constitui conduta relevante aos olhos do Direito Penal Militar.

Tal ação atenta profundamente contra os pilares das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina. Acerca deste tópico, faz-se oportuno transcrever as palavras de Georges Clemenceau, segundo o qual, "assim como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência (...)".

A hierarquia e a disciplina são bens jurídicos tão caros à caserna, que a Lei Adjetiva Castrense lhes conferiu especial mecanismo de proteção por meio da vedação ao benefício da suspensão condicional da pena a alguns crimes que contra elas atentem de maneira contundente, encartados no artigo 88 do Código Penal Militar.

Não é esse o entendimento, porém, da combativa Defensoria Pública da União, que requereu o reconhecimento da não recepção de tal instituto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ocorre que a jurisprudência desta Corte[102] é pacífica em afirmar a compatibilidade entre os preceitos constitucionais e o aludido dispositivo, pelo que o argumento defensivo não deve prevalecer.

Subsidiariamente, a Defesa formulou pedido referente à reforma da Sentença do Juízo *a quo*, no sentido de reverter a desclassificação por ele operada, para que, assim, o Acusado seja, ao fim, condenado por duas vezes pelo crime de desacato a superior, com a cominação da pena mínima, sendo-lhe franqueado o benefício do *sursis*.

O Ministério Público Militar, em suas Razões de Apelação (fls. 259/264, vol. 2), deduziu pedido semelhante, pelo que serão analisadas tais irresignações conjuntamente.

A Defesa insurgiu-se contra a desclassificação realizada pelo Conselho de Justiça sentenciante por entender que houve agravamento da sanção cominada, sem ter havido, em momento oportuno, expresso pedido por parte do Órgão Acusador – questão já devidamente superada.

O MPM, a seu turno, entendeu que não houve a correta subsunção do fato à norma, porquanto a maioria do Conselho de Justiça entendeu que, em relação ao primeiro fato, ocorrido na manhã do dia 2/9/2015, não houve por

[102] Nesse sentido, Apelação 133-51.2015.7.09.0009/MS, de relatoria do Min. Luis Carlos Gomes Mattos, julgada em 13/9/2017, publicada em 2/10/2017.

parte do Acusado o especial intento de desacatar superior ou de lhe diminuir a autoridade, não restando ofensa à dignidade ou ao decoro do Maj Alexsandro. Para o *Parquet*, entretanto, as atitudes do militar, comprovadas pela farta prova testemunhal presente nos autos, apontam em sentido contrário.

O Apelo ministerial merece acolhimento, senão vejamos.

A respeito do crime de desacato a superior, valiosas são as palavras de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger[103]:

> (...) o núcleo da conduta no crime de desacato a superior é "desacatar", ou seja, faltar com o devido respeito ou com o acatamento, desmerecer, menoscabar, afrontar, por meio de ofensa à dignidade, ao decoro, **ou por procurar deprimir a autoridade do superior**.
>
> (...) *Deprimir a autoridade* do superior consiste não no ato de ofendê-lo em sua dignidade ou decoro, **mas no de atacar a força inerente ao seu cargo**, **desdenhando de seu poder de mando**, **de solucionar problemas**, **decidir questões atinentes ao serviço etc**. (...).

Observa-se, assim, que o crime de desacato a superior tem duas modalidades. A primeira diz respeito à ofensa à dignidade ou ao decoro do militar mais antigo. A segunda está relacionada à afronta da autoridade atribuída ao ofendido, superior hierárquico em relação ao delinquente.

É nessa segunda hipótese que os fatos narrados no presente feito encontram perfeita subsunção.

O próprio Acusado, por oportunidade de seu interrogatório em Juízo (fls. 164/167, vol. 1), afirma que o 1º Ofendido já lhe havia cobrado apresentação pessoal adequada por quatro vezes antes do dia em que ocorreu o crime, senão vejamos:

> (...) por 4 vezes antes do dia 2 de setembro, mandou que o depoente cortasse as costeletas e se apresentasse em seguida (...).

O Acusado, na mesma ocasião, questionou ao Ofendido se sua fala correspondia a alguma brincadeira, ao que este respondeu estar falando sério:

> (...) que tinha amizade com o Major; que então perguntou ao Major se ele estaria brincando, ao que o Major respondeu que estava falando sério (...).

Assim, naquele momento, não restava qualquer dúvida de que o Acusado sabia que o 1º Ofendido estava a exercer suas prerrogativas como superior hierárquico, exigindo-lhe a apresentação esperada de um militar da ativa.

---

[103] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.412.

Porém, o Acusado respondeu à ordem, segundo suas próprias palavras, nos seguintes termos:

> (...) "Major, o exemplo começa de cima para baixo; tem Oficial com cabelo e costeletas maiores que a minha"; (...) que em seguida respondeu: "Major, estou de saco cheio do Senhor!"; que ainda perguntou: "o que é que o Senhor vai querer?"; (...) que na sequência, ficou muito irritado e acabou dando um soco na tampa da caixa do disjuntor (...).

Dessa maneira, constata-se que o Acusado, admoestado, passou a intentar deprimir a autoridade do Ofendido, seu superior. Primeiro, apontou oficiais mais antigos que o Ofendido e que, em seu entender, estariam mal apresentados, nos seguintes termos: "Major, o exemplo começa de cima para baixo; tem Oficial com cabelo e costeletas maiores que a minha".

Ora, com que intuito faria tal comentário o Acusado, senão para confrontar a ordem do Ofendido? Assim, agiu o Acusado no sentido de desafiar o Ofendido a exigir o mesmo por parte dos seus superiores, o que, por óbvio, não seria possível, em face da rígida cadeia hierárquica existente no âmbito da caserna.

Não obtendo o resultado almejado, o Acusado exclamou a seu superior: "(...) estou de saco cheio do Senhor!". Com essas palavras, o Acusado passou, de maneira ainda mais direta, a desafiar a autoridade do Ofendido. A hierarquia e a disciplina militares não permitem que nenhum militar manifeste críticas a seus superiores, mormente na presença de outros militares, menos ainda quando essas críticas são tecidas em tom de indignação e, principalmente, com termos inadequados, como os empregados pelo Acusado.

Ato subsequente, o Acusado indagou: "o que é que o Senhor vai querer?", claramente desafiando (ou mesmo ameaçando) o Ofendido a tomar alguma medida em relação a sua pessoa.

Não bastassem os lamentáveis acontecimentos ocorridos até aquele momento, o Acusado passou a golpear a caixa do disjuntor que se encontrava próxima ao local do cenário jurídico, expondo assim seu descontentamento e insubordinação, não só contra aqueles que estavam próximos aos acontecimentos, mas também contra todos os militares que acompanhavam a reunião comemorativa do aniversário do Diretor do Hospital Geral de Fortaleza, chegando, inclusive, a interromper o evento por alguns instantes.

Os fatos relatados pelo Acusado foram amplamente confirmados pelo conjunto probatório colacionado aos autos.

Conforme dito, o delito de desrespeito a superior, artigo 160 do CPM, é subsidiário em relação ao crime de desacato a superior, artigo 298 do CPM, e só deve ser aplicado, conforme expressa disposição legal, quando "...o fato não constitui crime mais grave".

Ocorre que, no presente caso, o Acusado extrapolou em muito a figura do desrespeito, na medida em que se constata em sua conduta o intento de desdenhar e atacar a autoridade representada pelo Ofendido, sobretudo quando a ordem de adequar as costeletas ao padrão exigido já fora emanada em quatro situações anteriores.

Portanto, merece acolhimento o recurso ministerial e o pleito defensivo, no que se refere à reversão da tipificação imputada ao Acusado na Sentença condenatória para o enquadramento, inicialmente constante da denúncia, em ambos os fatos ocorridos no dia 2/9/2015, qual seja desacato a superior (artigo 298 do CPM).

Passa-se então à dosimetria da pena no que concerne tão somente ao primeiro fato, uma vez que, em relação ao segundo, não houve qualquer manifestação do Ministério Público Militar, pelo que permanecerá fixada em 1 (um) ano de reclusão.

O Acusado é primário e seus antecedentes são bons, e, em certa medida, a gravidade do crime não foi de todo muito elevada, levando-se em consideração que não lançou mão de palavrões. Reputa-se, ainda, a intensidade do dolo como ordinária para esse tipo de crime, pesando contra si, tão somente, as circunstâncias de tempo e lugar, uma vez que praticado durante a reunião comemorativa do aniversário do Diretor do Hospital Geral de Fortaleza, pelo que se impõe fixar a pena base no mínimo legal, em razão das circunstâncias favoráveis.

Na segunda fase, ausentes as agravantes e atenuantes, mantém-se a reprimenda em seu patamar mínimo. Na terceira fase, igualmente, verifica-se a inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena, motivo pelo qual se torna definitiva a pena aplicada em seu mínimo legal 1 (um) ano de reclusão para o primeiro crime, cometido na manhã do dia 2/9/2015.

Em relação à continuidade delitiva, convém transcrever importantes considerações tecidas em sede de Sentença (fl. 247, vol. 2):

> Ocorre o concurso de crimes quando o agente pratica dois ou mais crimes, situação que se verificou no caso.
>
> Inicialmente, o MPM aduziu que não cabe a aplicação do crime continuado à espécie do concurso, e que a hipótese é de concurso material. A defesa, por sua vez, argumenta que se crime houvesse, haveria continuidade delitiva.
>
> Entendo que se aplica a teoria objetiva-subjetiva para reconhecimento do crime continuado, e que **nas condutas em tela houve uma unidade de desígnios, em tese seria cabível o reconhecimento da continuidade delitiva. Ora, é fato que as cenas de indisciplina**

> **ocorreram de forma sucessiva, em contextos próximos, e com liame entre uma e outra conduta, com semelhança de tempo, lugar e maneira de execução**. (Grifei).

Dessa forma, observa-se claramente que a Sentença proferida pelo Juízo *a quo* debruçou-se sobre a análise de eventual presença dos elementos autorizadores da aplicação da continuidade delitiva, identificando-os no presente caso. Em avançado, contudo, o Conselho de Justiça aponta a impossibilidade de aplicar o instituto jurídico exclusivamente em razão da desclassificação por ele procedida, senão vejamos (fl. 247, vol. 2):

> **No entanto, observa-se que houve a desclassificação da primeira conduta para o crime do art. 160 do CPM**, **tornando-a crime de natureza diversa, a afastar o permissivo da continuidade delitiva**. Ainda que se queira afirmar o caráter subsidiário e a mesma finalidade do delito na quebra da hierarquia e disciplina, não há como dar tamanho elastério à norma para esse fim, vez que o legislador, ainda que de forma equivocada, colocou o crime do art. 160 do CPM dentre os crimes contra a Autoridade e a Disciplina Militar, e o art. 298 dentre os crimes contra a Administração Militar. (Grifei).

A despeito das considerações eventualmente existentes acerca do tema, tem-se que a presente fundamentação constante da Sentença condenatória não fora apropriadamente impugnada pelo Ministério Público Militar em seu apelo, de forma que essas ponderações não podem ser desconsideradas por esta Corte, o que decerto acarretaria em prejuízo ao Acusado.

Firme a necessidade de considerar como formal o concurso de crimes cuja responsabilidade recai sobre o Acusado, passa-se à análise das consequências quantitativas para efeito da fixação de sua pena final.

Há muito a Justiça Militar da União utiliza as disposições constantes no Código Penal acerca da continuidade delitiva, contidas em seu artigo 71, segundo o qual:

> 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 como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Desta feita, considerando que o Acusado foi apenado duas vezes pelo crime de desacato a superior, art. 298 do CPM, sempre em seu patamar mínimo, fixa-se sua pena final em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade e estabelecendo o regime aberto no caso de eventual cumprimento de pena, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro.

A respeito do pleito de não concessão do *sursis* ao Acusado, deduzido em Contrarrazões de Apelação apresentadas pelo Ministério Público Militar em 1ª Instância, forçoso se faz seu não conhecimento, dado sua extemporaneidade. Não havendo, portanto, apelado em tempo acerca de tal provimento judicial, mantém-se a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, pelo mesmo prazo de prova de 2 (dois) anos e iguais condições, já estabelecidas na Sentença atacada.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento parcial às Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União para, reformando a Sentença, condenar o 2º Sgt Ex JAIR SANTOS DE SOUZA como incurso, por duas vezes, no crime de desacato a superior (artigo 298 do CPM), em continuidade delitiva, à pena final de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, cujas condições foram adrede estabelecidas pela Sentença, fixando, ainda, o regime aberto no caso de eventual cumprimento de pena, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato de Ata do julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade da Sentença, por cerceamento de defesa, arguida pela Defensoria Pública da União. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer e dar provimento parcial às Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União para, reformando a Sentença, condenar o 2º Sgt Ex Jair Santos de Souza como incurso, por duas vezes, no crime de desacato a superior (artigo 298 do CPM), em continuidade delitiva, à pena final de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade e o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, fixando, ainda, o regime aberto no caso de eventual cumprimento de pena, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, nos termos do voto do Ministro-Relator Carlos Augusto de Sousa.

Brasília, 10 de maio de 2018 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 37-02.2016.7.09.0009-MS

Relatora: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Revisor: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Jonas Johnny de Souza Exeverria.

Advogado: Dr. Marlon Ricardo Lima Chaves.

EMENTA

ESTUPRO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DELITO CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE DIFERENCIADO. COERÊNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. BEBIDA ALCOÓLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*.

Em se tratando de delitos contra a liberdade sexual, a jurisprudência pátria é pacífica em conferir valor probante diferenciado à oitiva da vítima, uma vez que tais crimes, normalmente, ocorrem sem a presença de testemunhas. Exigem-se, obviamente, a coerência e a consonância com as demais provas dos autos.

No tocante à ebriedade do acusado, a ingestão de bebida alcoólica não lhe retirou o elemento subjetivo necessário para caracterizar o crime de estupro tentado. Cediço que o Código Penal comum e o militar adotaram a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não se exclui a imputabilidade penal de quem se colocou, de modo voluntário ou culposo, na posição de incapacidade de entender o caráter ilícito do fato.

A imposição de ato sexual forçado a uma mulher, como de resto a qualquer ser humano, desumaniza-o e desintegra-o como pessoa e sujeito de direito. Coisifica o corpo, oprime a identidade e subjuga a sexualidade à violação e à força. Aqui, está-se diante de um exercício físico de superioridade masculina sobre quem não o possui em igual intensidade.

Recurso provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu e deu provimento ao recurso do Ministério Público Militar, para condenar o Cb Ex Jonas Johnny de Souza Exeverria, como incurso no delito do art. 232, c/c o art. 30, parágrafo único, ambos do CPM, à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, convertida em prisão, em regime inicialmente aberto para eventual cumprimento da pena, com o benefício do **sursis** pelo prazo de 2 (dois) anos, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM,

à exceção da alínea "a", e o direito de recorrer em liberdade, nos termos do voto da Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa (Revisor), Alvaro Luiz Pinto e Francisco Joseli Parente Camelo conheciam e negavam provimento ao recurso de Apelação para manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença do Juízo ***a quo***, que absolveu o Apelado do crime previsto no art. 232, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM. O Ministro-Revisor fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, e o Advogado da Defesa, Dr. Marlon Ricardo Lima Chaves.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 6/2/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar no tocante à absolvição de JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA, Cb Ex, do crime previsto no art. 232, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM.

Narra a Denúncia (fls. 2/2.2) que:

> Consta nos autos que no dia 06.02.2015, por volta das 21h30min, a Sra. Juliana Serrano de Mello e Braga, ao sair da festa de passagem de Comando do 3º BAvEx e se deslocar pelo estacionamento do ECAp, foi surpreendida por um militar fardado no momento em que ela entrava em seu veículo.
>
> Inicialmente ele a segurou pelo braço e proferiu obscenidades, depois pediu um beijo e mencionou que a estava observando desde o momento em que ela chegara à festa, convidando-a para ir "ao mato ao lado do alojamento".
>
> Após esta circunstância ofensiva, ela conseguiu entrar no carro, mas o denunciado a impediu de fechar a porta e se jogou em cima da vítima, debruçando-se sobre ela no intuito de consumar o estupro, dizendo "vamos dar uma rapidinha". Entretanto, naquela hora ela conseguiu tirar os pés dos pedais e empurrá-lo para fora do carro, quando então fechou, trancou a porta e fugiu, dirigindo em direção à saída do estacionamento.
>
> Cabe ressaltar que a vítima a todo instante negava o contato físico, tentando se desvencilhar do denunciado. Até chegou a lembrá-lo de que

seu esposo era superior hierarquicamente, a fim de dissuadi-lo do intento criminoso. E mais, de acordo com a Sra. Juliana, o denunciado tentava esconder seu nome na farda, porém ela conseguiu avistar as letras "E", "X' e "RR" que faziam parte do seu nome.

Ao chegar em casa, a vítima mandou uma mensagem ao seu marido, o Cap Gabriel Braga, conforme documento de fls. 55, avisando-o de que teria acontecido algo anormal em sua saída do BAvEx naquela noite, e pedindo que ele a contatasse por telefone. Foi então que o Cap Braga tomou conhecimento dos fatos e procurou o Maj Silva Melo para relatar o caso. Este, interpretando as letras avistadas pela vítima concluiu que o militar envolvido era o Cb Exeverria.

A partir de tal constatação, o Cap Braga procurou o denunciado, como não o encontrou de imediato pediu para que o Cb Fermow o encontrasse e o conduzisse fardado até a guarda. Quando o denunciado enfim lhe foi apresentado, o Cap Braga tirou uma foto e enviou para sua esposa (fl.55), que prontamente identificou-o como sendo o agressor.

Assim, conhecendo o autor do crime, o Cap Braga procurou os meios legais para apurar o fato grave, registrando um Boletim de Ocorrência (fls.04/05), bem como informando a conduta do ora denunciado ao Comandante através do DIEX nº5-S Op EHRAIEHRA/3º BavEx, de 9 de fevereiro de 2015 (fls.30/31).

Com a abertura da Sindicância para apurar a transgressão do ora denunciado, foi possível inferir por meio dos relatos das testemunhas e até da própria vítima que o denunciado apresentava-se embriagado no momento do delito, por conta da ingestão de bebida alcoólica servida no coquetel da festa oferecida no Batalhão aquela noite.

Entretanto, sopesa-se que seu discernimento não estava completamente comprometido, uma vez que a vítima mencionou o cuidado do denunciado em esconder seu nome identificado na farda. O que demonstra de forma inequívoca de que ele sabia que estava praticando um crime, ou seja, agiu com dolo, mas tomando o cuidado para não ser descoberto posteriormente.

Outrossim, vale lembrar que o ora denunciado só seria considerado inimputável caso a embriaguez fosse completa e proveniente de caso fortuito ou força maior, conforme prevê o artigo 49 do CPM, o que não foi o caso. Houve a ingestão de bebida de forma deliberada, assumiu, portanto a responsabilidade de seus atos a partir daquele momento e, como dito anteriormente, possuía o discernimento suficiente para o seu propósito de delinquir e não ser identificado.

Em que pese o fato narrado pela vítima não tenha testemunha, como ocorre na grande maioria dos crimes sexuais, o relato da Sra. Juliana traz elementos pertinentes e verossímeis, tais como o horário, o local sem a devida vigilância, a comunicação do fato ao marido logo após ter acontecido e a constância nos relatos.

> Desta forma, conclui-se que o delito praticado pelo ora denunciado constituiria no estupro (art.232 do CPM), por ter o acusado constrangido a vítima à conjunção carnal mediante violência, porém o ato não foi consumado por circunstâncias alheias à sua vontade (reação da vítima), aplicando-se ao caso a previsão das penas na modalidade do crime tentado, conforme prevê art. 30, II, do CPM.

Foram juntados aos autos, entre outros, os seguintes documentos:

Inquérito Policial instaurado no âmbito da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher da Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul:

- Boletim de ocorrência policial (fls. 4/5 do Apenso 1);
- Termo de declaração da vítima (fls. 12/12-verso do Apenso 1);
- Termo de depoimento do marido da vítima (fls. 13/13-verso do Apenso 1);
- Termo de declaração do autor (fls. 18/19 do Apenso 1);
- Despacho de indiciamento do autor (fls. 209/210 do Apenso 1);
- Termo de Qualificação e interrogatório (fl. 212 do Apenso 1);
- Informações sobre a vida pregressa do indiciado (fl. 215 do Apenso 1); e
- Relatório do IP (fls. 219/222 do Apenso 1).

Sindicância instaurada no âmbito do 3º Batalhão de Aviação do Exército:

- Parte elaborada pelo marido da vítima (fls. 30/31 do Apenso 1);
- Termo de inquirição do marido da vítima (fls. 49/51 do Apenso 1);
- Termo de inquirição da vítima (fls. 52/53 do Apenso 1);
- Fotografia do acusado tirada pelo marido da ofendida (fl. 55 do Apenso 1);
- Folha de Alterações do autor (fls. 61/78 do Apenso 1);
- Pesquisa no sítio Google Maps do trajeto entre a OM e a residência da vítima (fl. 79 do Apenso 1);
- Termo de inquirição do sindicado (fls. 80/82 e 85 do Apenso 1);
- Termo de inquirição de testemunhas (fls. 94/95; 96/98; 99/100; 115/116; 117/118; 133/134; 140/141 do Apenso 1);
- Termo de acareação (fl. 135 do Apenso 1);
- Relatório da Sindicância (fls. 187/195 do Apenso 1); e
- Solução da Sindicância (fls. 197/199 do Apenso 1).

Ação Penal Militar:

- Folha de Antecedentes Criminais negativa (fls. 10; 73/75);

- Cópia de imagem retirada do sítio Google Maps, na qual a ofendida teria estacionado seu veículo (fl. 28); e

- Parecer Fonoaudiológico, com a conclusão de que o acusado seria gago (fl. 71).

A Denúncia foi recebida em 22/4/2016 (fls. 4/5).

O acusado foi devidamente citado (fl. 14).

A ofendida Juliana Serrano de Mello e Braga foi ouvida em Juízo, tendo relatado o seguinte (fls. 17/20):

> (...) que na data dos fatos estava havendo uma festa referente à passagem de Comando do BAVEx; que a depoente compareceu à festa juntamente com o seu marido, Cap Gabriel Braga; que no dia seguinte teria que acordar cedo para trabalhar, razão pela qual saiu da festa antes que o seu marido, pois este ainda tinha alguns afazeres no quartel; que se dirigiu para pegar o seu veículo, sendo que o mesmo estava estacionado na frente de um alojamento do BAVEx; que quando acionou o controle remoto e abriu o seu veículo foi segurada no braço; que já estava bem próxima do carro; que imaginou que fosse alguém conhecido ou alguém que queria dar algum recado do seu marido; que se tratava de um militar fardado; que acha que era o uniforme camuflado; que o militar disse que estava observando a depoente; que achou aquilo muito estranho, sendo que tentou entrar no carro; que o indivíduo colocou a mão na porta do carro e impediu a entrada da depoente; que ele pediu um beijo para a depoente; que olhou para o indivíduo e era visível seu estado de embriaguez, sendo que inclusive tinha um forte bafo etílico; que tentou ver o nome do indivíduo escrito na farda; que perguntou o nome do indivíduo, mas ele tapava o nome da farda com um copo de cerveja que tinha na mão; que o indivíduo falou que não era bobo e não iria dar o nome, pois sabia quem era o marido da depoente e que ele era superior hierárquico dele; que conseguiu entrar no carro e sentar no banco, ligando os faróis; que o indivíduo se jogava em cima da depoente; que tirou os pés do pedal do carro e com os pés empurrou o indivíduo para fora do carro; que o indivíduo enquanto se jogava em cima da depoente dizia que ali estava desconfortável e que era para irem até um mato ao lado para darem uma "rapidinha"; que o local era bem escuro e não tinha iluminação; que conseguiu ver algumas letras do nome estampado na farda do indivíduo, que eram as letras: E, X e RR; que reparou ainda que o indivíduo tinha olhos claros e usava aparelhos nos dentes; que depois que empurrou o indivíduo para fora do carro ligou o mesmo e conseguiu sair do local; que passou pelo Corpo da Guarda e nem imaginou informar o ocorrido; que só foi começar a pensar nisso quando chegou em casa; que enviou um *Whatsapp* para o seu marido dizendo

que tinha acontecido algo desagradável no Quartel; que seu marido telefonou e a depoente contou tudo; que seu marido disse que iria averiguar no quartel; que logo em seguida o seu marido lhe enviou uma foto do acusado; que a depoente reconheceu imediatamente que a foto era da pessoa que a tinha atacado; que confirmou tal fato para o seu marido; que não conhecia o acusado; que no momento dos fatos não teve sequer reação para gritar; que naquele momento somente falou sobre os fatos com o seu marido; que no dia seguinte foi trabalhar normalmente, às 9 horas da manhã; que até hoje está com essa situação na sua cabeça; que não notou que estava sendo seguida somente se dando conta quando o indivíduo segurou o seu braço; que a festa ocorria no hangar, que não era muito distante do local onde a depoente foi abordada; que do local dava para ver o hangar; que ficou durante a festa toda numa mesa com outras esposas de militares, sendo que em momento algum notou alguém a observando de forma insistente; que estavam servindo bebida alcoólica na festa, mas a depoente não bebe bebida alcoólica; que apesar de estar escuro no local a depoente conseguiu enxergar algumas letras do nome do indivíduo, além da cor dos olhos e do mesmo usar aparelho, em razão da proximidade do mesmo com o corpo da depoente; que o indivíduo segurou o braço da depoente fora do carro; que dentro do carro ele não chegou a segurar a depoente, mas jogou o corpo para cima do corpo da depoente, fazendo pressão; que não se recorda que [horas] chegou na festa, sendo que saiu por volta das 21:30h; que quando conseguiu arrancar com o carro a depoente estava muito assustada, querendo chegar logo em casa. (...) que, ao olhar o rosto do réu, na presente data, no Plenário, o identifica como sendo a pessoa que a atacou. (...) que acredita que o indivíduo estivesse segurando a cerveja com a mão direita, mas não tem certeza dessa informação; que quando o indivíduo pediu um beijo falou o seguinte: "só um beijinho"; que o indivíduo disse que ninguém precisava saber; que fora essas palavras o indivíduo pronunciou as palavras já declaradas pela depoente; que esclarece que as obscenidades ditas pelo indivíduo foi que "que ele sabia chupar gostoso"; que ele falou mais, mas em razão do tempo não se recorda; que o indivíduo falou que sabia chupar gostoso antes de se jogar para cima do depoente; que pelo que se recorda isso foi dito no momento em que o indivíduo tentava impedir a depoente de abrir a porta do carro; que esclarece que o indivíduo primeiro tentou impedir que a depoente abrisse a porta do carro; que depois, já no momento em que a depoente havia empurrado o agressor com as pernas, o mesmo tentou impedir com o corpo que a porta do veículo fosse fechada; que não se recorda se o indivíduo apoiou o braço em algum local quando se jogou em cima da depoente; que esclarece que o indivíduo quando se jogou em cima da depoente forçava o corpo dele contra o corpo da depoente; que sabia que existia mato mesmo próximo ao alojamento, pois quase todo dia vai deixar o seu marido no local; que o mato ainda existe no local; que havia um balizador, mas o mesmo não estava próximo ao estacionamento, estando mais próximo do hangar; que não se recorda se o balizador estava antes ou depois da

> garagem do quartel; que não se recorda se o balizador tinha lanterna, que até acha que sim, mas em razão do tempo não pode afirmar; que não se recorda se passou pelo balizador quando ia para o estacionamento; que talvez tenha passado, mas não sabe se foi quando estava chegando ou saindo; que o agressor estava com boina; que para a depoente o fato de ter identificado algumas letras do nome do agressor, além da cor da pele, cor dos olhos, tamanho e do mesmo usar aparelho nos dentes já era uma descrição suficiente; que chegou em casa, trocou de roupa e enviou a mensagem para o seu marido; que do quartel até a sua casa leva em torno de 15 a 20 minutos; que não tem ideia [de] que [quanto tempo] levou para tirar a roupa e a maquiagem quando chegou em casa; que talvez tenha tomado água e também tenha feito uma oração, mas realmente não se recorda.

O esposo da vítima Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga, arrolado como testemunha de acusação, prestou o seguinte depoimento (fls. 21/24):

> (...) que é casado com Juliana, que figura como ofendida no presente processo; que na data dos fatos ocorria a festa de passagem de Comando do BAVEx; que foi mais cedo para o Quartel, pois tinha diversas missões a cumprir; que Juliana foi sozinha para o Quartel depois, assistindo à passagem de Comando e ficando para a festa; que sua esposa saiu da festa para ir para casa por volta das 21:30h; que o depoente permaneceu no hangar; que estava aguardando para dar o cumprimento final ao Comandante que saía, ocasião em que recebeu uma mensagem de sua esposa que pedia para ligar para ela, pois tinha acontecido um fato meio desagradável no Quartel; que o depoente imediatamente ligou para a sua esposa; que sua esposa informou que um militar fardado tinha tentado atacá-la no estacionamento onde ela havia deixado o veículo, dentro do Quartel; que sua esposa disse que o militar estava bêbado, com um copo de cerveja na mão e tentando esconder o nome; que sua esposa disse que o militar tinha tentado agarrá-la e também tentado entrar no carro, falando obscenidades para ela; que ela foi contando as coisas aos poucos ao depoente, sendo que ela disse que o militar tinha convidado a mesma para ir para o mato, pois no carro seria desconfortável; que sua esposa disse que tinha conseguido identificar as letras E, X e RR, no nome na farda do militar que a agrediu; que desligou o telefone e saiu de forma, tendo comunicado o fato ao Subcomandante; que não se recorda se o Subcomandante ainda era o Maj Dizioli ou o Maj Pastare; que se recorda que o Maj Silva Melo estava no local e disse que aquelas letras levavam ao Cb Exeverria; que o depoente disse que não poderia acusar o Cb Exeverria sem diligenciar se havia mais algum militar com essas características; que o Subcomandante autorizou que os portões da Guarda fossem fechados; que o depoente ligou para a sua esposa e perguntou mais detalhes; que Juliana disse que o seu agressor era forte, tinha olhos claros e que usava aparelho nos dentes; que com essas informações complementares, o depoente pediu ao Cabo-de-Dia, Cb Fermow, que achasse o Cb Exeverria e o levasse até o Corpo da Guarda; que passado um bom tempo apareceram dois militares conduzindo o Cb

Exeverria, sendo que Exeverria estava amparado por esses dois militares, pois estava muito bêbado; que pediu o Cb Exeverria sentar no Corpo da Guarda e olhar para câmera, sendo que tirou uma foto do mesmo e a enviou para a sua esposa; que logo depois ligou para a sua esposa e ela disse ter identificado a pessoa da foto como aquela que a agrediu, dizendo que tinha certeza que era aquele; que informou ao Subcomandante, que já estava no Corpo da Guarda, que sua esposa tinha identificado o Cb Exeverria como sendo o agressor; que o Subcomandante liberou a saída; que foi com o Cb Exeverria e Comandante da Guarda para dentro da Guarda; que entraram também o Cap Cesário e o Subcomandante; que procurou com calma com o Cb Exeverria, tentando extrair dele alguma informação; que o Cb Exeverria respondia coisas alheias do que era perguntado; que o depoente perguntou se ele se recordava de ter mexido com alguma mulher aquela noite, mas Exeverria dizia que era Cabo e era disciplinado; que Exeverria estava com o olho bastante vermelho e visivelmente embriagado, exalando odor etílico; que em determinado momento o depoente se exaltou e apontou para o Cb Exeverria e disse que ele tinha mexido e atacado a sua esposa; que naquele instante o Subcomandante mandou que o Cap Cesário retirasse o depoente do local, mandando que o depoente fosse para casa cuidar de Juliana; que o depoente seguiu para a sua residência; que quando chegou em casa Juliana estava chorando bastante e o depoente chorou junto com ela; que Juliana repetiu tudo o que havia acontecido; que naquele momento Juliana não deu maiores detalhes, mas quando foram registrar a ocorrência na Delegacia o depoente ficou sabendo, por intermédio de sua esposa, que o agressor chegou a entrar no carro dela; que Juliana disse que tentava fechar a porta do carro e o agressor não deixava com o braço, sendo que ele chegou a entrar no carro, mas Juliana já se preparou para empurrá-lo com os pés; que diante da Delegada Juliana informou que o agressor tinha chegado a deitar em cima dela dentro do carro; que, no entanto, acha que ele tenha tentado deitar, pois se tivesse deitado totalmente ela não teria impulsão para expulsá-lo com os pés, mas Juliana informou que o agressor mediu forças várias vezes com ela, tanto para tentar impedi-la de abrir a porta do carro, quanto para fechar a porta do carro; que em relação ao fato dele ter deitado totalmente ou não em cima de Juliana, o que o depoente declarou é o que pensa que ocorreu pelo relato de Juliana, mas não gosta de ficar pensando naquela cena; que não mais procurou o Cb Exeverria para conversar; que nas proximidades havia balizadores; que chegou a dizer para Juliana que ela poderia ter pedido socorro imediatamente para qualquer um no Quartel, inclusive na Guarda, pois as coisas poderiam ser resolvidas de pronto; que atribui o fato de Juliana só ter informado sobre o ocorrido quando chegou em casa em razão do estado psicológico dela, tanto é que ela chegou a dizer que imaginou que o balizador e o pessoal da Guarda tinha visto tudo o que ocorreu e estavam mandando ela embora para proteger o agressor; que o próprio depoente já teve atitude semelhante quando foi vítima de um sequestro relâmpago em Campinas, uma vez que só foi acionar a polícia

> no dia seguinte ao dos fatos; que o Cb Exeverria não estava de serviço na data dos fatos, mas o depoente desconhece se ele tinha alguma missão específica no evento da passagem de Comando; que ninguém no Quartel comentou com o depoente ter visto o ocorrido; que Juliana não estava chorando quando falava ao telefone com o depoente, mas quando chegou em casa ela já estava chorando e quando viu o depoente ela desabou; que Juliana é uma pessoa calma e tranquila; que do hangar até o estacionamento o depoente estima que tem uns 300 (trezentos) metros; que o Cb Exeverria não trabalha e nunca trabalhou com o depoente; que sempre viu o Cb Exeverria como um bom militar e um bom disciplinador de soldados; que ficou na festa com Juliana e iria até embora com ela, mas foi alertado que ainda tinham que fazer os cumprimentos do Comandante que se despedia; que ficou acertado que Juliana iria na frente e o depoente iria de carona com o Cap Cesário; que do Quartel para a sua residência o trajeto leva uns 20 (vinte) minutos; que na verdade não há mato alto para se ficar atrás no estacionamento, mas sim um gramado; que isso foi mais uma das coisas desconexas que o agressor falou para sua esposa. (...) que o veículo que era utilizado por Juliana era um Celta, cor prata; que viu a posição em que Juliana estacionou o carro, porque foi até o veículo pegar a sua boina; que a região onde o carro estava estacionado é aproximadamente onde o depoente marcou na foto do Google Maps que será juntado nos autos; que não sabe onde o balizador estava localizado; que o balizador deveria ficar bem na saída do estacionamento, que fica uns 20 (vinte) ou 30 (trinta) metros do local onde o carro estava estacionado; que sua esposa o leva até o Quartel de carro.

Pela defesa constituída foram indicadas (fls. 30/32) e ouvidas as testemunhas a seguir:

Cb Ex Antônio Marcos Freitas Alves (fls. 44/45):

> (...) que na época dos fatos narrados na Denúncia já servia no BAvEx; que não estava de serviço; que na data dos fatos participou da Formatura de Passagem de Comando e após entregar o armamento, entre às 20 e 21 horas, foi para o coquetel no hangar; que o acusado também participou da formatura e foi junto com o depoente para o coquetel no hangar; que durante o coquetel o tempo todo esteve com o acusado; que conhece somente de vista a esposa do Cap Braga; que durante o coquetel não houve conversa entre o acusado e a esposa do Cap Braga; que naquele dia não houve nenhum comentário do acusado com o depoente sobre a esposa do Cap Braga; que por volta das 22 horas saiu com o acusado do hangar e foram até o pátio principal do BAVEx; que dali o depoente foi para o estacionamento da Base e o acusado foi em direção ao alojamento; que não sabe se o acusado efetivamente foi para o alojamento porque o local estava cheio de carros; que depois disso naquele dia não teve mais contato com o acusado; que apesar de terem bebido na data dos fatos os dois ainda estavam andando; que do pátio principal do BAvEx até o estacionamento do ECAp dá mais ou menos de

200 a 300 metros; que no BAvEx trabalha no Pelotão SAR (Pelotão de Salvamento Aéreo e Resgate); que o acusado já na época dos fatos trabalhava no mesmo Pelotão que o depoente; que só tem convívio funcional com o acusado; que o contato que tem com o acusado é só o do serviço mesmo; que durante o coquetel o depoente esteve o tempo todo com o acusado, só saindo para ir no banheiro do próprio hangar; que isso durou uns cinco minutos e ele já retornou; que entende que na data dos fatos não bebeu mais do que deveria, mas pelo que viu o acusado bebeu mais do que deveria; que não sabe de nenhum comentário relativo à esposa do Cap Braga, entre os militares da OM; que na data dos fatos beberam somente cerveja; que pelo que se recorda quando saíram do hangar o acusado não estava carregando nenhuma bebida; que tem certeza do horário que saíram do hangar por conta de uma ligação que recebeu da esposa; que conhece o acusado desde 2012, não se recordando exatamente o mês; que é mais antigo que o acusado; que pelo que viu do acusado quando saiu do hangar crê que não tinha condições de imobilizar uma mulher, mas ele saiu andando. (...) que a distância entre o hangar e o estacionamento do ECAp é em torno de 500 metros; que não existe matagal no interior do BAvEx; que próximo ao BAvEx há alguns pés de banana, mas não chega a ser fechado; que esse bananal fica na ponta da avenida e fica longe do estacionamento do ECAp, distante mais de 1000 metros; que para chegar a esse bananal não é necessário passar pela Guarda; que quando estava no hangar com o acusado por um bom tempo estava também o Cb Jobson; que esse militar já deu baixa; que bebida alcoólica somente era fornecida dentro do hangar; que o acusado é gago. (...) que não recebeu nenhuma orientação sobre o que dizer em Juízo na data de hoje; que o acusado não comentou nada com o depoente sobre os fatos aqui apurados; que ficou sabendo sobre os fatos por outros militares.

Cb Ex Willian da Silva (fls. 46/47):

(...) que na época dos fatos narrados na Denúncia já servia no BAvEx, na ECAp (Esquadrilha de Comando e Apoio); que não estava de serviço; que participou da Formatura de Passagem de Comando e depois foi para o coquetel no hangar; que terminou a formatura, entregou o armamento e já retornou para o hangar; que quando começou o coquetel já era noite, não se recordando exatamente o horário; que durante o coquetel não viu o acusado; que só viu o acusado quando já estava indo embora, por volta das 22 horas, quando foi buscar o seu carro, em frente à garagem do Batalhão da Base; que o seu carro estava atrás da ECAp; que não chegou a conversar com o acusado; que viu que ele estava deitado, jogado no chão; que tentou levantar ele, mas não conseguiu pois ele era muito pesado e então foi chamar o Cb Fermow, o qual estava de serviço, para ajudar; que junto com o Cb Fermow e, salvo engano, o Sd De Oliveira levaram o acusado até o alojamento; que depois disso pegou o carro e foi até a Guarda para ir embora, mas não foi permitido; que do estacionamento da ECAp até o local onde encontrou o acusado deitado tem de 70 a 100 metros; que só tem convívio funcional com o acusado;

que conhece o acusado desde quando ele foi para o BAvEx, salvo engano, em 2012 ou 2013; que o acusado foi transferido do BSup para o BAvEx; que na opinião do depoente o acusado é um bom militar; que do hangar até o local onde foi pegar o seu carro passava no local em que encontrou o acusado; que quando esteve com o acusado ele não disse nada, ele estava meio dormindo, meio embriagado; que quando saiu do hangar sua família também já foi embora em outro carro; que chegou a ligar para a esposa do acusado para ver se ela poderia buscá-lo, mas ela disse que não podia porque estava sozinha com o filho deles; que então disse para a esposa dele que iria levá-lo; que em seguida colocou o seu carro do lado da porta do alojamento, mas ele já não estava mais lá; que em seguida foi para a Guarda e, conforme disse acima, já não deixaram mais sair; que o Cap Braga não é chefe imediato do depoente. (...) que quando encontrou o acusado ao lado dele tinha um copo com líquido dentro, um celular e uma mochila; que no interior do quartel não tem mato, somente no lado externo, perto da cerca; que quando levaram o acusado para o alojamento ele foi carregado, pois não conseguia andar; que o acusado é gago. (...) que na Guarda não falaram o porquê não poderiam sair do quartel, apenas que todos os cabos e soldados não poderiam sair; que no mesmo dia ficou sabendo dos fatos narrados na Denúncia; que ficou sabendo por boatos, mas não sabe exatamente quem comentou.

Cb Ex Allef Ferreira de Almeida de Souza Barbosa (fls. 48/49):

(...) que na época dos fatos narrados na Denúncia já servia no BAvEx; que na data dos fatos exercia a função de balizador; que por volta das 17 horas ficou balizando os carros próximo ao estacionamento da ECAp; que conforme ia chegando os carros e enchendo o local ia mudando o local do estacionamento dos carros; que ficou balizando carro até mais ou menos 22 horas; que conhece de vista a esposa do Cap Braga; que viu quando ela chegou, em um Celta Prata, por volta das 17 horas; que ela estacionou no estacionamento da ECAp; que depois disso não a viu novamente; que entre às 21 e 22 horas estava no Pátio de Formatura, local que serviu de estacionamento; que do Pátio de Formatura dava para ver os carros que estavam no estacionamento da ECAp, mas não dava para ver as pessoas que estavam lá, pois já estava escuro; que nesse horário não viu o acusado; que viu o acusado somente por volta das 22:10h, no banheiro do alojamento; que entre as 21 e 22 horas não ouviu nenhum grito ou algo estranho; que quando viu o acusado no banheiro ele estava bastante embriagado; que o depoente disse que ia embora e o acusado disse que iria junto; que quando o depoente estava arrumando as suas coisas para ir embora o acusado disse que não precisava mais porque iria embora com a esposa dele; que em seguida o depoente foi embora; que não foi barrado na Guarda do quartel; que quando esteve com o acusado ele não disse nada sobre os fatos aqui apurados; que saiu do quartel por volta das 22:30h; que do Pátio de Formatura até o estacionamento da ECAp tem por volta de 300 a 500 metros; que o convívio do depoente com o acusado é somente profissional; que não frequenta a casa do acusado; que não participou do

coquetel; que a função do depoente era só balizar o local; que não tinha a função de fiscalizar a ocorrência de alguma alteração no local; que pelo que sabe nenhum militar ficou responsável por vigiar o local onde estavam estacionados os carros; que quando chegou no banheiro o acusado estava sentado no vaso sanitário; que não viu a esposa do Cap Braga saindo nem do hangar, nem do estacionamento da ECAp; que não viu em outra oportunidade o acusado embriagado; que não ouviu nenhum comentário sobre a esposa do Cap Braga; que está lotado no Pelotão SAR (Salvamento Aéreo e Resgate), que é o mesmo do acusado; que junto com o depoente estavam o pessoal da PE balizando o local; que durante o serviço não foi comentado com o depoente nenhuma alteração; que quando encontrou o acusado no banheiro nenhum dos dois estavam prontos para ir embora; que nunca foi subordinado direto do Cap Braga; que ficou sabendo sobre os fatos somente no outro dia. (...) que tinha bastante balizadores no local, mas não sabe precisar exatamente quantos; que não sabe se o tempo todo tinha um balizador no estacionamento da ECAp; que no período das 21 às 22 horas não sabe se tinha balizador no estacionamento da ECAp; que no interior do quartel não tem mato alto, somente ao fundo, fora das instalações, perto da cerca; que o acusado é gago.

Sd Ex Leonardo Lincoln Soares de Souza (fls. 50/51):

(...) que na época dos fatos já servia na 14ª Cia da PE; que na data do ocorrido exercia a função de balizador dos carros; que exerceu essa função perto dos alojamentos; que não conhece a esposa do Cap Braga; que trabalhou próximo ao hangar, não se recordando qual exatamente a distância do local em que ficou e o hangar; que não sabe onde fica o estacionamento da ECAp; que havia um local específico para que os familiares dos Oficiais estacionassem os seus carros; que ficou nesse local realizando o balizamento dos carros; que só havia um local para o estacionamento dos carros dos familiares dos Oficiais; que esse local ficava próximo de um prédio, antes do hangar; que quando chegou no local para balizar ainda estava claro e lembra que quando saiu já era bem tarde; que entre as 21 e 22 horas estava no local; que nesse horário tinha bastante movimento de carros e pessoas no local; que não conhece o Cb Exeverria; que, olhando para o acusado aqui no Plenário da Auditoria, não se recorda de tê-lo visto na data dos fatos; que a região onde estava era muito escura e por isso não viu nenhuma mulher sozinha vindo do hangar em direção ao local onde estava; que não se recorda de ter visto um Celta prata saindo do estacionamento entre as 21 e 22 horas; que não havia anotação dos carros que entravam e saíam do local; que no período em que estava no local não ouviu discussão, barulho ou gritos no estacionamento; que enquanto estava no estacionamento não viu nenhum militar embriagado ou alterado; que pelo que se recorda que quando saiu do estacionamento já era mais de 22:30h; que no local onde estava não havia mato alto; que no local destinado aos carros dos familiares dos Oficiais comportava mais ou menos uns quarenta carros;

> que atuou fixo no local em que balizava os carros; que atuou sozinho no local em que balizava os carros; que os familiares dos Oficiais eram identificados porque vinham com o pisca-alerta do carro ligado; que por volta das 17 horas saiu do local para ir ao banheiro e beber água, mas em seguida retornou; que isso não levou mais do que dez minutos; que os carros começaram a sair por volta das 21:30h; que ficou sabendo do ocorrido uma semana depois, quando um Tenente do BAvEx foi até à PE e perguntou ao depoente se tinha visto alguma coisa de anormal; que respondeu que não viu nada e aí foi quando aquele Tenente disse que um Cabo teria tentado na data dos fatos fazer alguma coisa com a esposa de um Capitão; que, entre as 21 e 22 horas, se uma pessoa viesse do hangar pela rua até o local onde o depoente estava era possível vê-la entrar no carro, mas que se viesse por trás, pela grama, não tinha como vê-la; que no horário das 21 e 22 horas, se houvesse alguma alteração no local, onde estava era possível o depoente ter percebido. (...) que ficava a uns 8 metros do estacionamento.

Qualificado e interrogado, o acusado negou a imputação narrada na exordial, tendo alegado, *verbis* (fls. 62/65):

> (...) que nenhum dos fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que participou das atividades de passagem de Comando que ocorreram na data dos fatos, inclusive da formatura; que quando o coquetel foi iniciado, já havia escurecido, mas não chegou a olhar no relógio para ver a hora; que na festa o interrogando bebeu tudo que tinha, cerveja e whisky; que chegou a ficar tonto; que permaneceu todo o tempo na festa que era realizada no hangar, tendo ido ao banheiro uma vez, sendo que o banheiro também ficava no hangar; que realmente não se lembrava do que havia ocorrido; que com a instauração da sindicância, o interrogando começou a conversar com seus colegas de quartel e começou a relembrar o que havia ocorrido; que com a ajuda dos colegas, hoje lembra nitidamente de tudo que aconteceu; que passando das 21h, o Cb Marcos Freitas ofereceu uma carona para o interrogando; que a princípio aceitou a carona e junto com o Marcos se dirigiu para o local onde o carro dele estava estacionado; que esse local não era o mesmo em que o carro da ofendida estava estacionado; que os locais ficam à distância de 400 a 500 metros; que no mesmo caminho se lembrou que havia combinado com sua esposa que ela viesse buscá-lo no quartel; que dispensou a carona e se despediu do Cabo Marcos Freitas; que tomou o rumo do alojamento dos cabos e soldados, utilizando um atalho; que não passou pelo estacionamento onde o carro da ofendida estava estacionado; que havia combinado que assim que saísse da festa iria ligar para sua esposa para que ele viesse busca-lo; que no alojamento encontrou o Cabo Barbosa, que também ofereceu carona ao interrogando; que também dispensou a carona; que pegou sua mochila e um capacete que estava em seu armário, pois havia vendido sua moto naquele dia; que retornou em direção ao hangar; que quando passou pela garagem foi alertado por alguns colegas, os quais não se recorda quem era, para que retornasse

para o alojamento, uma vez que notaram que o interrogando estava tonto; que quando retornava para o alojamento, caiu no local onde ficam as viaturas, em frente à garagem; que tentava levantar e não conseguia, pois estava muito tonto; que o seu telefone começou a tocar; que o Cabo William Silva ouviu o toque e viu o interrogando caído, passando a tentar levantá-lo; que o Cabo William Silva não conseguiu levantar o interrogando, sendo que chamou o cabo de dia, Cabo Fermow, para ajudá-lo; que os dois levaram o interrogando para o alojamento; que o interrogando ficou dormindo no alojamento; que soube que foi determinado que nenhum cabo ou soldado poderia ir embora se não encontrasse o interrogando; que o cabo de dia e mais um soldado foram até o alojamento e chamaram o interrogando; que foi levado para a guarda e colocado no banco; que o Cap Braga estava no local e tirou uma foto do interrogando, seguindo para a sala do Comandante da Guarda; que o Cap Braga e o Subcomandante se aproximaram do interrogando, sendo que o Cap Braga começou a perguntar se o interrogando havia mexido com a mulher de alguém ou se conhecia a mulher de alguém; que o interrogando respondia que não; que o Cap Braga meio que se alterou e perguntou se o interrogando tinha mexido com a mulher dele; que, em alto tom, respondeu: "não senhor"; que foi tirada a gandola, o coturno e o cinto do interrogando e foi dada voz de prisão; que foi dito que o interrogando ia dormir para proteger a guarnição de serviço; que chegou a ver o Cap Campos fazendo uma intervenção em favor do interrogando, razão pela qual foi posto em liberdade por volta das 9h da manhã seguinte à noite dos fatos; que até então não sabia o que estava ocorrendo; que, quando saiu do xadrez, perguntou a várias pessoas o que havia ocorrido, até que alguém informou que o interrogando estava sendo acusado de ter tentado estuprar a esposa do Capitão Braga, mas isso só foi ventilado e veio ao conhecimento do interrogando na segunda-feira, ocasião em que ficou sabendo que haveria uma sindicância sigilosa; que nunca havia visto a Sra. Juliana; que o único momento em que passou pelo estacionamento onde estava o carro da ofendida, foi quando chegou ao quartel, por volta das 16h40; que depois não voltou mais a passar por aquele local naquele dia; que nunca respondeu a nenhum processo e nem teve passagem pela polícia; que antes desses fatos, nunca havia sido punido disciplinarmente, nem mesmo com advertência; que serviu no 9º Batalhão de Suprimento e, em 2012, foi transferido para o BAvEx; que conhecia o Cap Braga do quartel e nunca teve qualquer problema com ele; que aquela vez foi a primeira vez que ingeriu bebida alcoólica a ponto de cair e não conseguir se levantar; que não havia formação de grupos na festa no hangar, pois estavam todos juntos, praças e oficiais, sendo que todos conversavam entre si; que se recorda que estavam próximos o Cabo Marcos Freitas, o Cabo Jobson, o Cb Marcondes e outros militares; que em nenhum momento viu a esposa do Cap Braga na festa; que chegou a ver o Cap Braga, mas a esposa dele não; que não costuma misturar cerveja com whisky, mas naquele dia era uma festa e acabou não se dando conta da bebida, sendo que parou de beber assim que notou que não estava bem; que acredita que ficou

> bebendo entre 19h30 e 21h, mas não se recorda ao certo; que, pelo que se recorda não tem ninguém na OM com seu biótipo, mas estando fardado, acaba que todos se parecem, em especial à noite; que somente o interrogando tem a chave dos [seus] armários; que nunca emprestou a sua farda para ninguém; que os fatos são comentados até hoje no quartel; que para alguns o interrogando é inocente e não acredita que faria isso; que outros já condenaram antecipadamente o interrogando e inclusive nem lhe dirigem mais a palavra; que outros brincam com a situação; que quer queira ou não, o interrogando está sendo mandado embora do quartel por conta desses fatos, muito embora seus superiores digam que não; que o resultado da sindicância foi positivo para o interrogando, razão pela qual a ofendida foi até a Casa da Mulher e registrou uma ocorrência, que gerou o inquérito policial na Polícia Civil; que deseja esclarecer que em razão da sindicância, o interrogando respondeu a um FATO, por ter ingerido bebida alcoólica em demasiado, sendo que foi considerado justificado, tendo sido elogiado pelo Comandante da OM, durante a formatura, em razão do interrogando ter assumido seu erro em ter exagerado na bebida alcoólica; que é casado há quatro anos e tem um filho de dois anos de idade. (...) que não sabe dizer quantas doses bebeu naquele dia, mas bebeu bastante, sendo que não deixava o copo ficar vazio, sempre completando com bebida; que bebeu mais cerveja, pois o whisky não era liberado para Cabos e Soldados; que acredita que a Sra. Juliana, por ter citado inicialmente o nome do interrogando, acabou mantendo essa versão até o final; que realmente não sabe dizer porque Juliana acusou já de início o interrogando, pois somente conhecia o marido dela e nunca tinha visto a ofendida; que somente conheceu a ofendida no transcorrer das apurações; que acredita que a cor de seus olhos seja castanho claro; que usa aparelho dentário.

Na fase do art. 427 do CPPM, a Defesa requereu a realização de inspeção judicial ao 3º Batalhão de Aviação do Exército, a fim de que fosse obtida a visão espacial referente às distâncias entre o local do suposto fato e o local da festividade, bem assim verificar a existência ou não de matagais no Batalhão (fls. 80/81).

O Juiz-Auditor indeferiu o pedido sob a seguinte fundamentação (fl. 83):

> (...) Tenho por indeferir o pedido de diligências da Defesa. O próprio réu, assim como testemunhas ouvidas e a ofendida já declinaram nos respectivos depoimentos as características do local, além da distância aproximada. Da mesma forma, completamente ineficaz a realização de uma inspeção judicial para verificar a existência ou não de matagais no local, posto que os fatos se deram há um ano e meio, razão pela qual não se poderia afirmar que a existência de matagais ou qualquer outra característica do terreno na época dos fatos fosse a mesma da época atual. Portanto, a pleiteada diligência em nada irá colaborar com o juízo de convicção dos julgadores sobre o caso. A inspeção judicial, enquanto prova inominada, deve ser reservada para desvendar questões cruciais que não estão disponibilizadas nos autos e, ainda, assim a juízo do julgador.

Em Alegações Escritas (fls. 86/94), o Ministério Público Militar requereu a condenação nos termos da Denúncia.

A Defesa (fls. 96/115), por sua vez, pleiteou a absolvição com fundamento no art. 439, alínea *a*, do CPPM, ou, subsidiariamente, com base nas alíneas *c* ou *e*, ambas do mesmo dispositivo referido.

Em Sessão de 16/8/2016 (fls. 125/126), decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgar improcedente a Denúncia para absolver o réu com fundamento no art. 439, alínea *e*, do CPPM.

A Sentença de fls. 130/137 foi lida e publicada em 17/8/2016 (fls. 126, 128/129 e 138), tendo sido o recorrido e seu advogado intimados na ocasião e o MPM em 19/8/2016 (fl. 141).

Trânsito em julgado para Defesa em 23/8/2016 (fl. 144).

Em 22/8/2016, o *Parquet Milicien* interpôs tempestiva Apelação (fl. 142). Em Razões (fls. 145/174), sustentou ser pacífico o entendimento jurisprudencial de que, em se tratando de crimes sexuais, o depoimento da vítima constitui prova soberana, porquanto o delito seria praticado à sorrelfa, sem a presença de terceiros. Desse modo, a exigência de elementos probatórios outros para que houvesse punição pela prática do agravo teria o condão de gerar impunidade, atemorizando a sociedade e permitindo que nela permaneçam indivíduos de alta periculosidade.

Ressaltou inexistir nos autos nada que pudesse indicar eventual interesse em mentir por parte da ofendida e, muito menos, ter ela se enganado em relação ao ocorrido, não havendo razões para que inventasse acusação tão grave para prejudicar o réu.

Asseverou que a vítima teria descrito ao marido as características do agressor antes do envio por mensagem de sua fotografia, bem como o estado de embriaguez e as letras "EX" e "RR" visualizadas na sutache. Ademais, houve o reconhecimento judicial.

Aduziu que a reação da mulher nos crimes sexuais não se assemelha aos delitos patrimoniais ou contra a vida. Dada a situação humilhante e vexatória, a maioria sequer procura as autoridades devido à exposição da intimidade e da honra. Acrescentou que, em situação de estresse, poderia ela ter se desvencilhado do acusado, mormente pelo estado de embriaguez do agente.

No tocante ao fato de a vítima ter chegado a casa e, antes de comunicar ao esposo, haver retirado a maquiagem, tomado um copo d'água, realizado uma oração e se referido ao episódio como algo "chato", disse o MPM (fls. 166/168), *verbis*:

> Antes de mais nada, há de se ter em consideração que o crime praticado, muito embora grave, não chegou a ser consumado. A conduta

é típica apenas pela inequívoca intenção do agente em praticar a conjunção carnal e a violência com a qual abordou a vítima.

Sendo assim, nada mais lógico e simbólico que chegar em casa e "respirar". Despir-se das "armaduras" utilizadas na rua (retirar a maquiagem), recompor-se (tomar um copo d'água) e buscar "digerir" o ocorrido (fazer uma oração). Algo próprio das mulheres, como mostra o livro "Eat, pray and love" da escritora Elizabeth Gilbert, que fez sucesso em 2010, para o que o colendo Conselho, formado por homens talhados na arte da Guerra, não teve qualquer sensibilidade.

Aliás, o ato de retirar a maquiagem é dotado de muita simbologia, mesmo tendo sido inconsciente – e talvez, por isso mesmo – já que denota o processo pelo qual todas as mulheres vítimas de crimes sexuais acabam passando de se auto recriminarem. Revela que, intuitivamente, ela quis afastar de si um importante fator de embelezamento, e, portanto, de atração, como se o fato de estar maquiada a tivesse tomado, de alguma forma, "convidativa" ao ato sexual.

Nas delegacias de mulher o relato mais frequente é o de que a primeira coisa que a maior parte das vítimas de crimes sexuais faz é tomar banho, porque mostra que elas se sentem sujas, repulsivas, enfim, de alguma forma "culpadas". Infelizmente, o ritual acaba por eliminar a mais importante prova nos casos em que há sêmen a ser periciado.

O copo de água, do mesmo modo, é recurso caseiro frequente em casos de nervosismo, o mesmo podendo se dizer do clássico "água com açúcar".

A oração, por fim, mostra a religiosidade da mulher, a sua fé. E ninguém pode ser julgado por exercer a sua fé. A oração para alguém que crê em Deus jamais pode ser considerada "inoportuna", "despropositada", "intempestiva". Provavelmente, aliás, tratou-se de oração de gratidão das mais belas em que, já saindo do estado de torpor e choque, tomou consciência do perigo enfrentado e agradeceu a Deus pelo livramento. Quiçá até mesmo pediu orientação e sabedoria sobre como abordar a questão com o marido.

Após isso, enviou uma mensagem de texto para o marido dizendo que lhe acontecera "algo chato" quando saía da festa.

Aqui, mais uma vez, é vergonhosamente julgada, praticamente colocada no banco dos réus. O eufemismo usado, ao invés de ser visto como um indicativo da forma ponderada como procurava iniciar a conversa desagradável com o marido, foi visto como motivo de suspeita.

O que se esperava dela, o que ela "deveria ter" escrito? "Marido, fui violentada no estacionamento do Batalhão, me 'encoxaram', me 'bolinaram', tentaram me estuprar. Atenciosamente, sua esposa?"

Esperava-se que fosse às autoridades ou ao marido aos gritos, com as mesmas palavras?!

> Ora, assistimos horrorizados ao fato de que o cuidado, a ponderação, a elegância e o cuidado no falar, o governo da própria língua e do cuidado em proteger a família e o próprio esposo e sua carreira estão sendo desabonados!
>
> A antiga e conhecida técnica de defesa de desmoralizar a vítima de crimes sexuais foi exaustivamente colocada em prática nestes autos e apenas se pode lamentar que o processo judicial tenha, uma vez mais, significado um motivo de sofrimento para a vítima, dupla vitimização.

Mais, pontuou o *Parquet* que os efeitos do álcool estimulariam a libido e não afastariam a imputabilidade do réu, que se colocou nesse estado de modo voluntário ou culposo. Por isso, requereu o provimento do Recurso para condená-lo como incurso no art. 232, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM.

Em Contrarrazões (fls. 176/200), a Defesa constituída sustentou não ser a palavra da vítima prova soberana, a despeito de possuir relevante peso quando o fato for praticado sem a presença de terceiros e o depoimento restar corroborado por provas diversas, o que não seria a hipótese dos autos.

Pontuou inexistir clandestinidade na prática ora narrada, devido à quantidade de pessoas nas proximidades do local onde supostamente ocorreu o crime, sem que elas nada tenham visto ou escutado no momento em que a ofendida alegou ter sido agredida.

Argumentou contradição entre o depoimento da vítima e o de seu marido no tocante à presença de mato próximo ao estacionamento. Destacou a invalidade do reconhecimento realizado pela vítima, desprovido das formalidades previstas no art. 368 do CPPM e criticou o comportamento da ofendida, que somente avisou ao cônjuge uma hora depois. Censurou a sua postura em Juízo, alegando que ria sarcasticamente e olhava todo o tempo para as unhas.

Acresceu que, apesar das frases proferidas pelo apelado, a vítima não relatou a gagueira do agente porque, na verdade, jamais ouvira sua voz e que, às 21h30m, momento da suposta agressão, ele encontrava-se no hangar, local do coquetel. O acusado, ademais, estava embriagado, sem qualquer condição física de praticar os atos a ele imputados, tanto que caiu e permaneceu desfalecido próximo à garagem, a cerca de 200m do local dos fatos.

Desse modo, ponderou a Defesa, "o fato de estar desmaiado em horário próximo às 22h corrobora com o outro depoimento que afirmou que o réu teria saído do hangar em horário próximo às 22h", restando "claro que às 21h30 não seria possível o réu ter cometido os atos descritos na denúncia".

Ressaltou que a ofendida não teria força física para empurrá-lo para fora do carro, ainda que sob o estado de forte adrenalina. E, mesmo que pudesse executar esse ato com as pernas, elas estavam postadas nos pedais do veículo, de forma que seu joelho encontrava-se abaixo do volante e seria impossível o deslocamento.

Por derradeiro, concluiu pela ausência de materialidade delitiva, certo que a única prova seria o depoimento da ofendida, cheio de controvérsias e sem conexão com a realidade, pelo que requereu o desprovimento do Apelo.

Nesta instância, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 209/213, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, opinou pelo conhecimento e provimento recursal.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo, cabível e foi interposto por parte legítima e interessada. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Razão assiste ao Ministério Público Militar.

A conduta do Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA é típica e antijurídica, sendo ela culpável. A autoria e a materialidade delitivas restaram comprovadas nos autos, em face das declarações prestadas em Juízo pela ofendida Juliana Serrano de Mello e Braga e por seu esposo Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga, do Boletim de ocorrência policial (fls. 4/5 do Apenso 1); do Termo de declaração da vítima (fls. 12/12-verso do Apenso 1); do Termo de depoimento do cônjuge (fls. 13/13-verso do Apenso 1); e da Parte por ele elaborada (fls. 30/31 do Apenso 1); do Termo de inquirição do marido da ofendida (fls. 49/51 do Apenso 1); do Termo de inquirição da vítima (fls. 52/53 do Apenso 1); e da Fotografia do acusado tirada pelo seu esposo (fl. 55 do Apenso 1), por meio da qual ele foi identificado.

Extrai-se dos autos que, em 6/2/2015, Juliana Serrano de Mello e Braga encontrava-se em uma festa, acompanhada de seu esposo Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga, no Batalhão de Aviação do Exército. Em razão de laborar cedo no dia seguinte, a vítima foi embora e o cônjuge permaneceu na festividade por ter de dar o cumprimento final ao Comandante que se despedia da Organização Militar. Ao aproximar-se do veículo, ela foi abordada por um indivíduo que a segurou pelo braço e lhe pediu um beijo, proferindo frases de cunho erótico (“vamos ali para o mato dar uma rapidinha, eu chupo gostoso”).

Ato contínuo, o agente jogou seu corpo para cima do da ofendida, quando tentava entrar no veículo, porém ela conseguiu desvencilhar-se empurrando-o com ambas as pernas. Após, ligou o carro e foi para casa, comunicando os fatos ao marido, posteriormente, por telefone.

Ouvida em Juízo (fls. 17/20), Juliana Serrano de Mello e Braga relatou o estado de embriaguez visível do agente com forte odor etílico e que um copo de cerveja a impedia de visualizar o nome completo na sutache. Entretanto, conseguiu ver algumas letras estampadas em sua farda, a saber, “E, X e RR”, a

despeito da pouca iluminação. Afirmou, ademais, ter ele olhos claros e usar aparelho dental, o que possibilitou uma averiguação no quartel. Contando com o auxílio do Capitão Gabriel Braga, chegou-se ao Cabo Jonas Johnny de Sousa Exeverria. Foi ele fotografado pelo marido da vítima, que lhe enviou a imagem por meio de aplicativo de mensagens instantâneas de celular. Naquele momento, ela o reconheceu como o autor da agressão.

Em oitiva, o Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga (fls. 21/24) informou ter recebido uma mensagem da mulher pedindo para ele lhe telefonar, porque acontecera algo desagradável com sua pessoa na OM. Ela narrou o ocorrido e as características de quem a havia atacado (um militar fardado, com as letras E, X e RR em sua sutache, alcoolizado, segurando um copo de cerveja na mão). Afirmou que o Maj Ex Silva Melo encontrava-se no local e disse que aquelas letras levavam ao Cb Ex Exeverria, razão pela qual telefonou novamente para a esposa pedindo maiores detalhes sobre seus traços físicos. Fora, então, informado ser o agressor forte, de olhos claros e usar aparelho nos dentes.

Relatou haver solicitado ao Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA para sentar-se no corpo da guarda e olhar para a câmera, quando tirou uma foto e a enviou para a mulher; oportunidade na qual ela o identificou.

Em Juízo (fls. 17/20), a ofendida Juliana Serrano de Mello e Braga, "ao olhar o rosto do réu, no Plenário, o identificou como sendo a pessoa que a atacou".

Em interrogatório (fls. 62/65), o apelado confirmou ter o Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga o fotografado quando foi levado, embriagado, para o corpo da guarda.

Registre-se inexistir qualquer indicação no sentido de que a ofendida ou o Major Silva Melo tivessem interesse em faltar com a verdade, acusando maliciosamente o recorrido, sob pena, inclusive, de ambos incidirem em perjúrio ou crime mais grave. Juliana Serrano e o réu não se conheciam e não existira desentendimento anterior entre eles, ou entre ele e o Major Silva Melo. Agregue-se, outrossim, não haver entre o sujeito ativo e o Cap Ex Gabriel Braga Alvarenga animosidade, tanto que o próprio oficial teceu comentários relativamente ao desempenho de trabalho do réu, asseverando ser ele um bom militar.

Não havia, desse modo, razões para mentiras ou acusações inverossímeis de natureza tão grave, que colocariam tanto a vítima – uma professora da comunidade – quanto seu marido – um jovem oficial com uma carreira a zelar – em evidente situação delitiva perante a polícia e o próprio Poder Judiciário. Nesse contexto, há de se atribuir relevante valor probatório ao depoimento da ofendida, devido à ausência de indícios de que estaria faltando com a verdade, nomeadamente em razão de estar ela sóbria e o denunciado ébrio.

Com efeito, em se tratando de delitos contra a liberdade sexual, a jurisprudência pátria é pacífica em conferir valor probante diferenciado à oitiva da vítima, uma vez que tais crimes, normalmente, ocorrem sem a presença de testemunhas. Exigem-se, obviamente, a coerência e a consonância com as demais provas dos autos.

Confira-se:

> Apelação. Ato libidinoso. Denúncia julgada improcedente. Recurso do Órgão Ministerial. Apelo provido. O militar que pratica, ou permite que com ele se pratique, ato libidinoso, em lugar sujeito à Administração Militar, comete o crime previsto no art. 235 do CPM. A prática a que faz menção o tipo penal previsto no art. 235 do CPM dificilmente deixa vestígios; todavia, a ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros elementos probatórios, se hábeis a comprovar a materialidade do delito. **Nos crimes sexuais, o entendimento prevalecente é no sentido de se atribuir valor probante e incriminatório à palavra da vítima, já que, por causa da natureza singular da ação ilícita, raras são as testemunhas; caso contrário, dificilmente poderia ser comprovada a autoria**. Reputa-se como de inegável valor probante a palavra do ofendido, que atribuiu a autoria do ato libidinoso ao Apelado, por meio de minudente e coesa versão, inclusive corroborada por provas testemunhais. Aplica-se como majorante, na 3ª fase da individualização da pena – método trifásico – a agravação da pena descrita no art. 237, inciso II, do CPM, ao oficial condenado pela prática de ato libidinoso previsto no art. 235 do mesmo codex. Apelo provido. Decisão por maioria. (STM: Apelação nº 3-43.2005.7.08.0008 (2007.01.050778-7), Ministro Relator Antonio Apparicio Ignacio Domingues, DJ de 5/6/2009) (grifei).

> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. Estupro de vulnerável (anterior à Lei 12.015/09). Indeferimento de perícia. Alegação de violação ao princípio da ampla defesa. Inexistência. Impossibilidade de averiguação dos vestígios do crime. **Relevância do depoimento da vítima nos crimes sexuais**. Enunciado n. 279. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF: ARE nº 722683 AgR, Ministro Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 10/4/2013) (grifei).

> 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. (...) **Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima ganha relevo, considerando tratar-se de fatos praticados sem a presença de terceiros.** No caso, a condenação não se deteve ao depoimento da vítima, mas buscou a conjugação de suas declarações com depoimentos colhidos em Juízo sob o crivo do contraditório.

> Testemunhas não contraditadas. 7. Não há incompatibilidade entre o art. 88, II, b, do CPM e a Constituição Federal. Precedentes. 8. Ordem denegada. (STF: HC nº 109390, Ministro Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 9/10/2012) (grifei).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. (...) 4. **Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos em conformidade com os demais elementos provatórios**. (...) 6. Agravo a que se nega provimento. (AgRg no AREsp nº 727.704/PR, Ministro Relator Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 13/6/2016) (grifei).
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CULPABILIDADE E CONDUTA DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ESTUPRO. NATUREZA HEDIONDA. AFASTAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Inviável a análise quanto à absolvição do paciente por insuficiência probatória, por demandar revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do habeas corpus. **"A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos"** (HC n. 264.482/RJ, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 3/8/2015). (...) 7. Habeas Corpus não conhecido. (HC nº 298.653/RJ, Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 28/4/2016) (grifei).

In specie, o depoimento da ofendida revelou-se coeso e pertinente com o acervo probatório coligido. Ela, em momento algum, afirmou ter "mato alto" no local, apenas "mato", o que pode perfeitamente ser entendido como grama, pelo que não vislumbrei qualquer incoerência absurda. Mais, refutar a veracidade dos fatos, como quer a defesa, simplesmente pela vítima não ter parado no posto da guarda após a tentativa do estupro, ter ido para casa, lavado rosto, bebido água, rezado e avisado ao marido após 30 minutos, não elide a

tipicidade delitiva da conduta do agente. Cada qual reage à sua maneira quando sujeito passivo de crimes sexuais, não havendo que esperar gritarias e alvoroços para a configuração do agravo. Aliás, em violências desse jaez, a vergonha e a humilhação silenciam, nomeadamente em sociedades patriarcalistas, onde as mulheres, não raras vezes, são responsabilizadas por incitarem agressões sexuais.

Na atualidade, a mídia estampa a implícita permissibilidade da violência contra a mulher. Atrizes e modelos famosas, ao lado de desconhecidas e anônimas, ao todo mais de 60 mulheres, calaram-se ao longo de décadas até terem coragem de denunciar um poderoso produtor de cinema norte-americano por estupro e assédio sexual. Ainda, o relato brutal de 156 atletas e ex-atletas olímpicas, todas do sexo feminino, abusadas pelo médico da seleção americana de ginástica artística. Também, nesse caso, foram anos, décadas, de absoluta taciturnidade até a denúncia, e não apenas 30 minutos. Rememoro, outrossim, o clamoroso caso da nadadora brasileira Joana Maranhão, que somente depois de adulta revelou ter sido abusada pelo seu técnico quando tinha nove anos de idade.

A Defesa menciona que, em audiência, a ofendida olhava para as unhas demonstrando insensibilidade, ria com ironia, como se pudesse mensurar o espectro da violência em um ser humano por atitudes externas e não avaliações psicológicas. Questiono: o depoimento seria mais crível acaso ela chorasse, desmaiasse, gritasse ou tivesse uma síncope de histeria? Dela se esperavam humilhação ou temor e vergonha para denunciar, em vez de coragem para buscar no Poder Judiciário reparação?

Consoante bem aventado pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 209/213, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, *verbis*:

> (...) uma cena de crime sexual não é um filme onde quem está de fora da tela tudo vê ou em que a narrativa sai clara para o espectador. Além disso, se o crime, de modo geral, vulnera e constrange aqueles que o reprimem, os crimes que ofendem a dignidade sexual perturbam a mente da vítima mais ainda.
>
> A decisão recorrida não está consentânea nem com o posicionamento dos nossos tribunais superiores nem atenta na singularidade dos crimes sexuais, em cuja execução normalmente faz-se uso do elemento surpresa e gera forte abalo emocional pós-crime, manifestado de diferentes formas e influenciado por diversos fatores sociais, como experiências de vida, crença, educação, valor etc. Não há como dissociar este contexto social da análise comportamental da vítima.
>
> Sem falar que não são todas as vítimas destes crimes que chegam a denunciar para as autoridades competentes, aumentando, assim, a chamada "cifra negra" na estatística criminal. E, dentre os motivos apontados em estudos sobre o tema, destacam-se o nervosismo, medo,

> vergonha pessoal e social, humilhação, transtorno pós-traumático, estigma da culpabilização da vítima, ideia de impunidade do agressor.
>
> Como se vê, para chegar a relatar às autoridades uma agressão sexual sofrida, a vítima transpõe muitas barreiras psicológicas e sociais, cujo ápice é o "*strepitus judicii*", ou seja, a repercussão gerada pela divulgação do fato com o processo, tão gravosa para a vítima.
>
> Tudo isso reforça o valor probatório do depoimento da vítima, de modo a desautorizar a tese de que, no caso concreto, a ofendida relata um fato que não aconteceu. E a compleição física do agressor, descrita na sentença como "forte e pesada" (fl. 135-v), aviva a visualização da dificuldade e do pânico enfrentado pela vítima no momento dos fatos, ao contrário da inferência feita na sentença, atribuindo dúvida na narrativa da ofendida quanto a sua capacidade de desvencilhar-se.
>
> Percebe-se claro equívoco na valoração das provas. Se não foi infirmado o depoimento durante a instrução processual, ao revés, foi corroborado por outros elementos, o seu valor segue preservado, digno de credibilidade.
>
> Não deve prosperar o argumento da defesa sobre falta de clandestinidade no caso em foco, aduzindo que havia uma quantidade imensa de pessoas, nas proximidades do local que nada viram ou ouviram (fi. 181). Ora, **ninguém viu ou ouviu a execução de uma violência sexual, pois ela não existiu, o que ocorreu foi uma tentativa. Quem estava de fora, no estacionamento, quando muito, veria uma pessoa debruçada na porta de um carro**. (grifo do autor).

Para além, a prova testemunhal não invalidou a perpetração da prática delitiva.

Veja-se, o Cb Ex Antônio Marcos Freitas Alves (fls. 44/45) disse que, por volta das 22h, saiu com o acusado da festa e foram ambos para o pátio principal do BAVEx, sendo que dali a testemunha dirigiu-se até o estacionamento, e o réu deslocou-se em direção ao alojamento. Não soube precisar se ele efetivamente foi para lá porque o local estava cheio de carros. Relatou que o agente bebeu mais do que deveria e "pelo que viu do acusado quando saiu do hangar crê que não tinha condições de imobilizar uma mulher, mas ele saiu andando".

Decerto, os elementos informativos do processo noticiam ter a tentativa de imobilização sido titubeante, em virtude da embriaguez voluntária do agente. Foi a sorte da vítima, que dela se valeu para desvencilhar-se do agressor! Uma embriaguez que, ressalto, não lhe suprimiu a lucidez para esconder o nome nem, tampouco, para fazê-lo olvidar quem era ela ou o seu marido.

E, nesse ponto, a alegação defensiva da impossibilidade mecânica ou de força da mulher rendida sob o corpo de um homem, dentro do carro, com os pés nos pedais e as mãos no volante, em reagir, cai por terra. Isso porque – e tal se pontuou – o recorrido estava ébrio e, por consequência, zonzo e

cambaleante, a ponto de tombar no estacionamento e dormir. Encontrava-se, como se percebe, destituído de seu regular estado físico e, por óbvio, desprovido da plena força corporal. Daí, absolutamente crível e plausível que, ao investir sobre a agredida alcoolizado, ela pudesse repeli-lo com os dois pés, num movimento giratório no interior do veículo.

Embebedado como estava, o apelado não detinha os sentidos aguçados, a lucidez e o equilíbrio para paralisá-la totalmente, de forma a obstar-lhe reação. Como disse, a embriaguez do autor foi a sorte da vítima! Se é que se pode falar em sorte diante de tão aviltante agressão, sombreada por agentes públicos que deveriam zelar pela incolumidade social.

Outra testemunha, o Cb Ex Willian da Silva (fls. 46/47), asseverou ter encontrado o sujeito ativo deitado no chão, por volta das 22h, em frente à garagem do Batalhão, distante cerca de 70 a 100 metros do estacionamento da ECAp. Declarou que ele estava "meio embriagado" e ao seu lado tinha um copo com líquido dentro. Como se denota, a segunda testemunha corroborou o depoimento de Juliana Serrano no sentido de que o réu, ébrio, segurava um copo de cerveja próximo ao local onde ela dissera ter sido agredida por ele.

Por seu turno, o Cb Ex Allef Ferreira de Almeida de Souza Barbosa (fls. 48/49), que exercia a função de balizador na data do ocorrido e encontrava-se no pátio de formatura que também servia de estacionamento, aclarou que a distância entre o pátio e o estacionamento da ECAp giraria em torno de 300 a 500 metros. Afirmou ser possível visualizar os veículos, mas não as pessoas, devido à escuridão.

Relatou ter visto o recorrido somente por volta de 22h10min, no banheiro do alojamento, bastante alcoolizado.

Alfim, o Sd Ex Leonardo Lincoln Soares de Souza (fls. 50/51), que também exercia a função de balizador perto dos alojamentos e do hangar na entrada do estacionamento da ECAp (a uns 8 metros do estacionamento), pontuou ser a região muito escura e, por isso, não viu nenhuma mulher sozinha saindo do hangar em direção ao local onde se encontrava, nem ouviu barulho ou gritos. Disse que os veículos começaram a sair por volta das 21h30min, sendo que "se uma pessoa viesse do hangar pela rua até o local onde o depoente estava era possível vê-la entrar no carro, mas que se viesse por trás, pela grama, não.". A testemunha nada presenciou, porém confirmou o relato da ofendida no tocante à escuridão e ao horário de saída dos automóveis.

A propósito dos horários, conquanto a maioria dos que foram mencionados sejam contraditórios, o de saída da ofendida e o de saída do agente são perfeitamente coincidentes entre si. Ela afirmou ter deixado a festa em torno de 21h30min, enquanto ele aduziu que "passando das 21h, o Cb Marcos Freitas ofereceu uma carona para o interrogando; que a princípio aceitou a carona e junto com o Marcos se dirigiu para o local onde o carro dele estava estacionado".

Agregue-se que o cônjuge da vítima permaneceu no hangar para dar o cumprimento final ao Comandante que deixava a OM, fato, obviamente, que não caberia ao Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA, por integrar o círculo dos graduados. Assim, não há que confundir a formatura de passagem de comando com o coquetel realizado momentos depois.

Por outro lado, as testemunhas defensivas deram conta de que o agente é gago e encontrava-se embriagado na data do crime. O próprio réu juntou Parecer Fonoaudiológico atestando dita condição (fl. 71), bem como admitiu a ingestão de bebida alcoólica em demasia por ocasião da festividade.

Leia-se trecho do interrogatório (fls. 62/65):

> (...) que na festa o interrogando bebeu tudo que tinha, cerveja e whisky; que chegou a ficar tonto; que não costuma misturar cerveja com whisky, mas naquele dia era uma festa e acabou não se dando conta da bebida, sendo que parou de beber assim que notou que não estava bem; que acredita que ficou bebendo entre 19h30 e 21h, mas não se recorda ao certo; (...) que não sabe dizer quantas doses bebeu naquele dia, mas bebeu bastante, sendo que não deixava o copo ficar vazio, sempre completando com bebida; que bebeu mais cerveja, pois o whisky não era liberado para Cabos e Soldados.

Esbate-se a Defesa no argumento de a ofendida não relatar a gagueira do acusado. Sucede que o estado de embriaguez poderia perfeitamente ter alterado sua fluência verbal. Vale dizer, a gagueira pode ser camuflada pelo álcool, conforme esclarecem os especialistas. A fonoaudióloga Sandra Merlo[104] assevera que adolescentes e adultos gagos fazem uso do álcool quando se sentem ansiosos diante de situações de comunicação.

Explica a profissional[105]:

> A melhora da fluência é devido ao relaxamento emocional e à desinibição?
>
> Não gostaria de dar a entender que toda pessoa com gagueira experimenta melhora na fluência ao fazer uso de álcool, mas isso acontece em muitos casos, sim.
>
> O álcool é absorvido ao longo de todo o trato digestivo, mas principalmente no intestino delgado. O metabolismo do álcool ocorre no fígado, onde será, em última instância, transformado em ácido acético (o mesmo do vinagre).
>
> Através da corrente sanguínea, o álcool também chega ao cérebro. Daí sua influência em funções como fala, atenção e memória. No cérebro, a molécula do álcool (etanol) liga-se aos receptores de ácido gama-aminobutírico (GABA). A ligação nesses receptores gera inibição da

[104] Disponível em: <http://sandramerlo.com.br/2012/12/gagueira-e-alcool>. Acesso em: 16 nov. 2017.
[105] Disponível em: <http://sandramerlo.com.br/2012/12/gagueira-e-alcool-ii/>. Acesso: em 16 nov. 2017.

> função neuronal, o que é compatível com os sintomas apresentados, tais como:
>
> 1. Relaxamento mental, que propicia sensação de menor ansiedade e preocupação.
>
> 2. Relaxamento muscular.
>
> 3. Redução do controle de impulsos, fazendo com que a pessoa passe a falar mais e a se expor mais (desinibição).
>
> 4. Diminuição da atenção e da memória.
>
> 5. Lentidão no raciocínio, na percepção e na reação motora.
>
> Então, a melhora da fluência não é apenas pela diminuição da ansiedade e pela desinibição, mas também pelo efeito do álcool na redução da tensão muscular.

É relevante ser o acervo probante coerente para validar a denúncia. A própria sentença absolutória em nenhum momento nega os acontecimentos, desmente a versão da vítima ou pontua a inexistência da agressão. Leia-se:

> (...) para que a palavra da vítima possua o potencial para inspirar uma sentença condenatória, necessário que a mesma seja contundente, firme, e, em especial, 100% coerente e associada com a razoabilidade da narrativa, fechando-se todas as janelas de possibilidades plausíveis do contrário. Neste contexto, onde desponta o depoimento da vítima JULIANA SERRANO DE MELLO E BRAGA como a prova central, verifica-se que o mesmo, muito embora seguro, apresenta segmentos cinzentos, que acabam não se alinhando integralmente a uma narrativa ungida pela razoabilidade. **Não está aqui a se duvidar da versão da vítima e tampouco a se afirmar que os fatos não ocorreram. No entanto, a análise da prova deve ser técnica e não emocional. (...).**
>
> **Portanto, insiste-se, não está a se afirmar que a versão apresentada pela vítima não é verdadeira, mas, para inspirar uma condenação criminal, nos termos da jurisprudência, a palavra da vítima deve fornecer subsídios totalmente fechados, destituídos de interrogações ou possibilidades razoáveis.** (Grifei).

Aliás, não fosse a persistência da ofendida e de seu marido em denunciar agravo tão aviltante, este processo sequer estaria hoje sendo julgado. Foi necessário que se dirigissem à Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher de Campo Grande/MS, para formalizar a *notitia criminis*, certo que a Solução de Sindicância (fls. 197/199 Apenso) instaurada no quartel negou a existência de indícios de crime militar, lançando mão da seguinte fundamentação, entre outras:

> e. em face da *mens legis* do texto supra, o caso apurado nos autos, (...), embora transcorra no interior deste aquartelamento, não é suficiente, por si só, para ser tratado à luz da lei penal castrense, pois se

> desenvolveria em circunstâncias diversas do ato de serviço e sem qualquer vinculação com a atividade de natureza militar ou com as funções militares do suposto agente, e que, se de fato fosse provado ter ocorrido, o tempo de sua consumação teria sido após o horário do coquetel de celebração da passagem de comando deste Batalhão, o que afasta a aplicação da lei penal e da lei processual militar, conforme mensagem do texto legal acima, desonerando este Comando de prosseguir no feito, inteligência do art 10, f, do CPPM;
>
> f. deste modo, resta prejudicada a delação do Denunciante e da Ofendida, por falta de comprovação do cometimento pelo Sindicado, do crime do art. 213, combinado com o art. 14, II, do Código Penal, delito previsto no Código Penal Comum e, a despeito de seu tipo correspondente no CPM, faltam nos autos veementes indícios de crime militar, resta prejudicada a demonstração da autoria; inexistem nestes autos elementos comprobatórios da materialidade e também faltam provas da existência do próprio fato, motivos pelos quais não deve prosperar a presente investigação, o que demanda o arquivamento dos autos;[...].

Surpreendentemente a Sindicância – sabido que nenhum Inquérito Policial Militar foi instaurado com vistas a averiguar os fatos com maior profundidade – refutou competência legal desta Justiça Militar Especializada, desnaturando-a, sob o argumento de que, sem embargo de o caso ter ocorrido no interior do aquartelamento, desenvolveu-se "em circunstâncias diversas do ato de serviço", não "tinha vinculação com atividade de natureza militar ou com as funções militares do suposto agente" e sua "consumação teria sido após o horário do coquetel de celebração da passagem de comando do Batalhão". Despiciendo citar neste Plenário, para Vossas Excelências, os critérios fixadores de competência insculpidos no art. 9º e respectivos incisos e alíneas da Lei Material Castrense, ou tecer óbvias considerações acerca da teratologia jurídica do ato administrativo em comento.

A postura da Administração Castrense e, *data venia*, do próprio Conselho em seu veredito absolutório dá conta da lastimável invisibilidade que ainda acoberta a violência de gênero, a violência contra a mulher, sobre a qual falarei ao finalizar meu voto.

No tocante à ebriedade do apelado, cabe mencionar que a ingestão de bebida alcoólica não lhe retirou o elemento subjetivo necessário para caracterizar o crime de estupro tentado, conforme pontuado alhures.

Cediço que o Código Penal comum e o militar adotaram a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não se exclui a imputabilidade penal de quem se colocou, de modo voluntário ou culposo, na posição de incapacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Ensina Cezar Roberto Bitencourt[106] acerca dessa teoria:

> Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o Ministro Francisco Campos explica que, "ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa ad libertatem*. Relata, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas a todos os casos em que o agente se deixa arrastar ao estado de inconsciência. Quando voluntária ou culposa, a embriaguez, ainda que plena, não isenta de responsabilidade...". A Reforma Penal de 1984 manteve a mesma orientação, inclusive a mesma redação, substituindo somente a expressão da cabeça do artigo, "responsabilidade penal" por "imputabilidade penal", sem qualquer consequência prática.
>
> (...)
>
> Com efeito, pelos postulados da *actio libera in causa*, se o dolo não é contemporâneo à ação típica, é, pelo menos, contemporâneo ao início da série causal de eventos, que se encerra com o resultado danoso. Como o dolo é coincidente com o primeiro elo da série causal, deve o agente responder pelo resultado que produzir. Transportando essa concepção para a embriaguez, antes de embriagar-se o agente deve ser portador de dolo ou culpa não somente em relação à embriaguez, mas também, e principalmente, em relação ao fato delituoso posterior.

Nesse conspecto, o art. 49 do CPM expressamente prevê, para o agente alcoolizado por caso fortuito ou força maior, a inimputabilidade, se inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e a semi-imputabilidade se a referida capacidade não for plena, ou seja, quando diminuída.

O Código Penal Militar, todavia, não contempla no citado dispositivo a embriaguez voluntária ou culposa, acatando a teoria da *actio libera in causa*. A respeito, lecionam Coimbra Neves e Marcelo Streifinger[107]:

> Não se exclui a imputabilidade, por outro bordo, no caso de embriaguez voluntária ou culposa, seja ela completa ou não. Embriaguez voluntária deve ser compreendida como aquela em que o agente quer alcançar o estado de embriaguez, por álcool ou por substância que produza efeito análogo, como a cocaína, a heroína etc.
>
> A embriaguez culposa, por outro lado, resume-se na situação em que o agente ingere voluntariamente o álcool (ou se utiliza de substância que cause efeito análogo), porém, não deseja alcançar o estado de embriaguez, somente o atingindo pela falta de moderação, pelo consumo imprudente da substância.

---

[106] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. Volume 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 483/484.

[107] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 430.

> Em sentido lato, pode-se dizer que a voluntariedade no consumo da substância embriagante existe tanto na embriaguez voluntária (em sentido estrito, podendo ser considerada dolosa), como na culposa. Nessas duas situações, quando a embriaguez não é proveniente de caso fortuito ou de força maior, estará a imputabilidade mantida para o agente.

Nesses termos, o alcoolismo culposo não tem o condão de excluir a imputabilidade, tampouco o elemento subjetivo do tipo.

A propósito, firme a jurisprudência deste Tribunal Superior: Apelação nº 2001.01.048711-5, Relator Ministro José Enaldo Rodrigues de Siqueira, DJ de 17/12/2001; Apelação nº 2005.01.050115-2, Relator Ministro Antonio Apparicio Ignacio Domingues, DJ de 17/11/2006; Correição Parcial nº 2004.01.001877-0, Relator Ministro José Alfredo Lourenço dos Santos, DJ de 3/3/2005; e, *in verbis*, Apelação nº 33-33.2006.7.01.0301, Relator Ministro Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, DJe de 18/11/2010:

> APELAÇÃO. DESACATO A SUPERIOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. Preliminar suscitada pela Defesa de trancamento da ação penal por falta de justa causa visto tratar-se de crime propriamente militar e, na ocasião, o réu estava reformado por motivo de saúde. O legislador penal militar adotou a teoria da atividade, segundo a qual o tempo do crime é o momento da ação ou omissão. Quando consumou o delito, o Apelante era militar da ativa, incorrendo na prática de um crime propriamente militar. Inexiste ilegalidade evidente a autorizar o trancamento da ação penal. Preliminar rejeitada por falta de amparo legal. Decisão unânime. No crime de desacato a superior o agente tem a intenção de deprimir com ato, palavra ou gesto, a autoridade pública do superior hierárquico. O conjunto probatório demonstra que o Apelante proferiu palavras injuriosas, diante de outros militares, com a intenção de ofender moralmente com ato, palavra e gesto a autoridade da Administração Militar, a disciplina e a hierarquia militar, bem jurídico tutelado pela norma castrense.
>
> **Embriaguez voluntária não caracteriza sequer semi-imputabilidade, que exige diminuição considerável da mencionada capacidade, estando perfeitamente evidenciada a imputabilidade do acusado**. Materialidade, autoria e culpabilidade comprovadas pelos insultos a Oficial, configurando o crime de desacato a superior. Apelo desprovido. Decisão unânime. (Grifei).

A pretensão acusatória merece, pois, acolhida, para condenar o denunciado como incurso no art. 232 do CPM, na forma tentada. As condutas perpetradas contêm todos os elementos objetivos e subjetivos descritos no tipo *sub judice*, valendo-se o autor de violência para tentar constranger a vítima à conjunção carnal que, reenfatizo, apenas não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O estupro, na legislação penal especializada, tutela a liberdade e a dignidade sexual da mulher. Como não houve alteração legislativa no âmbito da *Lex* Castrense, está-se diante de crime próprio, tendo como sujeito ativo o homem, praticado mediante o emprego da violência ou grave ameaça. É delito material, daí ser admissível a tentativa.

Certo é que a norma punitiva produz e depois oculta "o sujeito perante a lei", de forma a manter como premissa básica legitimadora da homogeneização. Ela legitima a reivindicação sancionatória, razão pela qual as estruturas de poder, *in casu,* o Judiciário, hão de pautar-se de modo consistente e protetivo.

Simone de Beauvoir, em **O segundo Sexo**, argumenta que os homens não poderiam resolver a questão das mulheres porque, nesse caso, estariam agindo como juízes e partes interessadas. Ocorre que, de 1949 aos dias atuais, o mundo mudou. Maria da Penha, tetraplégica, em uma cadeira de rodas, tornou-se o símbolo da resistência feminina brasileira contra a violência e a opressão masculina, conquanto ainda existam discriminações de gênero independentemente da classe social à qual pertença a mulher, do cargo por ela ocupado ou do nível de escolaridade que detenha. O avanço hodierno é precisamente não se admitir mais estigmatizações odiosas e práticas abjetas contra seres humanos, punindo-se seus fautores com os rigores da lei.

Nesse norte, os homens não só podem como devem julgar a opressão de outros homens sobre as mulheres, no esforço de incluí-las na cultura de ampliação e de respeito entre os sexos. De outro modo, o modelo democrático dialógico, que pressupõe ocuparem homens e mulheres posições equânimes na hierarquia social, se desmoronaria.

A violência simbólica, numa apropriação da linguagem de Pierre Bourdieu, sofrida pela vítima ao longo de sua persecução por justiça estarrece. A apuração na Organização Militar deu-se por mera sindicância, que concluiu pela inexistência da tentativa de estupro em absoluto descompasso com a legislação vigente.

Por igual, cabe reflexão sobre a sentença *a quo* absolutória que, em nenhum momento, infirmou a veracidade ou a ocorrência dos fatos narrados, ao revés, ratificou-os. Eximiu, contudo, o agente, numa suposta ausência de materialidade delitiva. Indago-me, a respeito, à qual materialidade estar-se-ia referindo o *decisum primevo* uma vez que se tratou de tentativa e não de estupro consumado, que possibilitaria o exame de corpo de delito? Valendo-me de uma linguagem crua, se não houve ejaculação e, por consequência, esperma que pudesse ser periciado? Aqui a palavra da vítima, não invalidada pelo Juízo *a quo,* foi simplesmente desqualificada, em contraposição a toda a doutrina e jurisprudência que a considera decisiva.

De concreto, o que emerge dos autos é um déficit de proteção do qual as mulheres são historicamente vitimadas, e não apenas Juliana Serrano de Mello Braga, razão pela qual esta Corte Superior não pode se furtar a dar uma satisfação. Como preconiza Ferrajoli[108]:

> (...) é exatamente monopolizando a força, delimitando os pressupostos e as modalidades de uso desta, assim como reduzindo as possibilidades de exercício arbitrário dos sujeitos não autorizados, que a proibição e a ameaça penal protegem os ofendidos contra os delitos e, por mais paradoxal que pareça, também os réus contra as vinganças e reações mais severas.

O mais elementar critério justificador de uma proibição penal funda-se na necessidade de obstaculizar ataques concretos a bens fundamentais. Inaceitável que o sistema jurídico ofereça proteção deficiente ou nenhuma para descriminalizar, seletivamente, a partir de critérios de gênero.

Correto o mestre italiano ao definir o abolicionismo do direito penal oficial como uma utopia regressiva, pois a despenalização geraria reações públicas ou privadas destituídas de legalidade. E as mulheres conhecem, melhor que qualquer outro grupo social, as consequências do exercício de poderes extrajurídicos e das hierarquizações dos papéis sexuais na sociedade.

Inolvidável, porém, o resultado dessas experiências históricas de integridade ferida na construção da ética feminista e na tomada de consciência em torno da especificidade da mulher, de sua condição de exploração, de discriminação, de alienação, de exclusão e abuso. Desta consciência provieram movimentos como *# M e T o o,* "não é não", "mexeu com uma, mexeu com todas"; *#myjobshouldnotincludeabuse*; a Marcha Mundial das Mulheres, cartazes e ilustrações com dizeres "*stop telling women to smile"*, dentre outras manifestações. Quando as atrizes de Hollywood vestiram-se de negro na apresentação do Globo de Ouro, neste ano de 2018, metaforicamente sepultaram os abusos e as agressões masculinas de minorias sistematicamente silenciadas. O protesto configurou uma das iniciativas do movimento "*Time's Up",* que inclui um fundo para financiar ações judiciais de profissionais com baixa remuneração que venham a ser vítimas de assaltos eróticos na indústria cinematográfica norte-americana.

Na realidade dos autos, a questão que se coloca é por qual razão uma professora e um oficial, residentes em uma cidade de círculo social restrito como Campo Grande, acusariam falsa e gratuitamente, e de forma aleatória, um humilde Cabo de sobrenome incomum, com quem não detinham qualquer relação – de amizade ou inimizade – e se exporiam diante de pais, alunos,

[108] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

amigos, oficiais militares de patente superior e subordinados hierárquicos? Só me deparo com uma resposta: por justiça! E é dever do Estado oferecê-la!

Nada mais degradante para uma mulher e, por extensão, para sua família, ser vitimada por uma ofensa de cunho sexual. E, nestes autos, está-se a manejar com a pior delas, o estupro, que somente não se consumou por fatores alheios à vontade do sujeito ativo.

Trata-se de conduta que maneja com códigos morais e estereótipos sexistas em desfavor das mulheres, a levarem-nas, frequentemente, a calarem-se envergonhadas. Não raro transformam-se vítimas em culpadas.

A imposição de ato sexual forçado a uma mulher, como de resto a qualquer ser humano, desumaniza-o e desintegra-o como pessoa e sujeito de direito. Coisifica o corpo, oprime a identidade e subjuga a sexualidade à violação e à força. Aqui, está-se diante de um exercício físico de superioridade masculina sobre quem não o possui em igual intensidade.

Estatísticas aterradoras noticiam que, no ano de 2015, houve 45.460 ocorrências de estupro e 6.888 tentativas registradas, ou seja, 143 casos por dia. Em levantamento do Datafolha divulgado em 2017, 40% das entrevistadas disseram ter sofrido algum tipo de assédio sexual, e 10% relataram ter sido vítimas de abuso dentro de ônibus, trem ou metrô (*In:* Revista Veja. 13 de setembro de 2017, fl. 75).

Para piorar, a morte tem nome de mulher. Investigação realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre a violência contra a mulher, no ano de 2013**,** demonstra que nem a promulgação da Lei nº 11.340/2015 foi capaz de reduzir o homicídio e as agressões domésticas de maridos, companheiros e parceiros das vítimas nos últimos 11 anos – entre 2001 e 2011. A taxa média de mortalidade por grupo de 100 mil mulheres entre 2001 e 2006, antes da lei, foi de 5,28. Entre 2007 e 2011, depois da lei, foi de 5,22.

A Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres divulgou que, no ano de 2012, os relatos de violência contra as mulheres chegaram a 88.685 registros, 10 a cada hora, de acordo com as denúncias apresentadas à Central de Atendimento à Mulher. Em comparação a 2011, houve um crescimento de 18,2% dos casos, que, no ano anterior, perfizeram 75.019 ocorrências.

Nova estatística realizada em 2015 constatou que a violência de gênero cresceu em 44,74%, se comparada com o ano anterior. Isso representa 1 (um) caso de agressão a cada 7 (sete) minutos.

A maior parte dos casos registrados concerne à violência física, que totalizam 50,15%, mas há a psicológica, que gira em torno de 30,33%, a moral por volta de 25%, dentre outras formas de ataque que poderiam ser nomeados. E tamanha brutalidade custa caro ao país, impactando 10,5% do PIB conforme o relatório da CEDAW.

E foi por essa razão, e não outra, que o Poder Legislativo recrudesceu o apenamento das condutas contra a liberdade sexual, ao editar a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que, de resto, se incidisse neste processo trataria o réu com muito maior rigor, uma vez que a tipificação da conduta vai além da penetração vaginal fálica para abarcar outras formas de violência sexual. Por outras palavras, reconheceu o Legislador Pátrio que a apropriação erótica da mulher, mediante violência ou grave ameaça, é o que constitui o núcleo do crime. Seu escopo não se reduz à punição, mas a erradicação do construto social e cultural brasileiro voltado à violência sexual, que degrada, expropria, apodera-se e conculca as mulheres, seu corpo, sua sexualidade erótica e procriadora.

Cito, igualmente, para referendar, a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que previu o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio e a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que coíbe a violência doméstica contra a mulher, fruto de uma condenação sofrida pelo Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que culminou com o relatório 54/1, que concluiu ter o Estado Nacional sido omisso em relação ao problema da violência contra a mulher de modo geral e, em particular, contra Maria da Penha Fernandes.

Roberto Lyra, em capítulo intitulado *Crimes Passionais*, escrito há quase noventa anos, em abril de 1931, diria:

> No dia em que a notícia do assassínio de uma mulher, em vez de esmiuçar os antecedentes quase sempre desfigurados da sua vida íntima, constituir-se, apenas, um libelo desassombrado contra a covardia da besta humana que se revelou no crime, os homicídios passionais decrescerão de noventa por cento [...] Será lindo que o mundo saiba que temos poetisas, declamadoras, cientistas, escultoras, pianistas, engenheiras, professoras, médicas, advogadas e, em futuro não muito distante, constituintes. Mas seria infinitamente mais nobre que se lhe pudesse dizer que a mulher, entre nós, mesmo quando não declame, nem pinte, nem toque, nem trabalhe, nem vote, tem, ao menos, o direito rudimentaríssimo de viver [...].

E o rudimentaríssimo direito de viver, senhores Ministros, não é só o de respirar, é o direito das mulheres do Irã de tirarem o véu opressivo, é o direito de clamar-se pela equiparação salarial entre os sexos e é, sobretudo, o de contrapor-se à violência de gênero e dizer um "basta". Neste processo, equivale à correção da exclusão contra a ofendida produzida pela prática jurídica no âmbito administrativo e judicial.

À evidência, esta Magistrada tem ciência de que nenhuma lei tem o condão de transformar mentalidades e desconstruir de um momento para outro a violência milenar a que as mulheres estão submetidas e que se manifesta sob diversos vieses. Sem embargo, não a fazer incidir ou impedir a sua prevalência neste processo representa uma violência que se sobrepõe em maior extensão à já sofrida pela vítima.

Na hipótese dos autos, ao se aproximar do veículo, a ofendida foi abordada pelo réu, que a segurou pelo braço e lhe pediu um beijo. Insatisfeito com a recusa, ele jogou-se para cima dela, deitando sobre a vítima. Não houve a consumação delitiva devido à embriaguez do agente, o que lhe possibilitou dele desvencilhar-se, empurrando-o com ambas as pernas; um atuar absolutamente verossímil e crível. Daí a caracterização da elementar violência física da tentativa de estupro, que longe está da importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941.

Distinguem-se ambas as condutas por diversas razões: a primeira, pela intenção volitiva do agente de servir sua lascívia ou desejo sexual; a segunda, pelo local do ocorrido que, a despeito de ser um estacionamento, no momento do ato delitivo estava com a acessibilidade restrita ao público – a vítima estava só – e sem iluminação; e a terceira, pelo emprego da violência corporal do agente sobre a mulher. Sem dúvidas, aqui se está a manejar com uma tentativa criminosa, e não uma mera contravenção.

Por igual, o elemento subjetivo especial de agir, consistente na vontade livre e consciente de constranger à conjunção carnal restou configurado, na medida em que o sujeito ativo exteriorizou o seu querer debruçando-se sobre a ofendida e dizendo "vamos dar uma rapidinha".

Conquanto o recorrido tenha desenvolvido atos inequívocos do estupro, não conseguiu consumá-lo por circunstâncias que refugaram à sua vontade. Logrou deitar-se sobre a agredida, sem retirar-lhe o vestuário ou mesmo colocar o membro em ereção para fora das vestimentas. Assim, *ex vi* do art. 30, inciso II e parágrafo único, do CPM, a presente tentativa há de ser punida com a sanção correspondente ao delito, diminuída de seu patamar máximo (2/3), em observância ao *iter criminis* percorrido pelo autor.

Tal como exposto, ausentes excludente de ilicitude ou dirimentes de culpabilidade, e acorde as provas constantes a referendar os atos de violência, com o fito de constranger mulher à conjunção carnal, vislumbro como caracterizados os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal *sub examine*, pelo que deve ser condenado o Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA como incurso na sanção do art. 232 do CPM, c/c o art. 30, inciso II e parágrafo único, do mesmo *Codex*.

Resta, então, quantificar a dosimetria apenatória.

Na primeira fase, analisadas as circunstâncias do art. 69 do CPM, verifico que a intensidade do dolo foi normal à espécie delitiva; o dano não extrapolou o previsto no próprio tipo penal, mormente em se tratando de delito na forma tentada, e o meio empregado e modo de execução foram os adequados à espécie criminosa, aptos tão só a caracterizar a prática delitiva. Por sua vez, o motivo determinante do delito não pode ser valorado negativamente sob pena de *bis in idem*, uma vez que a satisfação da lascívia

compõe o próprio tipo. As circunstâncias de tempo e lugar são neutras, porquanto os delitos sexuais são comumente cometidos em locais escuros e sem a presença de testemunhas; o réu possui bons antecedentes e inexistem elementos para valoração de eventual insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

A comprovada embriaguez do sujeito ativo caracteriza a circunstância agravante prevista no art. 70, inciso II, alínea *c*, do CPM, que, por impossibilidade de incidência naquela etapa, é valorada negativamente nesta fase. Relembro que, em consonância com o parágrafo único do art. 70 do CPM, mesmo a embriaguez não preordenada tem por consequência a agravação da sanção para o militar da ativa.

Por decorrência, diante de 1 (uma) circunstância judicial desfavorável, aplico a pena-base em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Na segunda etapa, não concorrem circunstâncias atenuantes. No tocante à agravante subjetiva do art. 70, inciso II, alínea *c*, do CPM (depois de embriagar-se), ressalto ter o *Parquet* Castrense quedado inerte tanto na Denúncia como nas Alegações Escritas, inexistindo pedido de incidência da agravante subjetiva, razão pela qual deixo de considerá-la, nesta fase, devido à vedação legal insculpida no art. 437, alínea *b*, do CPPM ("Art. 437. O Conselho de Justiça poderá: (...) b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer **agravante objetiva**, ainda que nenhuma tenha sido arguida"), sem prejuízo de sua aplicabilidade na primeira etapa da dosimetria.

Na terceira fase, reconheço a causa de diminuição de pena prevista no art. 30, inciso II e parágrafo único, do CPM (tentativa), razão pela qual, à vista do *iter criminis* percorrido pelo sujeito ativo, o qual evidenciou certo afastamento da consumação delitiva, reduzo-a ao patamar máximo de 2/3, para dosá-la em 1 (um) ano 1, (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão. Por não concorrem majorantes, fica o réu condenado definitivamente à apenação fixada. Converto a reclusão em prisão, *ex vi* do art. 59 do CPM.

Com fundamento no art. 33, § 2º, alínea *c,* do CP, o agente deverá iniciar eventual cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, sendo lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

Finalmente, por preencher os requisitos legais do art. 84 do CPM, defiro ao condenado o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos. Para tanto, ele deverá cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, com exceção da alínea *a*, com a obrigatoriedade de 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 último Diploma Legal.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso do Ministério Público Militar, para condenar o Cb Ex JONAS JOHNY DE SOUZA EXEVERRIA, como incurso no delito do art. 232, c/c o art. 30, inciso II e parágrafo único, ambos do CPM, à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, convertida em prisão, em regime inicialmente aberto para eventual cumprimento da pena, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea *a*, e 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 José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria, em conhecer e dar provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, para condenar o Cb Ex Jonas Johny de Souza Exeverria, como incurso no delito do art. 232, c/c o art. 30, inciso II e parágrafo único, ambos do CPM, à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, convertida em prisão, em regime inicialmente aberto para eventual cumprimento da pena, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea *a*, e o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 6 de fevereiro de 2018 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA
Apelação Nº 0000037-02.2016.7.09.0009-MS

Votei, sendo acompanhado pelos Ministros Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO e Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, divergindo da douta maioria, quando conheci e neguei provimento ao Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público Militar, para manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a sentença do Juízo *a quo*, que, **por unanimidade**, absolveu o Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA do crime previsto no art. 232, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM.

Trata-se o caso de uma acusação de um crime sexual, ínsito no art. 232 do CPM.

Verifica-se que a conduta narrada na Exordial não se amolda perfeitamente à figura típica do art. 232 do CPM, uma vez que o Acusado, conforme se denota dos depoimentos, não praticou a violência ou grave ameaça descritas no tipo penal.

Pelo contexto dos autos, pode-se até afirmar que o Acusado estava no local e tentou abordar a Ofendida. A identificação pela vítima da compleição física do Agressor, do alto teor alcoólico presente em seu hálito, do uso do aparelho e

das letras "X", "RR" e "E", presentes em sua farda, alinhados aos outros elementos constantes nos autos, sugerem a presença do Acusado no local do fato.

Entretanto, por esse mesmo contexto, não ficou evidente a ocorrência da violência ou grave ameaça, aptas a configurar o tipo legal na sua modalidade tentada.

Cezar Roberto Bitencourt[109] esclarece que a tentativa, embora difícil de ser constatada, é possível no delito de estupro. Defende que para a sua ocorrência deve estar presente a grave ameaça, "verbis":

> Doutrinariamente, é admissível a tentativa, embora a dificuldade prática de sua constatação. Caracteriza-se o crime de estupro na forma tentada quando o agente, iniciando a execução, é interrompido pela reação eficaz da vítima, mesmo que não tenha chegado a haver contatos íntimos. No estupro, como crime complexo que é, a primeira ação (violência ou grave ameaça) constitui início da execução, porque está dentro do próprio tipo, como sua elementar. Assim, para a ocorrência da tentativa basta que o agente tenha ameaçado gravemente a vítima com o fim inequívoco de constrangê-la à conjunção carnal.

Nesse conspecto, para o ilustre doutrinador, a ameaça deve impor medo, temor na vítima, opondo a sua liberdade de querer e agir: "caracteriza o tipo somente a *ameaça grave,* isto é, aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se à sua liberdade de querer e de agir"[110].

Vê-se, pelos depoimentos, que o Acusado não ameaçou gravemente a Ofendida a ponto de compeli-la a ter conjunção carnal com ele. Não há, nos autos, qualquer grave ameaça feita pelo Acusado à Ofendida. Em todo o momento, houve o convite à prática de atos libidinosos. Veja-se o depoimento da vítima (fls. 17/20):

> (...) que quando acionou o controle remoto e abriu o seu veículo foi segurada no braço; que o indivíduo colocou a mão na porta do carro e impediu a entrada da depoente; **que ele pediu um beijo para a depoente**; (...) **que conseguiu entrar no carro e sentar no banco, ligando os faróis; que o indivíduo se jogava em cima da depoente; que tirou os pés do pedal do carro e com os pés empurrou o indivíduo para fora do carro; que o indivíduo enquanto se jogava em cima da depoente dizia que ali estava desconfortável e que era para irem até um mato ao lado para darem uma "rapidinha"**; (...) Às perguntas da Defesa, respondeu que acredita que o indivíduo estivesse segurando a cerveja com a mão direita, mas não tem certeza dessa informação**; que quando o indivíduo pediu um beijo falou o seguinte: "só um beijinho"; que o indivíduo disse que ninguém precisava saber;** (...)

[109] Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: vol. 4, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.
[110] Op. cit. p. 50.

> depois, já no momento em que a depoente havia empurrado o agressor com as pernas, o mesmo tentou impedir com o corpo que a porta do veículo fosse fechada; que não se recorda se o indivíduo apoiou o braço em algum local quando se jogou em cima da depoente; que esclarece que o indivíduo quando se jogou em cima da depoente forçava o corpo dele contra o corpo da depoente (...). (Grifo nosso).

No tocante à violência que poderia caracterizar a tentativa, também não se detecta a sua presença, conforme se pode visualizar no depoimento acima citado. Quando o Acusado jogou seu corpo contra a Ofendida, esta, com os seus pés, conseguiu empurrá-lo e fechar a porta de seu carro. Além disso, a própria ofendida afirmou que não foi segurada pelo Acusado.

Sobre a violência, elementar do tipo, trago, mais uma vez, as lições de Cezar Roberto Bitencourt, segundo o qual "não é necessário que a força empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito realize seu intento"[111]. Dessa forma, sabendo-se que o Acusado pesava aproximadamente 90 (noventa) quilogramas à época dos fatos, se houvesse a efetiva violência, idônea para permitir ao Acusado lograr seu intento, a Ofendida não teria conseguido empurrá-lo para fora de seu veículo.

Percebe-se, portanto, que as elementares exigidas pelo tipo ("violência ou grave ameaça") não estão presentes.

Além disso, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, presente tanto na fase legislativa quanto nesta judicial. Condenar o Acusado pelo crime de estupro (além de lhe trazer "sanções extrapenais", tão comuns no sistema prisional brasileiro a indivíduos com condenação por crimes dessa espécie) não se mostra proporcional no presente caso, em que se vê uma infeliz e descabida "investida" do Acusado à Ofendida.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que, no caso de atos libidinosos menos graves, se mostra desproporcional a condenação pelo delito de estupro, tendo em vista o desvalor do resultado da conduta; vejamos, "verbis":

> Nessa linha, manifesta-se Nucci, concluindo: 'Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), comportando tipificação no cenário da contravenção'. Essa intepretação é recomendada e autorizada pelo princípio da proporcionalidade, não se podendo ignorar o desnível que tais condutas apresentam em relação não só ao desvalor da ação como também **desvalor em relação ao resultado**, comparadas com sexo anal ou oral, exigindo, por isso, menor severidade na sua repressão (proporcional).[112]

[111] Op. cit. p. 50.
[112] Op. cit. p. 52.

Portanto, apesar de o Acusado ter interpelado a Ofendida, não se vislumbra, no presente caso, a violência ou grave ameaça, requisitos essenciais à configuração típica do delito, inclusive na modalidade tentada.

Em artigo divulgado em sítios jurídicos[113], reportando-se ao caso do "beijo roubado", esclarece que a possibilidade de reação da vítima, inclusive com um empurrão, como foi o caso destes autos, leva a caracterização da infração penal da importunação ofensiva ao pudor, inserto no art. 61 da Lei de Contravenções Penais (LCP)[114], em razão da possibilidade de a vítima permanecer ou não na situação[115].

Vejamos:

> (...) Analise o ponto em que no crime de estupro, a vítima não tem soberania sob seu pensamento, escolha, vontade e ação. É tomada por força física e impedida de reagir, ou por grande coação moral que lhe atribui medo capaz de impedir qualquer reação. Por outro lado, na importunação ofensiva ao pudor, a vítima ainda que sob algum tipo de afronta à sua dignidade sexual, pode escolher por permanecer ou não na situação.
>
> O agente que rouba um beijo de uma menina, não impede a reação da mesma, ela pode decidir por permanecer no beijo ou se afastar, o empurrar ou até mesmo sair do local. Porque qualquer prática de ato por parte do agente que venha a impedir, utilizando da força ou impelindo medo, caracterizará o crime de estupro.

Por todo o exposto, votei no sentido de conhecer e negar provimento ao Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público Militar, para manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença do Juízo *a quo*, que, **por unanimidade**, absolveu o Cb Ex JONAS JOHNNY DE SOUZA EXEVERRIA do crime previsto no art. 232, c/c o art. 30, inciso II, ambos 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, 6 de fevereiro de 2018.

Alte Esq Carlos Augusto de Sousa
Ministro-Revisor

———————

[113] Acesso em: 31 jan. 2018, às 14h40.

[114] **Art. 61.** Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

[115] Denota-se inaplicável a LCP ao presente caso, porquanto à época não cabia a esta Justiça atentar-se à Legislação Penal extravagante, e também em atenção ao primado da irretroatividade da *lex gravior*.

APELAÇÃO Nº 40-78.2013.7.11.0211-DF

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Revisor: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Apelantes: Ministério Público Militar e Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto.

Apelados: Ministério Público Militar e Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto.

Advogados: Drs. Pierpaolo Cruz Bottini, Igor Sant'anna Tamasaukas, Marcio Martagão Gesteira Palma e João Antônio Sucena Fonseca.

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. DEFESA. ART. 305 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONCUSSÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. LEI 11.719/2008. NÃO APLICAÇÃO AOS FEITOS DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO COMO ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVERSÃO DO RITO. INOBSERVÂNCIA. DECLARAÇÃO DE VÍCIO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. DEMONSTRAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE. ACERVO PROBATÓRIO. ROBUSTEZ. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE. FIXAÇÃO. ART. 69 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. VIOLAÇÃO. AGRAVANTE GENÉRICA. ABUSO DE PODER OU VIOLAÇÃO DE DEVER. INCOMPATIBILIDADE COM O TIPO PENAL CONDENATÓRIO. EXCLUSÃO. PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. REQUISITOS LEGAIS. AUSÊNCIA. INAPLICABILIDADE. APELOS CONHECIDOS. APELAÇÃO DEFESA. PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO MINISTERIAL. DESPROVIMENTO.

I – A ritualística estabelecida pelo Código de Processo Penal Militar foi construída para atender às peculiaridades da jurisdição castrense. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal Militar no sentido da inaplicabilidade do art. 396 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/2008, aos feitos sujeitos à competência desta Justiça Especializada.

II – Não há como se acolher a arguição de nulidade do feito por inobservância ao art. 400 do Código de Processo Penal, pois, além de não ter havido oportuna alegação da matéria, o Apelante não buscou demonstrar qualquer prejuízo decorrente da inobservância da formalidade legal. Aplicação do brocardo *pas de nullité sans grief*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar.

III – É de ser mantida a condenação pela prática do crime de concussão quando o acervo probatório, colhido no transcurso da instrução criminal, torna certa a prática delitiva pelo Acusado, consistente em exigir vantagem indevida, seja de maneira direta seja de forma insidiosa, mas sempre a impingir à vítima o *metus publicae potestatis*.

IV – Viola a garantia constitucional da correta individualização da pena, bem como o item 4 do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992), a dupla utilização de uma mesma situação fática, em primeiro momento como circunstância judicial e, posteriormente, como agravante genérica.

V – A agravante genérica do abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, prevista na alínea "g" do inciso II do art. 70 do Código Penal Militar, é incompatível com o crime de concussão, por caracterizar indevido *bis in idem* com relação às elementares do tipo penal.

VI – Não havendo qualquer relação entre as atribuições inerentes ao posto militar e aquelas próprias do cargo público que o Acusado assumiu após a prática delitiva, não há como se impor a pena acessória de perda da função pública prevista no art. 98, inciso V, do Código Penal Militar.

VII – Apelos conhecidos. Parcialmente provido o Recuso defensivo. Negado provimento ao ministerial. Condenação mantida. Pena mitigada e regime inicial de cumprimento readequado.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar de ausência de interesse recursal do Ministério Público Militar, formulada pela Defesa em Contrarrazões do Recurso Acusatório; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva, de aplicabilidade do art. 396 e seguintes do CPP; **por unanimidade**, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de aplicabilidade do art. 400 do CPP. **No mérito**, **por unanimidade**, deu provimento parcial ao Recurso defensivo e negou provimento ao Apelo ministerial, para o fim de, reformando em parte a Sentença recorrida, manter a condenação do Capitão da Reserva Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto, pela prática do crime descrito no art. 305 do Código Penal Militar; reduzir a pena-base e excluir a agravante genérica prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do referido Códex e fixar a pena definitiva em três anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos da alínea "c" do § 1º do art. 33 do Código Penal comum, nos termos do voto do Relator Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Os Ministros William de Oliveira Barros e Carlos Augusto de Sousa não participaram do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Anete

Vasconcelos de Borborema, e o Advogado da Defesa, Dr. Márcio Martagão Gesteira Palma.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 20/2/2018).

RELATÓRIO

Cuidam os autos de **Recursos de Apelação** interpostos pela Defesa constituída pelo Capitão da Reserva do Exército Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto e pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar – Brasília/DF, que condenou o Acusado à pena de **6 anos de reclusão**, como incurso no art. 305, c/c o art. 70, inciso II, alínea "g", ambos do Código Penal Militar, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, com o direito de apelar em liberdade.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 1º/12/2015, imputando-lhe a prática da seguinte conduta:

> No dia 23 de novembro de 2012, por volta das 10h30min, na sala da SALC – Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial, localizado em Brasília/DF, o denunciado, agindo com vontade livre e consciente, em razão da função que exercia, exigiu para si, de forma indireta, vantagem indevida consistente em valores fixos ou percentuais do valor da contratação do Pregão Eletrônico nº 010/2012, item 363, que referia-se à aquisição de 65 (sessenta e cinco) ônibus para o Exército Brasileiro.
>
> [...]
>
> Então, o denunciado, por intermédio de pesquisas realizadas no site "comprasnet", constatou que a empresa MASCARELLO Carrocerias e Ônibus Ltda., havia vencido alguns processos licitatórios e conseguiu localizar o representante daquela empresa em Brasília, Sr. IVAN DE PAIVA, tendo insistido com o mesmo para que se encontrassem.
>
> Assim, nos meses que antecederam a realização do Pregão Eletrônico nº 010/2012, o denunciado conseguiu marcar dois encontros com o Sr. IVAN, ambos em estabelecimentos comerciais, totalmente estranhos à OM. O primeiro foi no restaurante Dom Durica, localizado na

> CLN 202, Asa Norte, Brasília/DF; o segundo, no Café Franz, Setor Sudoeste, também em Brasília/DF.
>
> Nas duas oportunidades o denunciado apresentou-se fardado e de acordo com o Sr. IVAN, no primeiro encontro, "foi direto ao ponto", ou seja, perguntou se a MASCARELLO tinha Atas de Registro de Preços "disponíveis" e "quanto" a empresa lhe pagaria, para que o Exército adquirisse os ônibus por intermédio de adesão às Atas.
>
> [...]
>
> Em relação a este segundo encontro, o Sr. IVAN disse que não foi comentado nada sobre possível valor de "propina" tendo o denunciado apenas informado que possuía experiência na área de licitações e daria todo o suporte para que a empresa MASCARELLO não perdesse as futuras contratações que seriam abertas. O desdobramento dos fatos permite deduzir que, nesse encontro, o denunciado estava "preparando" a execução do delito por incutir, na mente do representante da MASCARELLO, a ideia de que ele era o elemento dentro da administração militar que podia garantir ou não, eventuais aquisições de itens da nominada empresa.
>
> [...]
>
> Voltando à sequência dos fatos, encerrada a fase de lances e tendo a MASCARELLO oferecido o menor preço, no dia 23/11/2012, o denunciado disse ao pregoeiro (Ten OLEMAR) que a proposta da empresa apresentava "insuficiência de dados" e que iria estabelecer contato com o Sr. IVAN, então encaminhou a seguinte mensagem para o celular dele: "Achei um erro, favor me liga". Esta situação também restou devidamente comprovada pelas imagens do celular, juntadas às fls. 22/23, pelas declarações do Sr. IVAN e do próprio denunciado.
>
> O Sr. IVAN telefonou de Imediato para o denunciado e este lhe disse que o suposto "erro" inabilitaria a MASCARRELO.
>
> Quando o Sr. IVAN foi até a SALC do BGP para corrigir a documentação, foi recebido pelo próprio denunciado que neste momento lembrou-lhe do assunto que haviam tratado anteriormente, nos dois encontros, e de forma indireta (implícita), exigiu a vantagem indevida, sinalizando para o Sr. IVAN "com um gesto de três dedos, encobertos com um livro, fazendo referência ao valor de uma possível propina". O Sr IVAN compreendeu a exigência e teve dúvida apenas se seria "de três por cento, três mil, trinta mil ou trezentos mil" (fl. 261), pois em razão da presença de outros militares na Seção, o denunciado apena sinalizou. – fl. 1/A.

A Inicial acusatória foi recebida por Decisão de **9/12/2015** – fl. 687. O Acusado foi citado e, no dia **2/2/2016**, interrogado – fl. 774.

No período de **2/2/2016** a **15/9/2016**, foram ouvidas as testemunhas Ivan de Paiva – fl. 777; Cap Ex Márcio Rafael Fonseca da Cunha; 1º Ten Ex Olemar Alves de Lima – fl. 783; Camila Olivotto – fl. 893 (mídia digital);

Antônio Jacel Duzanowski – fl. 937 (mídia digital), essas cinco arroladas pelo Ministério Público; Maj Gustavo Queiroz Queirod de Oliveira – fl. 857, arrolado pela Defesa, e Antônio Carlos Capecce – fl. 884, testemunha numerária.

Na fase das diligências complementares, *Parquet* castrense e Defesa nada requereram, conforme respectivas manifestações, datadas de **14/10/2016** e **24/10/2016**.

Em Alegações Finais o Ministério Público Militar ratificou os termos da Denúncia e postulou a condenação do Acusado. A Defesa, por seu turno, requereu sua absolvição.

Na Sessão de Julgamento realizada no dia **24/1/2017**, o Ministério Público Militar e a Defesa ratificaram as Alegações Escritas. Encerrados os debates orais, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por unanimidade, condenou o Acusado por infração à norma do art. 305 do Código Penal Militar. Fixada a pena-base de **5 anos** de reclusão, fez incidir a agravante prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do Código Penal Militar, na fração de **1/5**, tornando definitiva a sanção em **6 anos de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial **semiaberto**, reconhecido o direito de recorrer em liberdade.

A Sentença foi lida na sessão de **31/1/2017** – fl. 1.022. Ambas as partes apelaram do veredicto – fls. 1.024 e 1.025.

Por entender ausente qualquer sucumbência em relação ao Ministério Público, o Magistrado *a quo* negou seguimento ao seu Apelo, conforme Decisão de **8/2/2017**.

O Órgão Ministerial interpôs o oportuno Recurso em Sentido Estrito 50-83.2017, cujo conhecimento e provimento ensejou o processamento do Apelo acusatório.

Em suas razões, a Defesa argui nulidade do feito por violação ao Princípio da Ampla Defesa. No mérito pretende a absolvição do Acusado, nos termos do art. 439, alíneas "a", "b" e "e", do Código de Processo Penal Militar e, alternativamente, a mitigação da reprimenda ao mínimo legal. Em bem lançado arrazoado, tece os seguintes fundamentos:

> **i)** o feito é nulo, desde o recebimento da Denúncia, posto que foi inobservada a necessidade de prévia manifestação do Denunciado em relação ao exame de admissibilidade da Exordial, *ex vi* do disposto no art. 396 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08. Nesse particular, ressalta que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, quando da resolução de Questão de Ordem formulada na Ação Penal 933, de relatoria do insigne Ministro Dias Toffoli, decidiu que as inovações trazidas pela reforma do citado *Cod*ex, por serem mais garantidoras do direito de defesa, tem aplicação também na seara Eleitoral e Militar;

ii) configurada restou, ainda, a nulidade do feito ante a inobservância do disposto no art. 400 do Código de Processo Penal comum que, em sua atual redação, estabelece que o interrogatório será o último ato da instrução criminal. Ressalta que o Plenário do Excelso Pretório, quando do julgamento do Habeas Corpus 127.900/AM, decidiu que o dispositivo legal em referência tem aplicação aos processos sujeitos à competência desta Justiça Militar da União;

iii) a suposta conduta do Acusado, manifestada "[...] por meio de gesto feito com os dedos na forma do número três [...]" é atípica, posto que não se adequada ao núcleo verbal do tipo do art. 305 do CPM, ou seja, **exigir** vantagem ilícita. Sublinhou que "[...] o gesto descrito não veio acompanhado de qualquer ameaça, constrangimento ou imposição";

iv) o Ministério Público Militar não se desincumbiu de seu múnus acusatório, porquanto não trouxe aos autos durante o curso da instrução criminal prova suficiente da imputação. Ponderou que a palavra da vítima não é suficiente, *de per si*, para embasar um édito condenatório, máxime quando "[...] há alteração significativa do relato e incongruências em cada uma das vezes em que o Sr. Ivan foi ouvido", seja na fase inquisitorial ou em Juízo;

v) o Conselho Julgador andou mal ao estabelecer a pena-base em patamar que excede ao dobro do mínimo legal, pois "[...] as circunstâncias pessoais não foram levadas em consideração; os critérios de aumento da pena-base ora dizem respeito a considerações morais, ora reproduzem a conduta descrita no próprio tipo penal, [...]". Ainda sobre a primeira etapa do sistema legal de fixação da pena, destaca o Apelante que, ao contrário do quanto decidido na instância *a quo*, não há qualquer demonstração do alegado dolo extremado do Acusado, consistente na insistência em receber valores indevidos, mesmo diante da negativa da vítima;

vi) no atinente à agravante do art. 70, II, "g", do CPM ressalta que houve dupla violação à regra do ***ne bis in idem***. Em primeiro, porque o fato de o Acusado ter se valido do cargo que exercia – Chefe da Seção de Licitação do BGP – já havia sido considerado para a majoração da pena-base. Segundo, porquanto a "violação de dever inerente a cargo" é elementar de todos os crimes contra a administração militar.

O recurso do Ministério Público Militar cinge-se ao pleito de aplicação das penas acessórias previstas nos incisos V e VI do art. 98 c/c os arts. 103, inciso I; 104 e 107, todos do CPM.

Ressalta que, imposta pena de **seis anos** de reclusão ao Acusado, indispensável a decretação da **perda do cargo público civil efetivo** que atualmente ostenta, qual seja, "[...] Especialista em Previdência Complementar vinculado à Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, cuja natureza jurídica é de autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério

da Fazenda [...]", ficando, ainda, **inabilitado para o exercício** de outras funções públicas pelo prazo legal.

Nas Contrarrazões, tanto o *Parquet* militar quanto a Defesa postularam o desprovimento do Apelo da parte *ex-adversa* – fls. 1.112 e 1.186.

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Roberto Coutinho, manifestou-se pelo conhecimento de ambos os Recursos e provimento tão somente do Apelo ministerial – fl. 1.227.

O insigne Ministro-Revisor teve *Vista* dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os recursos são próprios e tempestivos. Do édito condenatório decorre sucumbência recíproca. Destarte, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, os Apelos devem ser conhecidos.

Conforme relatado, imputa-se ao Acusado, Capitão da Reserva do Exército, a prática de crime de concussão – art. 305 do Código Penal Militar, porquanto teria ele, em duas oportunidades distintas, a primeira verbalmente e a segunda por meio de gestos, **exigido** vantagem indevida da empresa Mascarello Carrocerias e Ônibus Ltda., a fim de que essa saísse vencedora do Pregão Eletrônico 10/2012, item 363, referente à aquisição de 65 ônibus para o Exército Brasileiro.

QUESTÕES PRELIMINARES

A Defesa constituída argui, em suas **Razões** de Apelação, as preliminares de nulidade do feito, por violação ao Princípio da Ampla Defesa, ante a inobservância dos arts. 396 e 400 do Código de Processo Penal comum.

Mas não é só. Em **Contrarrazões** ao Recurso ministerial, a Defesa pleiteia o não conhecimento do Apelo do *Parquet*, por entender ausente o interesse recursal *"*[...] considerando os pedidos formulados e os termos da sentença condenatória, [...]"– fl. 1.213.

A questão do interesse recursal do Ministério Público Militar no caso vertente, contudo, já foi objeto de cognição por este Superior Tribunal Militar nos autos do RSE 50-83.2017/DF, de minha relatoria, cuja ementa trago à colação, *in verbis*:

> I – A análise do interesse recursal do Ministério Público na seara processual penal não se limita à mera apreciação sobre acolhimento, ou não, da pretensão condenatória, já que o *Parquet*, para além da função acusatória, sempre figura como *custos legis*, mister que a própria Constituição Federal lhe impõe, *ex vi* do art. 127.

> II – Condenado o acusado em primeiro grau, terá o Ministério Público Militar interesse na impugnação da sentença – seja *in pejus* ou *in mellius* –, mas sempre com vistas à correta aplicação da lei.
>
> III – Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido para: i) desconstituir a r. Decisão monocrática recorrida que deixou de receber a Apelação interposta pelo *Parquet* Castrense; e ii) determinar o processamento da Apelação, e sua posterior remessa e distribuição neste Tribunal. Decisão majoritária. (DJe de 14/6/2017).

Destarte, tratando-se a matéria em voga de mera reiteração de questão já definitivamente conhecida e decidida por esta Corte, **deixo de conhecer** da alegação de ausência de interesse recursal do *Parquet* castrense.

I – APLICAÇÃO DOS ARTS. 396 E SEGUINTES DO CPP

Alega a Defesa constituída que o rito ordinário do procedimento comum, previsto nos arts. 394 e seguintes do Código de Processo Penal comum, com a redação que lhe deu a Lei 11.719/2008, confere maior concretude às garantias constitucionais do Acusado. Pretende, assim, a declaração de nulidade deste feito, ante a inobservância do que dispõem os arts. 396 e 396-A, ambos do referido *Codex:*

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.
>
> Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Conforme se extrai dos dispositivos transcritos, tanto no procedimento ordinário quanto no sumário comuns, caberá ao Juiz facultar ao Denunciado apresentar defesa preliminar, na qual poderá arguir preliminares, bem como alegar tudo o que for de interesse da Defesa.

Não obstante a legislação processual castrense já se encontrar marcada pelo tempo, é apta a assegurar o pleno exercício das garantias constitucionais dos Acusados, em especial aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

De se observar que não há omissão na legislação processual penal militar que autorize, no ponto *sub examine,* a aplicação analógica do Código de Processo Penal comum.

Sobre a desnecessidade de apresentação da intitulada defesa preliminar nos feitos sujeitos à competência desta Justiça Especializada, é consolidada a jurisprudência deste Superior Tribunal Militar:

> [...]
>
> 3. Rejeitada a Preliminar de Nulidade por Cerceamento de Defesa em face da ausência de defesa prévia no Processo Penal Militar. A arguição de violação a regras processuais introduzidas no Código Penal comum pela Lei nº 11.719/2008 não é fato capaz de anular o feito, que obedece a rito próprio, em face do Princípio da Especialidade. Por unanimidade. (AP 183-21.2014/AM. Rel. Min. Álvaro Luiz Pinto. DJe de 4/4/2017).
>
> [...]
>
> Inexiste inconstitucionalidade ou inconvencionalidade devido à ausência de defesa prévia no processo penal militar. A questão deve ser analisada sob a ótica da especialidade da Norma processual penal castrense.
>
> Quando a diferença da legislação se dá pelo fato de uma delas ser de cunho especial, não há falar em ponderação para melhor adequação ou para beneficiar o acusado, uma vez que se está diante de regras disciplinadoras de situações diversas, previamente observadas e normatizadas pelo legislador. Preliminar rejeitada por unanimidade. (AP 137-44.2014/DF. Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe de 23/9/2016).
>
> [...]
>
> Hipótese em que não há que se falar em nulidade do processo *ab initio* por conta de não ter sido dada à Defesa a oportunidade de defesa prévia, conforme introduzido na legislação processual penal comum pela Lei nº 11.719/2008, uma vez que – remarque-se: ainda que balizada de maneira diversa – a atuação defensiva sob o regramento do livro especial do rito castrense não padece de limitação de qualquer natureza, o que satisfaz plenamente às garantias constitucionais que lhe são inerentes. (AP 58-63.2008/AM. Rel. Min. Luis Carlos de Gomes Mattos. DJe de 16/3/2015).
>
> [...]
>
> A ausência de defesa prévia prevista na Lei nº 11.719/2008 não macula o procedimento adotado pelo Conselho Julgador, uma vez que o Código de Processo Penal Militar tem disposição específica acerca do procedimento durante a instrução, nada havendo a ser suprido pelo uso da legislação comum, em detrimento da legislação militar, em conformidade com o Princípio da Especialidade. (AP 97-26.2009/AM. Rel. Min. Cleonílson Nicácio Silva. DJe de 19/12/2012).

É bem verdade que o eminente Ministro Dias Toffoli, no voto condutor da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal 933/PB, orientou-se pela

aplicação do art. 396 do Código de Processo Penal comum, com a redação que lhe conferiu a Lei 11.719/2008, aos feitos da competência da Justiça Eleitoral e Militar.

O citado voto, contudo, não configura precedente jurisprudencial cuja observância seja obrigatória por esta Corte, por maior autoridade intelectual que possa e mereça lhe ser conferida. Se bem analisados os elementos da citada Ação Penal, percebe-se da própria ementa da aludida Questão de Ordem que o debate estabelecido entre os insignes Ministros integrantes da 2ª Turma do Excelso Pretório era, na oportunidade, relacionado à "aplicação em matéria eleitoral, em primeiro grau de jurisdição" (DJe 20, Divulgado em 2/2/2016; Publicado em 3/2/2016).

Dessa forma, resta indubitável o caráter *obiter dictum* e *ad latere* da referência à aplicação ao direito processual penal militar dos arts. 396 e 396-A no bojo da AP 933 QO/PB.

Acrescento que o Supremo Tribunal Federal não adota, quer no controle concentrado quer no difuso de constitucionalidade, a chamada **Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes**. Vale dizer: apenas o **dispositivo** do julgado produz efeito vinculante, não existindo vinculação em relação à *ratio decidendi*, ou seja, aos fundamentos que determinaram a Decisão.

Sobre a matéria, trago à colação os seguintes precedentes da Suprema Corte brasileira*, v. g.*:

> […]
>
> 2. Na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, impedindo o uso de tese jurídica para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional. (Rcl 4090 AgR/PI. Rel. Min. Roberto Barroso. DJe de 5/6/2017).
>
> […]
>
> 1. Firmou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que inviável o manejo de reclamação constitucional para garantia da autoridade de suas decisões quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos. (Rcl 2491 AgR/PI. Rel. Min. Rosa Weber. DJe de 15/12/2016).
>
> […]
>
> 2. Ainda que se admita a correspondência da *ratio decidendi* entre as matérias, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em afirmar o não cabimento de reclamação, na hipótese em que fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito

> vinculante, na medida em que tal efeito abrange apenas o objeto da ação. Idêntica conclusão, com maior razão, é aplicável na hipótese de considerações tecidas no julgamento a título de *obiter dictu*m e que, portanto, sequer sustentam a decisão apontada como paradigma. (Rcl 21884 AgR/SP. Rel. Min. Edson Fachin. DJe de 8/4/2016).

Acrescente-se que a ritualística estabelecida pelo Código de Processo Penal Militar foi construída para atender às peculiaridades da jurisdição castrense, não havendo qualquer fundamento plausível para a derrogação do "processo ordinário" estabelecido pelos arts. 384 e seguintes do CPPM.

Do exposto, rejeito a preliminar de aplicabilidade do art. 396 e seguintes do CPP suscitada pela Defesa.

II – NULIDADE, POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP. INOCORRÊNCIA

É de conhecimento geral que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por Decisão majoritária proferida nos autos do *Habeas Corpus* 127.900/AM, reconheceu que o interrogatório do Acusado como último ato da instrução criminal é medida que assegura a máxima efetividade ao Princípio da Ampla Defesa, insculpida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Por esse motivo, entendeu-se na oportunidade que o art. 400 do Código de Processo Penal comum, com redação dada pela Lei 11.719/2008, tem aplicação aos feitos criminais militares.

Com o objetivo de resguardar o princípio da segurança jurídica, postulado básico do Estado Democrático de Direito, a Corte Excelsa modulou os efeitos de sua Decisão, conferindo-lhe apenas **força prospectiva**. Eis o fecho do *Decisum*:

> […]
>
> 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.
>
> 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

Extrai-se dos excertos transcritos que o Supremo Tribunal Federal determinou a observância da nova orientação jurisprudencial a todos os efeitos cuja instrução "... **não tenha se encerrado**" quando da publicação da Ata de Julgamento do dia 3/3/2016, divulgada no DJe 46, de **10/3/2016**.

Compulsando os autos verifica-se que o Acusado foi interrogado em **2/2/2016** – fl. 774 e as testemunhas ouvidas entre a data referida e o dia **15/9/2016** – fl. 884. Assim, resta indubitável que, após o dia **10/3/2016**, data da publicação da Ata de Julgamento do *leading case*, foram praticados atos instrutórios no presente feito.

Não obstante, da acurada análise das Alegações Escritas da Defesa – fl. 973, vol. 4, percebe-se que não houve oportuna alegação de eventual nulidade pela inobservância do art. 400 do Código de Processo Penal, limitando-se o signatário da peça a pleitear a absolvição ante a alegada insuficiência de provas que sustentassem o édito condenatório. Idêntica omissão se percebe dos debates orais realizados na sessão de julgamento em primeiro grau.

Dessa forma, não houve arguição da nulidade *sub examine* no momento processual estabelecido pela alínea "a" do artigo 504 do Código de Processo Penal Militar, motivo pelo qual é de se reputar sanada eventual nulidade, *ex vi* do art. 505 do referido Diploma Legal:

> Art. 504. As nulidades deverão ser arguidas:
>
> a) as da instrução do processo, no prazo para a apresentação das alegações escritas;
>
> [...]
>
> Art. 505. O silêncio das partes sana os atos nulos, se se tratar de formalidade de seu exclusivo interesse.

Dessa forma, não constando qualquer impugnação quanto ao rito adotado para o processamento do feito, questionamento levado a cabo somente quando da apresentação das Razões do Apelo – fl. 1.037, a declaração do alegado vício processual encontra óbice evidente na **preclusão**.

Em raciocínio analógico ressalto que o art. 411 do CPP foi igualmente alterado pela Lei 11.689/2008, para o fim de estabelecer que, durante o **Sumário da Culpa**, ou seja, a primeira fase do rito escalonado estabelecido para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o interrogatório do Acusado será também realizado após a oitiva de todas as testemunhas arroladas pelas partes, invertendo-se a ordem anteriormente estabelecida.

Sobre o dispositivo em questão, o Superior Tribunal de Justiça possui reiterada jurisprudência no sentido de que sua violação constitui nulidade de caráter **relativo**, sendo indispensável a oportuna arguição, sob pena de preclusão. A orientação pretoriana é, *mutatis mutandis*, aplicável ao caso vertente:

> [...]
>
> 1. O entendimento firmado neste Sodalício é no sentido de que a nulidade decorrente da inversão da ordem prevista no artigo 411, do CPP, é relativa, necessitando, portanto, para a sua decretação, além de protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, (art. 563, do CPP), o que não ocorreu na hipótese. (STJ – 5ª Turma. AgRg no AREsp 480148/PE. Rel. Min. Moura Ribeiro. DJe de 10/6/2014).
>
> [...]
>
> 2. Tendo a defesa aquiescido com a ordem de colheita dos depoimentos da fase instrutória, não poder pretender que o feito seja posteriormente anulado em razão da inobservância ao artigo 411 do Código de Processo Penal.
>
> 3. As nulidades da instrução criminal nos processos de competência do júri devem ser arguidas no momento das alegações finais, nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal. Precedente.
>
> 4. No caso dos autos, verifica-se que a alegada inversão na ordem de oitiva das testemunhas e do acusado não foi suscitada pela defesa em alegações finais, o que enseja a preclusão do exame do tema.
>
> 5. Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, o patrono do acusado não pleiteou que fosse novamente interrogado em decorrência do conteúdo dos depoimentos prestados após a sua primeira inquirição, tendo requerido apenas a oitiva de nova testemunha, o que reforça a inexistência de qualquer mácula apta a contaminar a instrução processual em exame. (STJ – 5ª Turma. HC 320910/MG. Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – Desembargador convocado do TJ/PE. DJe de 29/9/2015).

Acrescente-se que o Apelante, em suas Razões, se limita a alegar a inobservância de forma prevista em Lei, sem indicar no que **concretamente** resultou o prejuízo ao Direito de Defesa. Assim, apenas por amor ao debate, mesmo que se considerasse absoluta a nulidade decorrente da violação ao art. 400 do CPP, não há qualquer demonstração sobre o prejuízo dela decorrente.

Embora não se desconheçam opiniões doutrinárias em sentido contrário[116], é lícito afirmar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores há muito se consolidou no sentido da aplicação do brocardo ***pas de nullité sans***

[116] MOSSIN, Heráclito Antônio. *Nulidades no Direito Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 63.
GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Pena*l. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 456.

grief também às nulidades de caráter absoluto. Com efeito, são regidas pelas normas dos arts. 499 do CPPM e 563 do CPP tanto as nulidades de caráter **relativo** quanto as de cunho **absoluto**. Para referendar a assertiva, transcrevo os seguintes precedentes:

> […]
>
> 7. Segundo magistério jurisprudencial, além da arguição *opportune tempore* da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo concreto é igualmente essencial para seu reconhecimento, de acordo com o princípio do *pas de nullité sans grief*, presente no art. 563 do Código de Processo Penal *(v.g.* RHC nº 138.752/PB, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 27/4/17) (STF – 2ª Turma. HC 134408/MG. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe de 28/8/2017).
>
> […]
>
> 1. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. (STF – 1ª Turma. HC 132149 AgR/AM. Rel. Min. Luiz Fux. DJe de 14/6/2017).
>
> […]
>
> 1. A ocorrência de nulidade insanável não pode ser aventada inicialmente em âmbito extraordinário, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Cabe ao impetrante a comprovação inequívoca de prejuízos concretos, advindos do parco intervalo de tempo entre a citação do acusado e seu respectivo interrogatório, bem como da nomeação de defensor *ad hoc*. (STF – 1ª Turma. HC 119486/RN. Rel. p/ Acord. Min. Edson Fachin. DJe de 14/10/2015).
>
> […]
>
> 1. Já se consolidou nesse Sodalício o entendimento segundo o qual "A Lei n. 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do CPP, porquanto lei processual penal, aplica-se desde logo, conforme os ditames do princípio *tempus regit actum*, sem prejudicar, contudo, a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, razão pela qual, já realizado o interrogatório do réu, não há obrigação de o ato ser renovado para cumprir as balizas da nova lei" (HC n. 164.420/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/9/2014).
>
> 2. Ainda que assim não fosse, a anulação de atos processuais significa a perda de atividades já realizadas, prejudicando as partes e o magistrado, e acarretando demora na prestação jurisdicional almejada, motivo pelo qual a legislação processual penal exige que os prejuízos decorrentes da eiva a ser reconhecida sejam concreta e efetivamente demonstrados, nos ditames do princípio *pas de nullité sans grief*, o que

> não se verificou *in casu*. (STJ – 5ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1292124/PR. Rel. Min. Jorge Mussi. DJe de 20/9/2017).
>
> [...]
>
> 2. Sem prova de prejuízo ao réu, não se verifica nulidade pelo fato de seu interrogatório, mediante precatória, ter ocorrido antes da oitiva de testemunhas no feito principal (audiência de instrução). Inteligência do art. 563 do Código de Processo Penal. Registra-se que o ora paciente foi interrogado, por meio de carta precatória, na Comarca de Andradina/SP, um dia antes da realização da audiência de instrução, a qual se realizou na Comarca de Pedra Preta/MT. Tal situação processual se distingue daquela em que o interrogatório do acusado e a audiência de instrução ocorrem na mesma Comarca, o que poderia levar à renovação do interrogatório.
>
> 3. Segundo a legislação em vigor, é imprescindível, quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*. (STJ – 6ª Turma. HC 340815/MT. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe de 23/2/2016).

Dessa forma, seja porque o interrogatório do Acusado **foi realizado antes** da consolidação da jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do art. 400 do CPPM aos feitos da competência desta Justiça Militar; seja porque **não houve oportuna alegação** quanto à nulidade em questão; seja porque o Apelante não buscou **demonstrar qualquer prejuízo** decorrente da inobservância da formalidade legal, não há como se reconhecer a alegada nulidade processual *in casu*.

MÉRITO

III – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA

Dentre as teses de mérito, alega a Defesa que a conduta imputada ao Acusado, nos termos em que deduzida na Exordial acusatória, é atípica, pois não descreve todas as elementares do crime de concussão, em especial o núcleo verbal do tipo do art. 305 do CPM, qual seja, "exigir", pois inexiste qualquer alusão a "ameaça, constrangimento ou imposição" – fl. 1.055.

A origem histórica do crime de concussão remonta a antigos tempos e, em seu nascedouro, confundia-se com a corrupção passiva. Em excelente síntese, afirma o mestre E. Magalhães Noronha, *verbis*:

> É a concussão delito conhecido dos povos antigos. Chegou a ser punida pelos gregos, com a pena de morte. Trasíbulo foi acusado de extorquir dinheiro da população da Beócia, enquanto a Alcebíades a imputação se relacionava a toda a Grécia.
>
> Roma puniu-a, porém, confundiu-a com a corrupção. A Lei Júlia, por exemplo, pune aquele que recebe dinheiro para julgar ou decidir

> qualquer negócio (Dig. 1, XLVIII, Tít. XI - *De lege Julia repetundarum*). Confundida, pois, com a *corruptio*, era a *concussio* conhecida como *crimen repetundarum*, porque a parte lesada buscava a repetição, indenizando-se da importância que lhe fora exigida. A confusão entre as duas figuras perdura no direito medieval[117].
>
> Já próximo aos nossos dias, surge o delito definido separadamente da corrupção. Encontramo-lo no Código Penal francês de 1810. Com modificações posteriores, constitui objeto do art. 174, que encara diversas modalidades do crime.
>
> [...]
>
> Nosso diploma de 1830, no art. 135, encarava várias espécies de concussão: a cobrança indevida, a cobrança em proveito próprio e a cobrança por meio gravoso ou vexatório. Além disso, no n. 5 desse dispositivo, usava a fórmula genérica: "Pelo que, para cumprir o seu dever, exigir, direta ou indiretamente, emolumento, ou prêmio não determinado por lei".
>
> O Código de 1890 (art. 219) foi menos perfeito, esquecendo-se dessa fórmula genérica e definindo, no § 3º, espécie que mais se aproximava da corrupção passiva. (In: *Direito Penal*, vol. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 236) (Grifo nosso).

Nélson Hungria Hoffbauer, o grande penalista brasileiro, discorre sobre o núcleo verbal do crime de concussão, ou seja, **exigir**:

> Exigir é impor como obrigação ou reclamar imperiosamente. A exigência pode ser formulada diretamente, a viso aperto ou *facie ad faciem*, sob a ameaça explícita e de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado; basta o temor genérico que a autoridade inspira. [...]. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade (In: *Comentários ao Código Penal*, vol. 9. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p. 359) (Grifo nosso).

Mais especificamente sobre o **meio insidioso** e sub-reptício de exigir a vantagem indevida, afirma Damásio E. de Jesus:

> Não é necessário, para a tipicidade do fato, que o executor da exigência pronuncie ao sujeito passivo a prática de um mal determinado. Basta que a vítima sinta o temor que o exercício da autoridade inspira,

[117] Não obstante, na era medieva, Farinácio já esboçava a diferença entre uma e outra: "*Corruptio quando a sponte pecuniam dante judex injustitiam facit; concussio, quando pecuniam non a sponte dante recepit sed extorquet*".

> influindo sobre ela o *metus publicae potestatis*[118] (In: *Direito Penal*, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190) (Grifo nosso).

No mesmo sentido é o magistério da doutrina de Luiz Regis Prado:

> *Ipso facto*, patenteia-se o consagrado apotegma moral medievo: "***Est rogare ducum species violenta jubendi!***" [o pedido dos poderosos é de certo modo uma forma imperiosa de ordenar].
>
> [...]
>
> A propósito não é outra a lição de quem "nem sempre o oficial se dirige a face descoberta contra o particular, dizendo-lhe: dá-me cem ou te coloco na prisão, ou: dá-me cem ou te condeno. Essas maneiras são muito grosseiras e, por isso mesmo, são mais raras. O empregado venal não pede, mas faz compreender que receberia: não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Então o particular (tenha ou não motivos justos para temer) compreende e teme, e oferta o dinheiro. (In: *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114) (Grifo nosso).

No caso em apreço não resta dúvida que a Denúncia narra fato típico, pois restou nela consignado que o Acusado apresentando-se ao senhor Ivan, representante da empresa Mascarello, como chefe da Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial, **deixou-lhe claro seu objetivo de receber vantagem indevida** para influir no resultado de vultoso contrato de aquisição de dezenas de ônibus pelo Exército Brasileiro. Numa primeira oportunidade o Acusado valeu-se da palavra e, em um segundo momento, utilizou-se de gestos.

Ainda segundo a Exordial Acusatória, diante da negativa da empresa em assentir com seu desiderato, no dia **23/11/2012**, o Acusado:

> [...] disse ao pregoeiro (Ten OLEMAR) que a proposta da empresa apresentava "insuficiência de dados" e que iria estabelecer contato com o Sr. IVAN, então encaminhou a seguinte mensagem para o celular dele: "Achei um erro, favor me liga". Esta situação também restou devidamente comprovada pelas imagens do celular, juntadas às fls. 22/23, pelas declarações do Sr. Ivan e do próprio denunciado.

Dessa forma, consideradas as circunstâncias que permearam a conduta objeto da imputação e, diante do risco evidente de ver a empresa que representava desclassificada da licitação, a conduta do Acusado foi sim apta a incutir no senhor Ivan o já citado *metus publicae potestatis*.

Correta, portanto, a adequação típica da conduta com os termos do art. 305 do CPM, sigo na análise do acervo probatório.

---

[118] Na tradução livre de Rogério Greco entende-se por *metus publicae potestatis* "[...] a situação em que o cidadão atua como reverência e temor quando está diante de uma autoridade pública" (In: *Curso de Direito Penal*, vol. 3. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016. p. 743).

IV – DO ACERVO PROBATÓRIO. COMPROVAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA

Não obstante seja de se reconhecer o esforço argumentativo da competente Defesa constituída, tenho que as provas colhidas no transcurso da instrução criminal tornam certa a prática delitiva pelo Acusado.

Inquirido perante o Conselho de Justiça, afirmou a testemunha Ivan de Paiva, *verbis:*

> […]; que por intermédio de uma Tenente da Região Militar, que disse que o acusado iria falar com o depoente a respeito de uma aquisição de ônibus, que ofereceu-se ir até o BGP para falar com ele, mas o acusado sugeriu que se encontrassem no restaurante Dom Durica, que quando chegou ao local, o acusado estava sentado com mais dois rapazes em uma mesa nos fundos do restaurante, que esse encontro aconteceu por volta das 17:30, que os rapazes saíram logo em seguida à sua chegada, que conversaram cerca de vinte minutos, que o acusado lhe falou a respeito de uma aquisição de ônibus, que o acusado acreditava que a Mascarello teria interesse, que o acusado disse estar pensando em receber 5% sobre o valor do contrato a ser celebrado, que em outra oportunidade foi contatado por telefone pelo acusado convidando-o a se encontrarem no Fran's Café, que fica no Sudoeste, que se encontraram depois das 19:00, que o acusado estava acompanhado de mais uma ou duas pessoas, que pelo menos uma dessas também seria militar, que o acusado e esse outro militar disseram que teriam feito curso de pregoeiro, promovido pelo Exército, […]; que teve contato com superiores seus da Mascarello a respeito da proposta feita pelo acusado, que um dos diretores, o Sr. Jacel, disse ao depoente por telefone: "jamais vamos aceitar isso. Ainda mais se tratando do Exército."; que o pregão ocorreu de forma eletrônica e foi feito, por parte da Mascarello, pela Sra. Camila Olivotto, que após, a empresa Mascarello ter oferecido a melhor proposta, foi até o quartel entregar a documentação completa no original, que fez essa entrega ao acusado, que na sala da SALC o acusado, disfarçando com um livro, fez um sinal consistente encostar três dedos na mesa encobertado pelo livro antes referido, que no entender do depoente aquilo era uma indicação de que o acusado pretendia receber uma propina, que saiu da SALC e foi então que recebeu uma mensagem no seu celular, que a mensagem recebida dizia algo como "Existe alguma coisa errada na proposta. Por favor me ligue.", que o depoente não fez essa ligação mas entrou em contato com o seu supervisor em São Paulo; […]; que não houve uma ameaça direta do acusado no sentido de que a Mascarello seria prejudicada, que houve apenas uma ameaça indireta; […]; que no Fran's Café passaram a impressão de que sendo pregoeiros dominavam o que ocorriam nas licitações; […]; que com relação à ameaça indireta esclarece que "foi esse negócio dele pedir 5%, por se achar merecedor", que, por telefone, não houve nenhum tipo de solicitação de vantagem indevida, que comunicou a empresa a respeito da conduta do acusado em duas ocasiões, uma com relação aos 5% e

> outra no gesto do acusado pedindo 3% de vantagem – fls. 777 (Grifo nosso).

Com relação aos encontros entre o Acusado e o senhor Ivan de Paiva fora do ambiente militar, é de se destacar que configuram **fatos incontroversos**, conforme afirmou em seu interrogatório:

> [...] que em setembro ou outubro de 2012 manteve contato telefônico com o Sr. Ivan, da empresa Mascarello, que devido a dificuldades de trabalho deste, acabou aceitando encontrar-se com ele em lugar por ele escolhido, no restaurante Dom Durica, localizado no começo da Asa Norte; [...]; que entende que o encontro foi um "ato negocial", no qual o interrogando teria a oportunidade de negociar com a empresa a possibilidade de colocar ar condicionado nos ônibus a serem fornecidos, que isso reverteria em vantagem para o Exército; [...]; que posteriormente foi encarregado de compor o termo de referência dos ônibus; [...]; que o interrogando estava no Fran's Café do Sudoeste na companhia do Capitão Márcio Cunha, que o oficial citado, ao tempo dos fatos, estava no BPE, que o Sr. Ivan insistiu em encontrar-se com o interrogando, inclusive para pedir desculpas, tendo o Cap Márcio Cunha testemunhado esse encontro, que também este encontro teve duração de cinco minutos; [...]; que quem conduziu o pregão foi o Tenente Olemar, que o mesmo estava habilitado para tanto, porém na opinião do interrogando ele não seria muito experiente na função de pregoeiro, que no curso do pregão chegou a mandar uma mensagem via telefone para o Sr. Ivan, que a mensagem tinha o seguinte teor "achei um erro, favor me ligar", que não se recorda de cabeça qual era a inconsistência, mas faltavam alguns itens; que houve um registro feito pelo Tenente Olemar no pregão indicando inconsistências, que as quatro empresas que participaram do certame tiveram inconsistências, que especificamente no caso da Mascarello esse registro ficou no sistema por nove minutos e 57 segundos; [...]; que o ônibus oferecido pela Mascarello era o de menor valor encontrado no Comprasnet, bem assim havia a possibilidade de uma "carona" em outro pregão, que contatos pessoais com empresas de ônibus foi exclusivamente com o Sr. Ivan, da empresa Mascarello; [...]; que todos os encontros ocorreram nos meses de setembro a outubro de 2012, que todos os encontros ocorreram antes da confecção do termo de referência; [...] – fl. 774 (Grifo nosso).

Isoladamente considerados é possível afirmar que tais encontros entre o Acusado e a testemunha não configuram prova **direta** da prática criminosa. Contudo, além de serem claramente violadores dos princípios que orientam uma administração pública proba, nos termos do art. 37 da Constituição Federal e da Lei 8.429/1992, estão alinhados com outros elementos de convicção que, em seu conjunto, autorizam a formação do juízo condenatório.

Ressalto que, à época em que ocorreram os malsinados encontros, ou seja, nos meses de setembro e outubro de 2012, sequer havia se iniciado o procedimento licitatório, o que, *de per si*, denota a conduta do Acusado de

buscar um licitante específico para, como expressamente afirmou, praticar um **ato negocial**.

Ora, se o intuito do Acusado era mesmo beneficiar o Exército com a suposta inclusão nos ônibus a serem adquiridos de equipamento de ar-condicionado, por que não foram procuradas em momento algum as outras **três empresas** que posteriormente acorreram ao pregão eletrônico? Relembre-se que em seu interrogatório afirmou o Acusado **somente ter procurado** o representante da Mascarello, não obstante tenham participado da licitação outras concorrentes (Comil, Mardisa e Marcopolo – fls. 3.586, Apenso 19).

Da mesma forma, resta induvidoso o fato de que o Acusado, embora não fosse o pregoeiro da licitação referida, exercia total influência sobre o militar designado para tais funções, ou seja, o Ten Olemar Alves de Lima. Eis, no pertinente, o depoimento judicial do aludido Oficial da Força Terrestre:

> […]; porém o primeiro pregão que realizou foi justamente o n° 010/2012, cujo um dos itens era exatamente a aquisição de Ônibus, que seu chefe na sessão de licitações era o acusado, que o acusado o acompanhou em todos os atos do pregão, até por conta de sua inexperiência; que na fase preliminar do pregão se apresentaram quatro empresas; que todas as propostas destas apresentaram inconsistência; […]; que apresentada a documentação, não se constatou nenhuma irregularidade com relação à empresa Mascarello; que chegou haver uma acareação entre ele, o depoente, e o acusado justamente a esse respeito; que o acusado nunca disse ao depoente ter entrado em contato com a empresa Mascarello relatando algum tipo de problema; que o Sr. Ivan não compareceu à sessão de licitações para qualquer gestão decorrente de algum erro existente na proposta, até porque, como já ditou o depoente não havia qualquer erro na mesma; […]; que o depoente foi o pregoeiro efetivo, mas recebeu muitas orientações do acusado para análise das propostas e da documentação das empresas, e mesmo sobre a condução do certame, que desconhece qualquer contato entre o acusado e o representante da Mascarello; […] – fls. 783 (Grifo nosso).

Assim, a pretexto de auxiliar o pregoeiro, o ora Apelante influiu diretamente em todas as fases da licitação, desde a confecção do edital até a habilitação do licitante proponente do lance vencedor. Nessa posição de superioridade, também é incontroverso que, após receber a documentação para a habilitação da empresa Mascarello, o Acusado encaminhou mensagem de telefone ao senhor Ivan, com os seguintes dizeres: "Achei um erro, favor me liga" – fls. 22-23.

Ora, mas qual o erro? Em seu interrogatório o Acusado **não soube precisar**. Por seu turno, o Ten Olemar Alves de Lima, responsável pela licitação, peremptoriamente afirmou que **não havia qualquer equívoco ou inconsistência** na documentação apresentada para a habilitação da empresa proponente do lance vencedor!

A versão do Acusado, de que a dita mensagem tinha por escopo a regularização de qualquer exigência legal, mostra-se totalmente divorciada do acervo probatório e, por tal motivo, carente de credibilidade.

Diante dessa notória **posição de hierarquia fática** em relação ao pregoeiro; da imagem que o Acusado fez passar ao representante da Mascarello, no sentido de que detinha pleno **controle sobre os procedimentos licitatórios** levados a cabo pelo Batalhão da Guarda Presidencial e, ainda, da **injustificada mensagem telefônica** que encaminhou ao preposto da empresa licitante, resta claro seu intuito de **incutir** na testemunha Ivan de Paiva o **receio de ver prejudicada** a licitante que representava, pelo não pagamento da vantagem indevida solicitada.

Com singular precisão afirma a representante do Ministério Público Militar oficiante perante o Juízo de origem, Dra. Ângela Montenegro Taveira, *verbis*:

> [...]
>
> B – A mensagem gravada à fl. 21 é um elemento de prova indiciária de que, de fato, o Acusado, após a entrega dos documentos de habilitação, estava "buscando um erro" para renovar a exigência da "propina"; simboliza também, a situação de superioridade do preposto da administração no que concerne o licitante;
>
> C – A efetiva desclassificação da MASCARELLO, por dez minutos, após a exigência da propina na SALC, seguida do silêncio do Sr IVAN, é um elemento de prova indiciária, pois demonstra que o ACUSADO agiu para cumprir o seu intento de desclassificar a MASCARELLO se não recebesse o que pedira, ainda mais por que a desclassificação não foi objeto de conversa no *chat* do pregão, o que foge ao padrão de comportamento dos pregoeiros; [...] – fl. 957.

Outrossim, o art. 22 do Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da administração pública federal, dispõe que, no curso da fase dos lances sucessivos – realizada na plataforma virtual "Comprasnet" –, o pregoeiro poderá fundamentadamente desclassificar propostas. Entretanto, dispõe o § 5º do referido dispositivo que "o sistema disponibilizará campo próprio para troca de mensagens entre o pregoeiro e os licitantes". Vale dizer: existe um *chat* pelo qual poderão ser prestados esclarecimentos com o objetivo de serem sanadas eventuais irregularidades.

Nesse ponto é digno de nota o relatório da Auditora no Processo do Pregão 10/2012, levada a cabo pela 11ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças da Secretaria de Economia e Finanças do Exército, o qual, embora não tenha concluído por ilegalidades no procedimento licitatório em referência, verificou que "[...] não consta no *chat* (anexo) da ata o registro de mensagens, entre o pregoeiro e as empresas, que informasse a ocorrência das recusas" – fls. 310.

Embora a proposta da empresa Mascarello, realizada às 10h27min do dia 20/11/2012, tenha logrado sair vencedora da fase de lances sucessivos, permaneceu com *status* de Recusada no período 15h33min7seg e 15h43min4seg da mesma data – fl. 3.586 do Apenso 19. Ora, era de se esperar que, em contrato tão vultoso, mais de **dezessete milhões de reais**, houvesse algum registro eletrônico de diálogos entre o pregoeiro e o proponente vencedor com vistas a sanar irregularidades, **salvo se ambas as partes soubessem o real motivo da desclassificação**.

Nesse horizonte é de se concluir que, embora se reconheçam pequenas dissonâncias entre os depoimentos prestados pelo senhor Ivan na fase inquisitorial e em Juízo, a versão que apresenta é consistente e harmônica com os demais elementos de convicção colhidos no transcorrer da instrução criminal.

O crime de concussão, assim como os outros delitos cometidos contra a Administração Pública ou Militar, é geralmente perpetrado longe da presença de testemunhas, às escondidas. Por tal motivo a jurisprudência é uníssona em conferir especial relevo à palavra da vítima, máxime quando não há qualquer elemento que demonstre a sua suspeição em relação ao Acusado.

É exatamente o que ocorre no caso dos autos: **o Acusado em momento algum indica qualquer motivo que possa ter levado o senhor Ivan de Paiva a imputar-lhe falsamente a prática de conduta criminosa que soubesse inocente**. Para além de mera irresponsabilidade incompatível com pessoa já madura[119], tal conduta configuraria a prática **absolutamente gratuita** do crime de denunciação caluniosa – art. 343 do CPM, o que não encontra nenhuma probabilidade.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

> CONCUSSÃO – PALAVRA DA VÍTIMA – Relevância: Em crimes desta natureza, cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de grande valor probante quando não dissociada dos demais elementos de convicção e desde que não haja indícios de falsa inculpação. No presente caso, em que a vítima narrou com detalhes o ocorrido, mostrou-se correta a condenação. Recurso não provido. (TJ-SP – AP 990080303392 SP, Relator: J. Martins, Data de Julgamento: 14/10/2010, 15ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 08/11/2010) (Grifo nosso).
>
> [...].
>
> b) "A palavra da vítima, em crime de natureza patrimonial, avulta em importância, máxime quando em tudo ajustada às demais evidências dos autos" (RJDACRIM 25/319). (TJ-PR - ACR: 3628711 PR 0362871-1, Relator:

[119] Conforme o termo de depoimento da testemunha em questão, acostado às fls. 777, sua data de nascimento é **29/5/1947**.

> Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento: 30/11/2006, 3ª Câmara Criminal, DJ: 7314) (Grifo nosso).

Destarte, comprovada a prática delitiva com todas as suas elementares, não há como acolher o pleito absolutório com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*.

V – MITIGAÇÃO DA REPRIMENDA. MODIFICAÇÃO DA PENA-BASE E EXCLUSÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 70, INCISO II, ALÍNEA "G", DO CPM

Conforme já referenciado, a Defesa pretende a mitigação da reprimenda, tanto pela redução da pena-base, quanto pela exclusão da agravante genérica do art. 70, inciso II, alínea "g", do Código Penal Militar.

Trago à colação os fundamentos da dosimetria da pena, *in litteris:*

> 1ª fase.
>
> Levando-se em consideração as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar, embora o Réu tenha bons antecedentes, trata-se de militar à época dos fatos – Oficial Intermediário – o que enseja o elevadíssimo grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo denunciado, pela qual se valeu do cargo de chefe da Seção de Licitações do Batalhão da Guarda Presidencial para exigir vantagem pecuniária, prática incompatível com o exercício da função para a qual foi designado. Agindo dessa forma, o réu infringiu os valores éticos e morais inerente aos militares. O dolo do denunciado é extremado, eis que insistiu no recebimento da vantagem indevida mesmo após ter sido informado de que a empresa não cederia as suas pressões. Conduta que desonrou toda a Instituição visto a repercussão negativa veiculada na grande mídia. Os meios empregados, como os encontros fora da Organização Militar, os motivos determinantes, enriquecimento sem causa, e as circunstâncias justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal em 5 (cinco) anos de reclusão.
>
> [...]
>
> 2ª fase.
>
> Considerando que a conduta do réu é juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo, haja vista exercer, à época, a função de chefe da Seção de Licitação, com evidente violação aos princípios básicos que regem a administração pública, infringindo, principalmente, o dever funcional de coibir tal prática, incide a agravante objetiva insculpida no art. 70, II, g, do Código Penal Militar, majorando a pena em 1/5 (um quinto).
>
> [...]
>
> 3ª fase.
>
> À míngua de causas de diminuição e aumento da pena, toma-se a pena definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, devendo ser cumprida em

> regime semiaberto, conforme preconiza o art. 33, § 20, b, do Código Penal Brasileiro. (fl. 1.020) (Grifo nosso).

Relativamente à **pena-base** verifico que razão assiste à Defesa quando se insurge contra a análise das circunstâncias judiciais.

Com efeito, na **primeira fase** do sistema legal estabelecido pelo art. 69 do CPM, o Colegiado Julgador considerou "elevadíssimo grau de reprovabilidade" da conduta, pois o Acusado "[...] se valeu do cargo de **chefe da Seção de Licitações** do Batalhão da Guarda Presidencial para exigir vantagem pecuniária, prática incompatível com o exercício da função" (Grifo nosso). Mais à frente, na análise das **agravantes** e atenuantes, novamente foi considerada a conduta do autor do crime "[...] incompatível com os deveres inerentes ao cargo, haja vista exercer, à época, a função de **chefe da Seção de Licitação**" (Grifo nosso).

Dos fragmentos transcritos, constata-se clara violação à regra do *ne bis in idem,* porquanto a mesma circunstância fática, qual seja, o exercício da função de "Chefe da Seção de Licitações" do Batalhão da Guarda Presidencial, foi utilizada em duas oportunidades para a individualização da pena: em primeiro, para a fixação da pena-base e, por segundo, como fundamento de aplicação de agravante genérica.

Conforme se discorrerá de forma pormenorizada mais adiante, o fato de o Apelante exercer cargo ou função é elementar do tipo do crime de concussão, motivo pelo qual não há como se majorar a pena em decorrência de tal fato, seja a título de circunstância judicial, seja em decorrência da aplicação da agravante genérica do art. 70, inciso II, alínea "g", do Código Penal Militar.

Consagrada implicitamente na Constituição Federal de 1988 e expressamente no item 4 do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/92), a supramencionada regra, segundo a lição de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, consiste em "não se poder desvalorar duplamente, e, muito menos triplamente, uma mesma circunstância, isto é, existe uma proibição de desvalorização plural de circunstâncias" (In: *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 737).

Ora, ante a clara violação das normas constitucional e convencional, hei por bem afastar da análise da pena-base a circunstância fática em questão.

Da mesma forma, o fato do Acusado ser "oficial intermediário", ao contrário do quanto decidido, não eleva o grau de reprovabilidade de sua conduta. Em situação análoga à dos autos, já decidiu este Superior Tribunal Militar que:

> Apesar de o *Parquet miliciens* requerer a pena base em *quantum* maior que o mínimo, por ser o Réu Oficial Superior, não resta diferenciada, no tipo penal, a distinção entre postos e patentes para caracterizar a violência contra inferior. (AP 173-61.2012/PR. Rel. Min. Marcus Vinícius Oliveira dos Santos. DJe de 21/8/2014).

Outrossim, o *Decisum* recorrido valeu-se do fato de ter sido "veiculada na grande mídia" notícia sobre a conduta do Acusado, fazendo-o com o fito de majorar a reprimenda básica.

Como se sabe, a garantia da correta **individualização da pena** insculpida no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal possui no mínimo três destinatários. Vincula e dirige a atividade do Poder Legislativo na cominação da sanção *in abstracto* adequada e suficiente; do Estado-Juiz, sempre impondo o respeito à **proporcionalidade** na concretização da reprimenda penal e, ainda, das autoridades integrantes do Poder Executivo, quando da execução da pena imposta pela Justiça Criminal.

No pertinente à atividade jurisdicional de fixação da sanção necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime, deve o Magistrado ater-se à adoção de critérios que guardem relação com a culpabilidade do indivíduo. Portanto, é inadequada a valoração de situações fáticas que residam totalmente fora do âmbito de **autodeterminação** e mesmo da **previsibilidade** do Acusado, por configuração de inadmissível responsabilidade penal objetiva.

Reflita-se acerca da seguinte situação hipotética: a duas pessoas imputam-se, em processos distintos, a prática de condutas similares. Em relação a ambas são analisadas como favoráveis **todas** as circunstâncias judicias, ressalvado, em relação a uma delas, o fato de sua prática ter sido objeto de reportagem jornalística. Pergunta-se: qual a razão do desafortunado que teve sua conduta tratada pelos meios de comunicação ser mais severamente apenado **unicamente** pela exposição pública de sua conduta? Por que o desvalor de sua prática seria maior?

As respostas às indagações demonstram a total falta de razoabilidade na distinção, porquanto se tratarão de forma diversa culpabilidades semelhantes. Não há dúvida de que a maior ou menor **repercussão social** da conduta figura dentre os critérios aptos à aferição de seu desvalor. Contudo, não há que se confundir **opinião pública** com **opinião publicada**.

No caso dos autos, a importância dessas considerações encontra especial realce no depoimento da testemunha Antônio Jacel Duzanowski, diretor da Empresa Mascarello. Inquirido em Juízo, em suma, respondeu:

> [...]; que não foi concedida entrevista alguma sobre os fatos à imprensa; que um jornalista ligou para a empresa, oportunidade em que lhe foi informado que a empresa não se manifestaria sobre o assunto; que "o jornalista então pegou e colocou alguns fatos na revista Veja, usou

> fotos que não eram daquela ocasião e fez essa reportagem; [...] – mídia digital constante de fl. 937.

Em lúcidas ponderações sobre o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e o dever de fundamentação do Magistrado como mecanismo de fiscalização e controle da atividade jurisdicional, afirma Aury Lopes Júnior:

> [...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia. (In: *Introdução Crítica ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 256.)

Não é demais ressaltar que considerações de tal ordem transbordam o conceito de culpabilidade enquanto critério de mensuração da censurabilidade da conduta e, em última análise, configuram **responsabilidade penal objetiva**, incompatível com a vigente ordem constitucional.

Diante de tais motivos, a majoração da pena em virtude da repercussão dos fatos na imprensa escrita não se mostra correta.

Ainda quanto à determinação da pena-base, ressalto que, ao contrário do decido em primeiro grau de jurisdição, o "enriquecimento sem causa" é inerente à mais variada gama de espécies delitivas, em especial os crimes patrimoniais. Não pode, portanto, ser avaliado negativamente como "motivo determinante" para a sua prática.

Nesse ponto, a jurisprudência é remansosa, *v. g.*:

> 1. Circunstâncias inerentes à conduta criminosa – propagação do mal e busca de lucro fácil – são próprias da conduta delituosa, não podendo, sob pena de *bis in idem*, atuar para justificar aumento da reprimenda. Consideração, apenas, da reincidência. (STF – 2ª Turma. HC 85507/PE. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 13/12/2005) (Grifo nosso).
>
> [...].
>
> No que tange aos motivos do crime, foi afirmado que o réu praticou a conduta com o fim de "adquirir dinheiro para continuar gastando num pagode em que se encontrava". Tal fundamentação, deveras, não pode ter tida por idônea, pois a obtenção de ganho fácil é inerente ao crime de roubo. (STJ – 5ª Turma. HC 384.643/PE. Rel. Min. Ribeiro Dantas. DJe de 27/3/2017) (Grifo nosso).
>
> [...].
>
> Os motivos não podem ser valorados negativamente, porquanto o ganho fácil, em detrimento do prejuízo alheio, é circunstância inerente ao delito de furto, não havendo, portanto, fundamentação idônea para a

> exasperação da pena-base. (STJ – 6ª Turma. AgRg no REsp 1413263/MG. Rel. Min. Assusete Magalhães. DJe de 28/4/2015).
>
> [...].
>
> Quanto aos motivos e às circunstâncias do delito, tem-se que a procura pelo ganho financeiro fácil e a disseminação de drogas entre as pessoas, em virtude de serem consideradas elementos inerentes ao próprio tipo penal em comento, não se mostram como argumentos idôneos para exasperar a pena-base. (STJ – 6ª Turma. HC 266.997/GO. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. DJe de 9/9/2013).

De igual forma, o fato de o Acusado ter praticado o crime mediante "encontros fora da Organização Militar" não pode ser tido como circunstância que reflita sua maior culpabilidade. Ora, é **normal meio de execução** dos crimes contra a administração militar a criação de situações que afastem a conduta do Agente da esfera de vigilância de seus colegas de farda que, ressalte-se, geralmente primam pela atenção aos detalhes que envolvem suas atividades profissionais.

Já com atinência à intensidade do dolo, tenho que agiu bem o Juízo *a quo* ao considerá-la extremada em virtude da **insistência** "no recebimento da vantagem indevida mesmo após ter sido informado de que a empresa não cederia as suas pressões". Com efeito, o acervo probatório é rico em demonstrar que a empresa licitante não anuiria com o propósito do Acusado e, não obstante, este se manteve na busca da vantagem indevida. Tal circunstância, sem dúvida, demonstra a maior reprovabilidade de sua conduta.

Relembre-se que, dentre as consequências da adoção da **Teoria Finalista do Delito**[120] pela reforma penal de 1984, figura a substituição dos conceitos de "intensidade do dolo" e de "grau da culpa" pelo de "culpabilidade". Da exposição de motivos da Lei 7.209/1984, que deu nova redação à parte geral do Código Penal comum, extrai-se que "preferiu o Projeto a expressão 'culpabilidade' em lugar de 'intensidade do dolo ou grau de culpa', visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena" (Item 50).

O Código Penal Militar, ainda guiado pela **Teoria Causalista**, mantém a intensidade do dolo e o grau de culpa como expressos critérios da individualização da pena. Não obstante, seja no âmbito da legislação penal comum, seja no da castrense, predomina o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Juiz deverá observar o modo como se externou o elemento subjetivo do tipo para se aferir o grau de censurabilidade da conduta.

Sobre a culpabilidade como limite da pena, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

---

[120] Cujo principal expoente foi o jurista alemão Hans Welzel (1904-1977).

> Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura. (In: *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 776) (Grifo nosso).

Dessa forma, agindo com obstinação no alcance do resultado pretendido, revelou o Acusado maior desvalor em sua conduta.

Trato agora do pedido de exclusão da **agravante genérica** prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do Código Penal Militar.

Conforme se depura da já transcrita dosimetria realizada em primeiro grau de jurisdição, a pena-base foi majorada em **um quinto**, porquanto, à época dos fatos, o Acusado exercia as funções de chefe da Seção de Licitação, sendo sua conduta "juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo".

Eis os dispositivos legais em consideração, *verbis:*

> Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
>
> Art. 70. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:
>
> [...]
>
> II – ter o agente cometido o crime:
>
> [...]
>
> g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

Da simples leitura da descrição típica do crime de concussão, percebe-se que constitui uma de suas **elementares** a exigência de vantagem indevida "**em razão**" da função pública exercida pelo autor da infração.

Conforme exposto alhures, o denominado *metus publicae potestatis* é indispensável para a caracterização do crime, motivo pelo qual a exclusão da condição de militar retiraria a própria tipicidade da conduta. Assim, afirma Ruy Rosado de Aguiar Júnior que:

> No Código Penal Militar, as agravantes previstas nas alíneas "g" e "i" do inciso II do art. 70 do CPM, devem ser afastadas por integrarem o

> próprio conceito de crime militar, nos termos do seu art. 9º, inciso II, alínea "c" [...] (In: *Aplicação da Pena*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 82).

Sobre a incompatibilidade do crime de **concussão** com a agravante prevista na alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal comum – cuja **redação é idêntica** aos dispositivos do Código Penal Militar acima transcritos –, já se manifestou o e. Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA.
>
> [...].
>
> 8. A circunstância dos recorrentes terem agido com abuso de poder ou violação de dever inerente ao seu cargo é integrante do tipo penal do crime de concussão, pelo qual foram condenados, sendo o caso, por isso, de se afastar a agravante do art. 61, II, "g", do CP. (STJ – 6ª Turma. REsp 1.073.085/SP. Rel p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe de 22/3/2010)[121].

Outrossim, da análise dos precedentes deste Superior Tribunal Militar, é possível extrair julgado em que a Corte, por entender caracterizado indevido *bis in idem* com relação às elementares do tipo do crime de peculato, deixou de aplicar o art. 70, inciso II, alínea "g", do CPM.

Eis a ementa do referido Acórdão:

> APELAÇÃO. PECULATO.
>
> [...]
>
> 4. A aplicação da agravante do artigo 70, II, "g", do Código Penal Militar, *in casu*, consistiria *bis in idem* visto ser a qualidade funcional dos agentes elementar do delito de peculato. (STM – AP 1-59.2001/RS. Rel. Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. DJ de 21/8/2009) (Grifo nosso).

É bem verdade que no referido julgado o tipo penal era diverso do apreciado neste feito. Contudo, não se pode negar que tanto o crime de peculato quanto o de concussão integram o mesmo Título VII do referido Código Penal Militar, que veicula dos crimes "**Contra a Administração Militar**".

Solução diversa caberia na hipótese de aplicação da agravante da alínea "l" do inciso II do art. 70 do CPM, na qual inexiste qualquer incompatibilidade entre a prática do crime de concussão e seu especial agravamento em virtude do agente se encontrar em serviço quando da prática delitiva. Como se sabe, é possível o cometimento do crime previsto no art. 305 do CPM mesmo que o

[121] Especificamente quanto à legislação penal castrense, vide STJ – REsp 569.520/MS, Rel. Min. Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ/SP. DJe de 22/2/2010.

agente esteja "fora da função ou antes de assumi-la", mas necessariamente há de fazê-lo "em razão dela"[122].

Sublinho, ainda, que a análise detida da jurisprudência deste Superior Tribunal Militar aponta para a possibilidade de aplicação da agravante prevista na alínea "g" do inciso II do art. 70 do CPM quando o **réu se utiliza da patente** para proferir determinações a inferiores hierárquicos como meio de prática delitiva.

Não obstante, nenhum dos precedentes que acolhem esse entendimento versa sobre crime **contra a administração militar**. Cita-se, *v. g.*:

i. Apelação 13-02.2002.7.11.0011/DF, Rel. Min. Cleonilson Nicácio, julgado em 9/11/2016 – **estelionato**;

ii. Ação Penal Originária 123-20.2014.7.00.0000/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Augusto de Sousa, julgado em 16/9/2015 – **lesão corporal**.

Merece guarida, portanto, a pretensão recursal defensiva de exclusão da agravante genérica do abuso de poder ou violação de dever funcional.

Por todos os motivos acima alinhavados, a pena-base há de ser reduzida para **três anos** de reclusão, patamar em que a torno definitiva diante da ausência de circunstâncias legais modificativas, alterado o regime inicial de cumprimento, de semiaberto para **aberto**, nos termos da alínea "c" do § 1º do art. 33 do Código Penal.

VI – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. APLICAÇÃO DAS PENAS ACESSÓRIAS DOS INCISOS V E VI DO ART. 98 DO CPM

A pretensão objeto do recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar cinge-se à "aplicação das penas acessórias previstas no art. 98, incisos V e VI, do CPM, quais sejam, a perda da função pública e a inabilitação para o exercício de função pública".

Extrai-se do interrogatório de fl. 774, bem como das informações constantes do Portal da Transparência do Governo Federal[123] que o Acusado Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto, Capitão da Reserva, foi aprovado em concurso público e, desde 6/2/2013, exerce o **cargo efetivo** de "Especialista em Previdência Complementar", encontrando-se lotado na Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

---

[122] Sobre a inexistência de *bis in idem* entre o crime do art. 305 e a agravante da alínea "l" do inciso II do art. 70 – todos do Código Penal Militar, podem ser citados os seguintes precedentes: **STM** – AP 77-53.2012/PA, Rel. Min. William de Oliveira Barros, DJe de 14/9/2017; **STJ** – HC 324.912/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 1º/8/2017; AgRg no AREsp 55615/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/4/2017; AgRg no HC 284146/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 1º/6/2015.

[123] Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores/Servidor-DetalhaServidor.asp?IdServidor=1861827>. Acesso em: 26 out. 2017.

Criada pela Lei 12.154/2009, a PREVIC é "autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Previdência Social, [...]" (art. 1º).

Pois bem, a regência da pena acessória de perda de função pública em virtude de condenação por crime militar está contida no art. 103 do Código Penal Militar, que dispõe, *in litteris:*

> Art. 103. Incorre na perda da função pública o assemelhado ou o civil:
>
> I – condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública;
>
> II – condenado, por outro crime, a pena privativa de liberdade por mais de dois anos.
>
> Parágrafo único. O disposto no artigo aplica-se ao militar da reserva, ou reformado, se estiver no exercício de função pública de qualquer natureza. (Grifo nosso).

Já o parágrafo único do art. 98 do referido *Code*x reputa equiparada "à função pública a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participe a União, o Estado ou o Município como acionista majoritário" (Grifo nosso).

No caso *sub examine*, o Acusado, **atualmente militar da reserva**, exerce **cargo público** junto a **Autarquia Federal** assumido em **6/2/2013**, após aprovação em concurso público. Ou seja, o ingresso nos quadros da administração pública federal ocorreu em data **posterior** à prática delitiva, ocorrida em **23/11/2012**.

Em interpretação ao art. 92, inciso I, do Código Penal comum, dispositivo similar ao art. 98, inciso V, do Código Penal Militar, esclarece o afamado mestre Cezar Roberto Bitencourt que:

> A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente. (In: *Código Penal Comentado* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 367) (Grifo nosso).

Hipótese semelhante à dos autos já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.452.935/PE, de relatoria do eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. No precedente em questão, a 5ª Turma daquela Corte Superior entendeu por não decretar a perda do cargo público, fazendo-o pelos seguintes fundamentos, *in verbis:*

> [...].
>
> 7. A Corte de origem consignou que a perda do cargo deve ser declarada, uma vez que, com base no art. 92, inciso I, alínea "a", do CP, o acusado foi condenado a pena privativa de liberdade por tempo

> superior a 1 ano, com violação de dever para com a Administração Pública. Tal entendimento encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior de que o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público (AgRg no REsp 1613927/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016).
>
> 8. No presente caso, o agente praticou o delito quando ocupava emprego público na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo sido aprovado em concurso público para outro cargo na Universidade Federal de Pernambuco, durante o trâmite processual.
>
> 9. Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ela, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito.
>
> 10. Salienta-se que se o Magistrado *a quo* considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa a anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso. Dessa forma, como o crime em questão fora praticado quando o acusado era empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não poderia, sem qualquer fundamentação e por extensão, ser determinada a perda do cargo na UFPE. (DJe de 17/3/2017) (Grifo nosso).

No caso vertente é de se ter em mente que o Acusado atualmente ocupa cargo civil, cujas atribuições em nada se assemelham àquelas inerentes às atividades de um Oficial do Exército.

Vale lembrar que, nos termos da atual regência constitucional, o militar sequer pode ser considerado funcionário público, mas sim **agente militar**. Tal assertiva encontra-se evidenciada pela própria estrutura orgânica da Carta Magna: enquanto a disciplina constitucional dos servidores públicos está abarcada no Capítulo VII do Título III, que regulamenta a **Organização do Estado**, a regência dos militares está prevista no Capítulo II do Título V, que cuida da **Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas**.

Vale ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em interpretação ao inciso VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, é pacífica em reconhecer que os direitos e deveres dos servidores públicos e dos agentes militares não se confundem, **salvo expressa disposição constitucional**.

Como muito bem esclareceu o insigne Ministro Ricardo Lewandowski no voto condutor do Recurso Extraordinário 570.177/MG, "o regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios" (DJe de 27/6/2008).

Assim, **não havendo qualquer relação** entre as atribuições inerentes ao posto militar e aquelas próprias do cargo público que o Acusado assumiu após a prática delitiva, não há como se decretar a perda deste.

Da mesma forma, razão não socorre o *Parquet* quando pretende a aplicação da pena acessória de **inabilitação para o exercício de função pública**, disciplinada pelo art. 104 do CPM:

> Incorre na inabilitação para o exercício de função pública, pelo prazo de dois até vinte anos, o condenado a reclusão por mais de quatro anos, em virtude de crime praticado com abuso de poder ou violação do dever militar ou inerente à função pública.

Ora, mitigada a pena de reclusão a patamar não superior a **quatro anos**, resta afastada a sua hipótese de incidência.

Por fim, é de se render obediência ao atual posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal e, assim, determinar-se o cumprimento do édito condenatório tão logo restem esgotadas as vias ordinárias de impugnação.

No *Habeas Corpus* 126.292/SP, julgado em 17/2/2016, cuja relatoria coube ao saudoso Ministro Teori Zavaski, superando o entendimento daquela Corte Constitucional, até então vigente em decorrência da Decisão Plenária proferida no *leading case,* HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 5/2/2009, restou consignado pela maioria plenária que:

> A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Em seu Voto, o Magistrado consignou ser possível o início da execução da pena cominada após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau, e que tal medida não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Fundamentou suas razões de convicção no fato de o Recurso Especial e de o Recurso Extraordinário não possuírem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Isso significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo efeitos. Logo, é possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

Ante o exposto, **deixo de conhecer** da preliminar de ausência de interesse recursal do Ministério Público Militar formulada pela Defesa em Contrarrazões do Recurso Acusatório. **Conheço de ambos** os Apelos

interpostos. **Rejeito as preliminares** defensivas, de aplicabilidade do art. 396 e seguintes do Código de Processo Penal comum, bem como de aplicabilidade ao caso vertente do art. 400 do aludido *Codex* e, no mérito, dou **parcial provimento** ao Recurso defensivo e **nego provimento** ao Recurso ministerial, para o fim de, reformando em parte a *r*. Sentença recorrida, **manter a condenação** do Capitão da Reserva Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto pela prática do crime descrito no art. 305 do Código Penal Militar; **reduzir a pena base** imposta em primeiro grau, **excluir a agravante genérica** prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do referido *Codex* e fixar a pena definitiva de **três anos de reclusão**.

Por força da mitigação da sanção privativa de liberdade, procedo à readequação do regime inicial de seu cumprimento que, nos termos da alínea "c" do § 1º do art. 33 do Código Penal comum, passa a ser o **aberto**.

Depois de exauridos os recursos ordinários de estilo ou o prazo para sua interposição, inicie-se a regular Execução do presente Acórdão, com a observância do art. 67 do CPM.

Decorrido o trânsito em julgado deste Acórdão, **remetam-se cópias** das seguintes peças: (i) deste *Decisum*, (ii) da Denúncia e (iii) da Sentença recorrida ao eminente Procurador-Geral de Justiça Militar para análise do que prescreve o art. 142, inciso VII, da Constituição da República, bem como dos arts. 39 e 40 do Decreto 4.502/2002.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, não conheceu da preliminar de ausência de interesse recursal do Ministério Público Militar, formulada pela Defesa em Contrarrazões do Recurso Acusatório; por unanimidade, rejeitou a preliminar defensiva, de aplicabilidade do art. 396 e seguintes do CPP; por unanimidade, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de aplicabilidade do art. 400 do CPP. No mérito, por unanimidade, deu provimento parcial ao Recurso defensivo e negou provimento ao Apelo ministerial, para o fim de, reformando em parte a Sentença recorrida, manter a condenação do Capitão da Reserva Amable Alejandro Traviesa Zaragoza Neto, pela prática do crime descrito no art. 305 do Código Penal Militar; reduzir a pena-base e excluir a agravante genérica prevista no art. 70, inciso II, alínea "g", do referido *Codex,* e fixar a pena definitiva em três anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, nos termos da alínea "c" do § 1º do art. 33 do Código Penal comum, nos termos do voto do Relator Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 0000045-05.2017.7.07.0007

Relator: Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Leonardo Sgarbi de Carvalho.

Advogado: Dr. André Luiz Ribeiro Barros.

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL (ART. 204 DO CPM). SÓCIO ADMINISTRADOR. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. HABITUALIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

Imputação de crime do art. 204 do CPM, envolvendo Oficial Médico do Exército que figurou por um curto período na condição de sócio administrador de empresa prestadora de serviço na área de saúde, sem qualquer prejuízo para a Administração Militar.

A legislação militar permite aos oficiais do Serviço de Saúde exercerem atividades profissionais no meio civil, inclusive como sócios cotistas de empresa. Na hipótese dos autos, ficou evidenciado que se tratou de um mero equívoco na formalização do contrato a situação de sócio administrador, tanto que tão logo o Acusado tomou conhecimento da irregularidade, formalizou de imediato a alteração contratual, passou à condição de sócio cotista e manteve as mesmas atribuições que de fato exercia e o mesmo percentual de participação na empresa.

Ademais, a realidade denota uma total ausência de habitualidade na prática de atos de administração. Os autos demonstram que a simples administração da mencionada empresa era levada a efeito pela Sócia do Acusado, em contato com o respectivo Contador, e assim continuou após a adequação contratual que passou o Acusado para a condição de sócio cotista. Não se vislumbrou com a segurança jurídica necessária dolo em sua conduta, bem como ofensa aos bens jurídicos tutelados, *in casu*, o dever militar e a dedicação exclusiva ao serviço militar.

Tudo fica mais claro quando se verifica que o Acusado exerceu sua função militar com dedicação e alta produtividade, sem qualquer alteração negativa em seus assentamentos, bem assim sem quaisquer registros de desídia, faltas não justificadas, atrasos ou punições em suas folhas de alterações.

É um caso típico de aplicação do Princípio da Intervenção Mínima, segundo o qual o Direito Penal deve se ater a ofensas

relevantes aos bens jurídicos protegidos, devendo ser tidas como atípicas as ofensas mínimas. Não há tipicidade material. Há, apenas, tipicidade formal.

Desprovimento do apelo ministerial. Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo do MPM, mantendo íntegra a Sentença absolutória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. O Ministro Revisor fará declaração de voto. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cassio Miranda. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 17/5/2018).

RELATÓRIO

Em 7 de abril de 2017, o Ministério Público Militar, com base no IPM nº 45-05.2017.7.07.0007/PE, ofereceu Denúncia (fls. 2.1/2.2 – arquivo 2) em desfavor do Capitão Médico do Exército LEONARDO SGARBI DE CARVALHO, que serve no Hospital de Guarnição de Natal, como incurso no art. 204 do CPM, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

> (...) Narram os autos do inquérito policial-militar que a Secretaria de Fiscalização de Pessoal do Tribunal de Contas da União constatou irregularidade na situação do denunciado (fls. 34/37), o que gerou, inicialmente, a instauração de sindicância para investigar o fato e, subsequentemente, de inquérito policial-militar. Concluído o IPM, apurou-se que o denunciado, ao arrepio no disposto no artigo 29, da Lei n° 6.880/80 que veda ao militar da ativa tomar parte na administração ou gerência de sociedade ou dela participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada, e, ao mesmo tempo, em clara violação do disposto no item 112, Anexo I, do Regulamento Disciplinar do Exército, que proíbe de maneira expressa o exercício de "qualquer atividade comercial ou industrial, ressalvadas as permitidas pelo Estatuto dos Militares", registrou no dia 20 de novembro de 2011, sob o nº 24200710753, na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte, contrato social no qual aparece como sócio administrador da sociedade IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA-

> ME (fls. 44/46, cláusula 6ª), situação que perdurou até o dia 20 de dezembro de 2016, oportunidade em que foi procedida alteração contratual mediante a qual o denunciado passou à condição de sócio quotista, abrindo mão da administração da sociedade (fls. 42, fls. 51/53 e fls. 66/68). (...).

Por Decisão de 20/4/2017 (fls. 3/4 – arquivo 3), a Denúncia foi recebida.

O Acusado foi citado em 2/5/2017 (fl. 16 – arquivo 3).

O MPM não arrolou testemunhas (fl. 109 – arquivo 8).

Pela Defesa foram arroladas as seguintes testemunhas (fls. 69/70 – arquivo 6): Maj Med NILTON CÔCO JÚNIOR (fl. 104 – arquivo 7 e mídia digital fl. 108 – arquivo 8), Sr. SAMUEL LUIZ PEREIRA DA SILVA (fl. 105 e mídia digital fl. 108 – arquivo 8) e Sra. MARA REGINA GUARIM SILVA (fl. 106 e mídia digital fl. 108 – arquivo 8).

A Audiência de Qualificação e Interrogatório ocorreu em 31/5/2017. O Acusado, na ocasião, declarou, em síntese: que, como médico militar, além de cumprir suas obrigações militares, sempre trabalhou fora do hospital militar em horário fora do expediente e que nos últimos anos os hospitais civis passaram a exigir pessoa jurídica dos médicos para a prestação de serviços, em razão do que, no final do ano de 2015, juntamente com a médica Sra. MARA REGINA GUARIM SILVA, constituiu a empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA-ME, ficando os atos de constituição da empresa a cargo do Contador Sr. SAMUEL LUIZ PEREIRA DA SILVA, o qual também cuidava dos serviços de contabilidade da empresa.

Informou que a administração da empresa, que na verdade era apenas um consultório, ficava a cargo de sua colega MARA em ligação com SAMUEL; que não tinha conhecimento da vedação legal e de qual modalidade de pessoa jurídica estaria amparado na legislação, tanto é que, quando tomou conhecimento do questionamento do TCU, o Contador alterou a razão social da empresa, passando o Acusado para a situação de sócio cotista, o que constituiu mera formalidade, não tendo havido, na prática, qualquer alteração; que o seu trabalho na empresa nunca causou prejuízo para a administração militar, pois sempre manteve alto nível de produtividade no hospital militar (fl. 107 e mídia digital fl. 108 – arquivo 8).

Em Alegações Escritas, o *Parquet* Castrense manifestou-se pela condenação do Réu como requerido na Denúncia (fls. 153/163 – arquivo 11), por entender que as elementares da figura típica do art. 204 do CPM foram preenchidas; por sua vez a Defesa pugnou pela absolvição do Acusado, por ausência de dolo e atipicidade material do fato, com base no art. 439, alínea "b", do CPPM (fls. 165/182 – arquivo 12).

Em Sessão de Julgamento, realizada no dia 13 de setembro de 2017, decidiu o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, conforme Sentença, absolver o Acusado, com fulcro no art. 439, "b", do CPPM (fls. 213/220 – arquivo 15).

Na mesma Sessão, a Sentença foi lida e assinada (fl. 222 – arquivo 16) e determinada a intimação das Partes.

O MPM foi intimado em 18/9/2017 (fl. 224 – arquivo 16) e interpôs Recurso de Apelação em 22/9/2017 (fl. 225 – arquivo 16).

A Defesa foi intimada em 9/10/2017 (fl. 243 – arquivo 18).

O MPM sustenta, em suas Razões recursais (fls. 229/242 – arquivo 17), que a Sentença recorrida merece ser reformada. Alega, em síntese, que: o fato punível previsto no art. 204 do CPM caracteriza-se como um crime de perigo abstrato (presumido) e de mera conduta (mera atividade). Basta a simples prática da ação tida como perigosa, ou seja, que se consuma independentemente de um resultado naturalístico, sendo despicienda qualquer consideração se o fato causou, ou não, prejuízos para as atividades militares do Réu; que o fato imputado ao Acusado é típico, antijurídico e culpável, haja vista não ser cabível a sua absolvição com base no princípio da intervenção mínima, devendo ser condenado por exigência do Direito Penal Militar.

A Defesa, em Contrarrazões (fls. 257/269 – arquivo 19), sustenta a manutenção da Sentença absolutória, em todos os seus fundamentos, em face das provas produzidas e da jurisprudência desta egrégia Corte, de forma que a manutenção da Decisão do Colegiado *a quo* é medida que se impõe, por estar amparada, plenamente, nos princípios da razão e do direito, bem como nos dispositivos legais e constitucionais que regulam a espécie, não sendo passível de reforma, dada a atipicidade da conduta (art. 439, "b", do CPPM).

A SEJUD certificou que nada consta a respeito do Acusado naquela Secretaria (fl. 272 – arquivo 20).

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer protocolado em 6/12/2017, da lavra do ilustre Vice-Procurador-Geral Dr. ROBERTO COUTINHO, manifesta-se pelo não provimento da Apelação ministerial (arquivo 1).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo MPM, com vista à reforma da Sentença do Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria da 7ª CJM que absolveu o Capitão Médico do Exército LEONARDO SGARBI DE CARVALHO, denunciado como incurso no art. 204 do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

O MPM, em suas Razões recursais, sustenta que o Juízo *a quo* laborou em erro ao absolver o Réu, e, por tal motivo, deve ser reformada a Sentença, eis que se trata de crime de perigo abstrato, que se consuma independentemente de resultado naturalístico, e que a conduta se mostra típica, antijurídica e culpável, razão pela qual entende que o Acusado deva ser condenado.

Por seu turno, a Defesa, em Contrarrazões, ao corroborar o entendimento do Colegiado de 1ª Instância, pugna pela manutenção da Sentença absolutória em todos os seus termos e sustenta que as provas produzidas nos autos e a Jurisprudência desta egrégia Corte amparam a absolvição do Réu por atipicidade da conduta.

Não assiste razão ao MPM, senão vejamos:

O Apelado veio absolvido, por unanimidade, do crime que lhe fora imputado, previsto no art. 204 do CPM, que estabelece o seguinte:

> Exercício de comércio por oficial
>
> Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada.
>
> Pena – suspensão do exercício do posto, de seis meses a dois anos, ou reforma.

O crime em tela é classificado como propriamente militar por constituir-se em infração relacionada com o exercício do cargo militar. Segundo lição de Célio Lobão (In: *Direito Penal Militar*, 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. págs. 400/401), o delito de exercício de comércio por oficial tutela o dever militar, no aspecto da dedicação exclusiva do oficial ao serviço militar, e, no tocante à consumação, afirma o seguinte:

> Consuma-se o delito no momento em que o agente pratica ato próprio de quem exerce, de direito ou de fato, o comércio, a administração, o gerenciamento, ou de quem participa, de qualquer forma, exceto como acionista ou cotista, de sociedade anônima ou por cotas de responsabilidade limitada.

O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), no seu art. 29, contém dispositivo semelhante ao do art. 204 do CPM, que veda ao militar da ativa exercer o comércio ou tomar parte na administração ou gerência de empresa, *in verbis*:

> Art. 29. Ao militar da ativa é vedado comerciar ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.

Ocorre que, ao se tratar de oficiais do Serviço de Saúde, o legislador, no intuito de promover o desenvolvimento profissional, houve por bem permitir o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil e estabeleceu como condicionante que tal exercício não prejudicasse o serviço militar, conforme o § 3º desse mesmo art. 29, *in verbis*:

> § 3º No intuito de desenvolver a prática profissional, é permitido aos oficiais titulares dos Quadros ou Serviços de Saúde e de Veterinária o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil, desde que tal prática não prejudique o serviço e não infrinja o disposto neste artigo.

Assim, em face do referido permissivo legal, é comum os oficiais da área de saúde exercerem atividades profissionais no meio civil.

No caso em exame, o Acusado declarou que desde formado sempre exerceu atividades profissionais também no meio civil, sem qualquer afetação ou prejuízo para a Administração Militar, eis que sempre exerceu a medicina no meio civil em horário fora do expediente militar e sempre respeitou e cumpriu as exigências da Administração Militar, sem qualquer mácula ou transgressão disciplinar. Tal afirmação é corroborada pelas Folhas de Alterações do Acusado e pela testemunha Maj Med NILTON CÔCO JÚNIOR, o qual destaca o alto nível de produtividade do Acusado no âmbito do Hospital de Guarnição de Natal.

Ainda segundo o Réu, nos últimos anos os hospitais civis, para a contratação de serviços dos profissionais de saúde, com o intuito de burlarem o vínculo empregatício, passaram a exigir dos médicos que estes constituíssem pessoa jurídica (tivessem CNPJ), em razão do que, juntamente com a médica Sra. MARA REGINA GUARIM SILVA, procuraram e contrataram, no final do ano de 2015, o Contador Sr. SAMUEL LUIZ PEREIRA DA SILVA para formalizar a constituição de uma empresa, que recebeu o nome de IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA-ME (uma microempresa optante do Simples), da qual o Sr. SAMUEL ficou encarregado efetivamente da contabilidade. Na constituição da empresa, o Contador colocou o Réu na condição de sócio administrador.

Afirma o Réu que basicamente não tinha o que administrar de fato, pois se tratava de um mero consultório de prestação de serviços médicos (sendo, pois, uma empresa de administração simplíssima), no qual se revezava com a sua Sócia, a quem competia, de fato, a administração em ligação com o Contador.

Declara, ainda, que não tinha a menor ideia de que se o seu nome aparecesse como administrador seria crime e que o Contador nem sabia que o Acusado era militar, pois entregou a ele apenas a sua identidade civil. Frisa que, tão logo tomou conhecimento da manifestação da Secretaria de Fiscalização de Pessoal do Tribunal de Contas da União de que se tratava de uma irregularidade, procurou, juntamente com a sua Sócia, o Contador para fazer a alteração contratual, que colocou o Réu como sócio cotista, o que foi efetivado e nada mudou em termos práticos na empresa, pois se tratou de uma mera formalidade.

Cabe destacar que todas as alegações do Réu foram corroboradas pelas testemunhas ouvidas em Juízo.

Com efeito, não existem dúvidas no sentido de que o Acusado, juntamente com a Sra. MARA REGINA GUARIM SILVA, no dia 20 de novembro de 2015, constituiu e registrou o Contrato Social da Empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA-ME, na qual figurou como sócio administrador, situação que perdurou até o registro da alteração contratual promovida em 20 de dezembro de 2016, quando então passou à condição de sócio cotista, tudo em conformidade com a documentação dos autos (fls. 12/14 – arquivo 21) e das próprias declarações do Acusado (mídia digital fl. 108 – arquivo 8).

O Conselho Julgador de primeiro grau, com base na instrução probatória, ajuizou muito bem a *quaestio* em exame e concluiu com acerto pela absolvição do Réu, cabendo transcrever os seguintes trechos, *ipsis litteris*:

> (...) Para a consumação do crime de exercício de comércio por oficial, que apenas admite a modalidade dolosa, é imprescindível o preenchimento de uma das seguintes elementares do tipo: "comerciar o oficial da ativa" ou "tornar parte na administração ou gerência de sociedade comercial", exceto como acionista ou cotista de sociedade anônima ou por cotas de responsabilidade limitada.
>
> O sujeito ativo do delito é o oficial da ativa, pois apenas ele pode se utilizar da sua posição de superior para comerciar dentro da caserna, pondo seus inferiores em situação constrangedora, em detrimento do bom andamento das atividades da Administração Militar. Noutro giro, é exigido do oficial um maior grau de comprometimento e responsabilidade no desempenho de suas funções militares, de modo que o acúmulo dessas com a administração ou gerência de sociedade comercial seria bastante prejudicial ao serviço militar.
>
> Não é outra a lição de CÍCERO COIMBRA (2012, p. 844) ao tratar da objetividade jurídica do crime em exame:
>
> Objetividade jurídica: o tipo penal em estudo tutela o serviço militar, ameaçado em razão da possibilidade de um Oficial, que detém certa ascendência sobre a tropa, poder comerciar. Tutela-se, ainda, o

dever militar, porquanto o Oficial, cônscio de suas responsabilidades e seus deveres de abstenção, sabe de sua situação privilegiada a favorecer a mercancia, podendo isso levar a uma relação escusa nociva à disciplina da tropa.

Assim, todo o exame do crime em questão deve atentar para as repercussões advindas da administração ou gerência da empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA por parte do Cap Med SGARBI.

Ao ser interrogado, o acusado, cujo inteiro teor de suas declarações se encontra na mídia acostada à fl. 108, confessou ter figurado como sócio administrador da empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA, alegando que não sabia que era crime militar ser sócio administrador de empresa. Disse que não tem o hábito de apresentar o documento de identidade militar, sempre apresentando em seu lugar o CRM. Abriu a pessoa jurídica no final de 2015, para obter o alvará de funcionamento da Clínica que abrira para poder trabalhar em outros hospitais. 43 min 40 s: Não interfere muito na administração da clínica, apenas dando opinião quando sua sócia o questiona sobre como ele acha melhor. É militar desde 28 FEV 05, estando, em Natal desde 2009. 46 min 30 s: Não lembra de ter recebido orientação, na Escola de Saúde do Exército, acerca da proibição do exercício de atividade empresarial por militar. Procedeu à alteração contratual no primeiro momento após saber do caráter criminoso de figurar como sócio administrador. 48 min 30 s: **Nada mudou nas atividades do acusado após a alteração contratual. O horário do acusado na Clinica é nas terças-feiras e quintas-feiras pela manhã, revezando com sua sócia nas sextas-feiras e no HGuN é de segunda-feira a sexta-feira, das 13h às 18h e concorre na escala de sobreaviso. O acusado não dá plantão fora do Exército. A empresa do acusado não tem qualquer vínculo com o HGuN, nem com qualquer outra instituição, só atendendo particulares.** (Grifos nossos).

A condição contratual de sócio administrador restou incontroversa e bem delineada, considerando que a confissão do acusado foi ratificada pelas provas documental e testemunhal.

Entretanto, deve ser verificada a existência do crime.

Perceba-se que, de acordo com a Folha de Alterações, a qual é desprovida de qualquer punição e aliado às declarações da testemunha Maj Med NILTON CÔCO JÚNIOR, tanto no sentido de que o acusado sempre cumpriu rigorosamente suas obrigações militares, como também quando afirma que o controle da obediência aos horários é rigoroso no HGuN, acarretando, inclusive, Formulários de Transgressões Disciplinares, demonstram que o fato de figurar no contrato social como sócio administrador da empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA não exerceu qualquer influência no desempenho das suas funções no ambiente militar. (...).

A configuração da incidência de crime militar demanda a existência de um fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico é o primeiro, elemento do tipo penal, sendo composto pela: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. Ou seja, é uma ação ou omissão humana, produtora de um resultado, que se subsume em uma norma penal incriminadora. Neste sentido ensina Sanches (...):

> Fato típico, portanto, pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteada pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo Direito Penal, seja crime ou contravenção penal. Do seu conceito extraímos seus elementos: causal, resultado tipicidade.

A doutrina e jurisprudência atual entende que não basta a tipicidade formal da conduta, devendo também ser verificada a tipicidade material.

A tipicidade formal é o juízo de subsunção entre a conduta praticada e o preceito primário do tipo penal. Após a configuração da tipicidade formal, passa-se a analisar a material, que representa a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, em conformidade com o princípio da ofensividade e da intervenção mínima do direito criminal.

Com isso, percebe-se que nem todas as condutas que literalmente se encaixam no tipo penal abstrato acarretam lesão ou perigo ao bem jurídico penalmente tutelado.

Há necessidade da presença simultânea da tipicidade formal e da tipicidade material para caracterização do elemento penal, componente do fato típico.

Se a conduta exercida não for um fato típico, não descreverá um crime.

A prova dos autos é apta a demonstrar a atipicidade material do fato dos autos, logo, não há ocorrência do crime previsto no art. 204 do CPM.

De fato, apesar de o tipo do art. 204 do CPM não trazer expressamente um resultado material para a respectiva caracterização, não seria razoável, por violar os princípios da intervenção mínima do direito penal e o da proporcionalidade, que a qualificação constante do contrato social fosse, por si só, suficiente para a consumação do crime vertente.

O contrato social é apenas o "ponto de partida", o indício suficiente de que o sócio administrador possa ter trazido algum prejuízo ao desempenho das suas funções dentro da Administração Militar. Aquele documento é hábil a fundamentar um oferecimento de denúncia, momento em que prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, mas não é suficiente para um decreto condenatório.

Desta forma, para o julgamento do feito, é necessária a demonstração não apenas de que o acusado figurou formalmente como sócio administrador, sendo imprescindível que, na realidade da empresa, o oficial exerça um papel tão preponderante, que atrapalhe, prejudique de algum modo o exercício das funções militares.

Verificou-se que a referida empresa, independente da lucratividade, tinha uma administração de sobremaneira simplíssima, não necessitando de muito esforço para concluir que praticamente não seriam necessários grandes atos de gestão a serem realizados pelo sócio administrador. (...)

Não seria possível dar contornos tão vastos ao crime em exame, ao ponto de considerá-lo como de mera conduta. O comportamento do agente enquanto sócio administrador precisa, de algum modo, influir nas suas atividades militares. Do contrário, não é possível falar-se no crime de Exercício de Comércio por Oficial.

Lado outro, cogitar que um oficial médico, pelo simples fato de estar no contrato-social como sócio administrador de uma clínica de imagem, poderia fazer com que o pretenso gestor valer-se-ia da sua condição de oficial para obter contratos vantajosos com a Administração Militar, sem qualquer elemento nos autos neste sentido, é extrapolar toda e qualquer acepção que se tem do chamado "perigo abstrato".

De fato, nos autos, todos os elementos são diametralmente opostos à tese do cometimento do delito.

Não há qualquer notícia de que a clínica da qual o Cap SGARBI é sócio tenha efetuado qualquer contrato com o HGuN ou mesmo com qualquer outra Unidade das Forças Armadas. Essa é a conclusão que se chega ao se compulsar as provas dos autos. Neste sentido foram as declarações da testemunha MARA, sócia-administradora da empresa IMAGEM & CLÍNÍCA MÉDICA LTDA: (...)

Conjecturar que o fato de um oficial ser sócio administrador de uma empresa o levaria a procurar contratos que a beneficiassem acarretaria a estranha dedução de que o oficial, mesmo na qualidade de sócio cotista, também teria esse mesmo interesse o que não se pode admitir, sem que haja um dado concreto neste sentido.

Além da ausência de demonstração de prejuízo ao serviço militar, também não restou comprovado nem mesmo o real exercício da atividade gerencial ou de administração da empresa. Fato este negado pelo acusado e pelas testemunhas ouvidas em juízo: (...)

Nesta linha de raciocínio, pairam dúvidas até acerca da presença, ou não, do dolo por parte do Cap SGARBI, tendo em vista a imediata alteração contratual registrada na JUCERN em 20 DEZ 16, a qual se deu tão logo soube do caráter ilícito da sua qualificação como sócio administrador (...). (fls. 216/220 – arquivo 15).

Cumpre destacar o Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar no sentido da manutenção da Sentença absolutória recorrida:

> (...) Não estamos aqui defendendo a liberação do comércio por oficiais dentro da caserna, em detrimento de suas relevantes funções de liderança, mas que tais condutas, hoje, melhor seriam tratadas nos regulamentos disciplinares militares, os quais, inclusive, podem resultar em um Conselho de Justificação e, posteriormente, até na demissão do oficial.
>
> O que sustentamos aqui é que não se justifica mais a reprimenda penal quando, na prática, pelas atuais conjunturas, é de sabença geral que muitos, muitos mesmo, estão exercendo algum tipo de comércio "por interposta pessoa", seja esposa, filhos, irmãos etc., apenas para não se verem incriminados pela norma do artigo 204 do CPM, embora o fato seja de conhecimento geral. Pior… é fácil de identificá-los, mas quase impossível processá-los, devido a todo um arcabouço de provas necessárias para a efetiva incriminação.
>
> Juridicamente, não há mais lesividade penal na realização da conduta prevista no referido dispositivo, pelos motivos que expomos, pois não é mais intuitiva, hodiernamente, uma lesão ao serviço ou ao dever militar, se tais condutas não causam mais uma repercussão de natureza criminosa no seio da caserna, ainda mais se o militar é reconhecidamente bom profissional das Armas, acrescentando-se que os profissionais da área de saúde podem exercer atividades civis. Talvez a maioria dos militares nem tenham ideia que tal conduta constitui crime.
>
> Também não nos parece razoável que o conceito da 2ª parte do tipo previsto no artigo 204 do CPM – sociedade comercial – tenha de ser interpretado em seu sentido técnico, e o ato de "comerciar", não. Lembrando, como sustentamos alhures, que o ato de "tomar parte" ou "dela ser sócio" ou "participar" de sociedade comercial tornou-se atípico. (...). (Arquivo 1).

Ademais, não se pode olvidar que a jurisprudência deste Tribunal caminha no sentido de que, para a configuração do delito em tela, há a necessidade da configuração da habitualidade da gerência ou da administração, de forma a afetar a exclusiva dedicação que se espera do militar, conforme se verifica nos seguintes Julgados:

> EMENTA: APELAÇÃO. EXERCÍCIO DE COMÉRCIO POR OFICIAL. CONFIGURAÇÃO DE CRIME HABITUAL. ATIPICIDADE DE CONDUTA.
>
> – Crime de ação múltipla, cujo agente é oficial da ativa, Capitão do Exército, relaciona condutas típicas diversas, tais como: comerciar, tomar parte na administração, gerenciar sociedade comercial, dela ser sócio ou participante, exceto se ostentar condição de acionista ou cotista em sociedade anônima ou em sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

> – Crime habitual define-se como aquele que perfaz seu ciclo consumativo por meio da reiteração de atos.
>
> – Ausência de comprovação da habitualidade no desempenho das funções de administração e gestão empresarial durante o expediente na unidade militar configura hipótese de atipicidade de conduta. Recurso improvido. Decisão unânime. (Apelação nº 2007.01.050625-0/SP. Relatora Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgamento: 15/4/2008).
>
> EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ARTIGO 204 DO CPM. EMPRESA INATIVA. ATOS DE GESTÃO REALIZADOS SEM HABITUALIDADE. ATOS INAPTOS A ATINGIR O BEM JURÍDICO TUTELADO, DEDICAÇÃO EXCLUSIVA AO SERVIÇO MILITAR. NÃO PROVIMENTO.
>
> I. O exercício de comércio por oficial é crime que exige habitualidade. A ausência de habitualidade no desempenho das funções de administração e gestão empresarial de uma empresa que pode ser considerada inativa de fato não tem o condão de afetar a dedicação exclusiva ao serviço militar exigida do Oficial.
>
> II. A pena do artigo 64, parágrafo único, do CPM, não pode ser aplicada ao oficial temporário já licenciado do serviço militar, uma vez que sua condição é de reservista do serviço militar, diferente do oficial da reserva remunerada, o qual é militar de carreira.
>
> Preliminar de prescrição rejeitada. Unânime. Recurso não provido. Decisão unânime. (Apelação nº 83-66.2014.7.12.0012/AM. Relator Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Julgamento: 18/8/2016).

Nesse diapasão, a meu ver, este é um caso típico de que o Direito Penal deva ter como foco ofensas relevantes aos bens jurídicos protegidos, lançando mão do Princípio da Intervenção Mínima, pelo qual se entende que devem ser tidas como atípicas as ofensas mínimas ao bem jurídico. Não há tipicidade material. Há, apenas, tipicidade formal.

No caso em tela, como dito anteriormente, é inegável que o Cap SGARBI figurou por um período de cerca de um ano na condição de sócio administrador da Empresa IMAGEM & CLÍNICA MÉDICA LTDA-ME, todavia não se pode perder de vista que a própria legislação permite que oficiais do Serviço de Saúde exerçam atividades profissionais no meio civil, inclusive como sócios cotistas. Na hipótese dos autos, tudo leva a crer que se tratou de um mero equívoco na formalização do contrato, tanto é que tão logo tomou conhecimento da irregularidade, formalizou de imediato a alteração contratual, passou à condição de sócio cotista e manteve as mesmas atribuições que de fato exercia e o mesmo percentual de participação na empresa.

Além disso, a realidade denota uma total ausência de habitualidade na prática de atos de administração. Os autos evidenciam que a simples administração da mencionada empresa era levada a efeito pela sua Sócia, em contato com o respectivo Contador, e assim continuou após a adequação contratual que passou o Acusado para a condição de sócio cotista. Não se

vislumbrou com a segurança jurídica necessária dolo em sua conduta, bem como ofensa aos bens jurídicos tutelados, *in casu*, o dever militar e a dedicação exclusiva ao serviço militar.

Aliás, tudo fica mais claro quando se verifica que o Acusado exerceu sua função militar com dedicação e alta produtividade, sem qualquer alteração negativa em seus assentamentos. Não há quaisquer registros de desídia, faltas não justificadas, atrasos ou punições em suas folhas de alterações.

Desse modo, o *Decisum a quo* afigura como correto e adequado para o caso em análise, devendo ser mantido em todos os seus termos.

Pelo exposto, nego provimento ao Apelo do MPM, para manter íntegra a Sentença absolutória 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 do Ministro José Coêlho Ferreira, em conformidade com o Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento à Apelação interposta pelo MPM, para manter íntegra a Sentença absolutória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 17 de maio de 2018 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Apelação Nº 0000045-05.2017.7.07.0007

Neste **Recurso de Apelação**, votei acompanhando o ilustre Ministro Relator Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes ao conhecer o Apelo ministerial e negar seu provimento para manter incólume a Sentença absolutória combatida.

No caso, insurgiu-se o diligente Ministério Público Militar contra o Decreto exarado pelo Colegiado *a quo*, que, à unanimidade de votos, absolveu o Capitão Médico do Exército Leonardo Sgarbi de Carvalho da imputação de exercício de comércio por oficial (art. 204 do CPM).

A Acusação contrapôs a *ratio decidendi* do julgado e pugnou pela reforma da r. Sentença, alegando, em síntese, que:

i) o fato punível previsto no art. 204 do CPM caracteriza-se como um crime de perigo abstrato e de mera conduta, bastando para a consumação a simples prática da ação tida como perigosa, ou seja, independentemente de um resultado naturalístico; e

ii) o fato imputado ao Acusado é típico, antijurídico e culpável, não sendo cabível a sua absolvição com base no princípio da intervenção mínima, devendo ser condenado por exigência do direito penal militar.

No entanto, em que pese o esforço do *Parquet* militar, razão não o acompanha.

O tipo penal no qual o Apelado foi incurso assim dispõe:

> Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou cotista em sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada:
>
> Pena – suspensão do exercício do pôsto, de seis meses a dois anos, ou reforma.

De longa data a vedação da mercancia tem sido positivada nas normas repressivas castrenses. O Código Penal da Armada de 1891, estendido para o Exército em 1899, trazia tal previsão nos arts. 176 e 177.

Jorge César de Assis[124], citando Oscar de Macedo Soares, esclarece que a proibição teve origem no art. 233 do Código Penal comum de 1890. No CPM de 1944 restou capitulado no art. 180.

Ao comentar a vigente Lei Substantiva, Ramagem Badaró esclarece que o Código Penal Militar de 1944 (art. 180) passou a proibir somente aos militares de patente (Oficiais) da ativa, o exercício do comércio profissional. Teve isto em vista não prejudicar os convocados que fossem proprietários ou sócios de empresa mercantil. O CPM de 1969 optou por manter igual redação no art. 204. (In: *Comentários ao Código Penal Militar de 1969* – Parte Especial. São Paulo: Juriscrédi, 1972. p. 70).

Em que pese parte da doutrina especializada tecer críticas a respeito de a conduta estar positivada como crime e não como transgressão, o tipo é vigente.

Ao discorrer sobre o delito, os estudiosos do Direito Penal Militar elencam como elementares do tipo penal do art. 204 do CPM as seguintes condutas:

i. **Comerciar**;

ii. **Tomar parte** em administração ou gerência de sociedade comercial; e

iii. **Ser sócio ou participar** de sociedade comercial, salvo se acionista ou cotista de sociedade anônima, ou por cotas de responsabilidade limitada. (Grifos nossos).

Como se observa, o tipo comporta condutas múltiplas, sendo classificado como misto. Abstenho-me aqui de adentrar a *quaestio* se alternativo ou cumulativo por não ser objeto desta apreciação.

---

[124] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 422-423.

As elementares constantes dos verbos "**tomar parte**", "**ser sócio ou participar**", integrantes da 2ª parte do art. 204 do CPM, se ligam a dois termos, a saber: "**sociedade comercial**" ou "**por cotas de responsabilidade limitada**".

De uma leitura açodada do dispositivo, é possível incorrer no equívoco de classificá-lo como norma penal em branco a buscar completude, antes no Código Comercial de 1850, e hodiernamente no Código Civil de 2002.

No entanto, despicienda tal exegese. À semelhança do crime de bigamia previsto no art. 235 do Código Penal Brasileiro – CPB ("Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:"), que não demanda a busca conceitual do termo "casamento" no Código Civil, pois a prova desse ato é documental – certidão cartorária –, os vocábulos "**sociedade comercial**" ou "**por cotas de responsabilidade limitada**", previstos no art. 204 do CPM, de igual forma buscam seu significado nos atos constitutivos daquelas pessoas jurídicas, ou seja, a prova é documental da existência da sociedade da qual o Oficial tomou parte ou foi sócio ou participou, sem o que a conduta não se subsume a essa modalidade de comércio ilegal.

Notadamente existe entre os estudiosos do Direito Penal Militar discussão sobre os efeitos do Código Civil de 2002 no art. 204 do CPM, isso no que concerne à revogação parcial do Código Comercial, porquanto apenas debatem a *quaestio* em relação às elementares que tangenciam os termos "**tomar parte, ser sócio ou participar**" **de sociedade comercial**, que, por força da adoção da Teoria dos Atos de Empresa, abandonou a dos Atos de Comércio, deixando de contemplar o termo "**sociedade comercial**" na novel legislação.

Contudo, para grande parte da doutrina empresarial, a antiga expressão "sociedade comercial" equivaleria, *mutatis mutandis,* à atual "sociedade empresária", que é um conceito mais amplo que a primeira, pois abarca maneiras de organizar, a partir de investimentos, a atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços.

Em razão da alteração conceitual, doutrina minoritária[125], Neves e Streinfinger[126], entendem que o Código Civil de 2002 revogou as modalidades "**tomar parte, ser sócio ou participar**", previstas no art. 204, no que se referem à **sociedade comercial**, isso em decorrência da vedação da interpretação extensiva *in malam partem,* por ofensa direita ao princípio da legalidade.

---

[125] COSTA, Alexandre Henriques. O crime de comércio ilícito praticado por oficial da ativa e sua derrogação em razão da vigência do novo Código Civil. In: *Revista de Direito Militar*, n. 38, Florianópolis, nov-dez 2002.

[126] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Apontamentos de Direito Militar* – Parte Especial. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 345.

No entanto, e com razão, não tangenciam tal querela a modalidade "**ser sócio ou participar**" de sociedade "**por cotas de responsabilidade limitada**" e muito menos a elementar típica "**comerciar**", prevista na 1ª parte do art. 204 do CPM. Nesse ponto é uníssono o entendimento de que o advento do normativo civil de 2002 em nada afetou as aludidas elementares.

Superada a análise das elementares típicas da parte final do art. 204 do CPM, retorno à figura delitiva "**Tomar parte em administração ou gerência** de sociedade comercial", modalidade de conduta na qual o Capitão Médico se viu denunciado e processado. E como tal, em respeito ao princípio da congruência entre a denúncia e a sentença, e levando em conta que o Réu se defendeu daqueles fatos narrados, passo a apreciar a sobredita ação delitiva.

Mormente, antes de adentrar ao contexto fático do caso em exame, cabe analisar os normativos inseridos no Código Civil de 2002 que regulam as atividades dos profissionais liberais, dentre os quais se incluem os médicos. E, assim, concluir se esta categoria rege-se pelo Direito Empresarial/Comercial ou estaria sob a égide do Direito Civil. Consigno que tal definição é ponto nevrálgico para que se conclua sobre a adequação típica formal ou não no caso em apreço.

Pois bem, o Código Civil vigente cuida de duas espécies de sociedade: a simples e a empresária. O legislador optou por definir a empresária e, por exclusão, conceituar a simples. Leia-se:

> Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Coube também ao Código Civil definir o que se considera atividade empresarial, *in verbis:*

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
>
> Parágrafo único. **Não se considera empresário quem exerce profissão** intelectual, **de natureza científica**, literária ou artística, **ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores**, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (Grifo nosso).

Observa-se que o próprio dispositivo já exclui do conceito de empresário aquele que exerce atividade intelectual, ainda que atue em concurso com colaboradores. Nesse caso, como ausente um dos elementos da empresa, tal associação é classificada como sociedade simples, não integra o leque de modalidade empresarial ou comercial. Assim, caso o Acusado tivesse constituído uma sociedade simples, ainda que tomasse parte da administração ou gerência, não incorreria no tipo penal do art. 204 do CMP.

As sociedades simples são aquelas que os sócios exercem as suas profissões, ou seja, a prestação de serviço tem natureza estritamente pessoal.

Diferente das sociedades empresárias, registradas na Junta Comercial, as simples são constituídas mediante Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Como se pode depreender, no caso da sociedade simples, a *expertise* dos sócios deve ter direta ligação com a atividade desenvolvida pela sociedade, o que não é o caso, na empresária.

Segundo a legislação específica, encontrada nos artigos 982 e 983 do Código Civil de 2002, sociedades de natureza simples podem ter dois tipos societários, chamados Sociedade Simples Pura e Sociedade Simples Limitada. Quer seja de uma ou outra natureza, as sociedades simples não são passíveis de falência e não precisam se adequar às novas realidades contábeis (o que é previsto por lei para as sociedades empresariais).

Registre-se por derradeiro que a sociedade simples é a antiga sociedade civil, em nada se comunicando com a pretérita sociedade comercial, hoje empresária.

Escorreitos ensinamentos do professor de Direito Empresarial André Santa Cruz[127]:

> A situação específica dos profissionais intelectuais, também chamados de profissionais liberais, está disciplinada no art. 966, parágrafo único, do Código Civil: **não se considera empresário** quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.
>
> [...]
>
> **Em princípio, pois, os profissionais intelectuais (advogados, médicos, professores** etc.) **não são considerados empresários,** salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Mas o que o legislador quis dizer ao usar essa expressão?
>
> O nosso Código Civil, também nesse ponto, seguiu os passos do Código Civil italiano de 1942, que **não considera empresário quem exerce profissão intelectual,** a menos que o exercício dessa profissão intelectual "dê lugar a uma atividade especial, organizada sob a forma de empresa (art. 2.238)", como no caso do exercício de uma farmácia, de um sanatório ou de uma instituição de ensino, como destacava Asquini ao comentar a legislação de seu país.
>
> [...]
>
> Parece, pois, que **o Código Civil quer com isso dizer que, enquanto o profissional intelectual apenas exerce a sua atividade intelectual, ainda que com o intuito de lucro e mesmo contratando alguns auxiliares, ele não é considerado empresário para os efeitos**

[127] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. pp. 69-70.

> **legais**. Enquanto o profissional intelectual está numa fase embrionária de atuação [...], ele não é considerado empresário, não se submetendo, pois, ao regime jurídico empresarial. [...] (Grifo nosso).

Cabe aqui ressaltar que o art. 29 da Lei 6.880/1980 estimula os profissionais de saúde **ao trabalho fora do ambiente militar**, *in verbis*:

> Art. 29. Ao militar da ativa é vedado comerciar ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada.
>
> [...]
>
> § 3º No intuito de desenvolver a prática profissional, **é permitido aos oficiais titulares dos Quadros ou Serviços de Saúde** e de Veterinária **o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil**, desde que tal prática não prejudique o serviço e não infrinja o disposto neste artigo. (Grifo nosso).

Por oportuno, ressalto que o legislador de 1969, adequando-se com perfeição à estrutura hierárquica das Forças Militares, entendeu por bem punir com maior severidade o oficial que incorresse na vedação estatutária, assim, positivou a conduta como crime. A função ocupada pelo militar de patente e as prerrogativas inerentes ao posto são fundamentos válidos da maior reprovabilidade da ação. Mantendo coerência, a inobservância do regramento proibitivo pela praça, que não detém iguais prerrogativas, classificou como transgressão disciplinar.

Perfeita a razoabilidade do Parlamento ao valorar diversamente a conduta levando em conta o grau hierárquico do sujeito ativo, trata-se, pois, de isonomia.

Nesse ponto cabe fazer um recorte para dizer que não há como invocar como reforço à Denúncia o item 112 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto 4.346/2002), cujo texto é cristalino em afirmar que comete a transgressão ali capitulada apenas "**a praça**", e o caso ora examinado refere-se a oficial intermediário, Capitão.

Sobre o núcleo "comerciar" o oficial da ativa, bem como a perfeita vigência do tipo penal capitulado no art. 204 do CPM, após o advento do Código Civil de 2002, externei minha posição na Declaração de Voto na AP 86-80.2012.7.02.0202/SP. Igual posicionamento adotou esta Corte e entendeu vigente a norma repressiva no seguinte julgado: AP 108-53.2012.7.01.0401/RJ, de relatoria do ilustre Ministro Ten Brig do Ar Francisco Joseli Parente Camelo, decisão unânime, julgada em 2/5/2017.

No entanto, não foi a conduta "comerciar" a imputada ao Capitão Médico.

A acusação recaiu sobre a segunda modalidade do exercício ilegal do comércio, qual seja, "**tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial**".

No magistério de Célio Lobão[128] a conduta delituosa de tomar parte da administração ou gerência de sociedade comercial compreende cargo de direção, como diretor, gerente ou outro qualquer com poder de mando.

A toda evidência, o que interessa para a consumação dessa modalidade prevista no art. 204 do CPM é o ato gestão de sociedade comercial, hoje denominada empresária, praticado por oficial da ativa. Note-se que, como dito antes, a sociedade empresarial é aquela que reúne os requisitos legais e é registrada na Junta Comercial. Assim, não será considerada crime a administração ou gerência de sociedade simples, antiga sociedade civil, assentada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, por não ter esta natureza comercial ou empresarial.

Enio Rosseto[129], ao analisar o art. 204 do CPM, afirma que a gerência positivada como crime pressupõe que o oficial esteja investido dos poderes de gerir, administrar a sociedade empresarial, sempre em nome do mandante, como mero mandatário. O gerente pode ser um preposto do comerciante ou receber uma delegação contratual, como sócio da sociedade, quando será denominado sócio-gerente.

Por derradeiro, consigno as palavras de Cícero Coimbra[130] ao discorrer de forma bastante didática sobre a segunda modalidade delitiva do *exercício de comércio* por oficial, em que pese consignar seu posicionamento sobre a revogação dessa modalidade com o advento do Código Civil de 2002, explica:

> O segundo núcleo é "tomar parte", que significa encetar atos em nome da sociedade comercial. Assim, para os que admitem a persistência dessa modalidade bastaria a prova de que o Oficial representou a sociedade em algum ato, por exemplo, fotos e diplomas conferidos à sociedade figurando o autor como seu representante.

Dito isso, cabe agora analisar o caso concreto.

No caso dos autos, entendo que as ações descritas na Peça vestibular e atribuídas ao Capitão Médico do Exército Leonardo Sgarbi de Carvalho são as que devem ser analisadas como os elementos caracterizadores do "exercício do comércio por oficial", isso tendo em contra a sua condição de militar pertencente ao Serviço de Saúde, com permissivo legal de participar de sociedade civil que se dedique à prestação de serviço médico, já que se enquadra em serviço de natureza científica.

---

[128] LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 401.
[129] ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: RT, 2012. p. 622.
[130] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2014. p. 1.020.

Nesse ponto inexistentes dúvidas de que o modelo de sociedade para a criação de pessoa jurídica poderia e deveria ser a sociedade simples, regida pelo Direito Civil, com inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Extrai-se da Inicial acusatória que o Capitão Sgarbi foi denunciado e processado pelo delito de *exercício de comércio* por Oficial na modalidade "**tomar parte** na administração e na gerência da sociedade comercial" e desses fatos se defendeu durante todo o processo. *In litteris:*

> Consta dos autos do inquérito policial-militar que o denunciado, militar, enquanto sócio administrador, tomou parte na administração e na gerência da sociedade comercial IMAGEM & ClÍNICA MÉDICA LTDA-ME no período de 20 de novembro de 2015 a 20 de dezembro de 2016.

Assim, teria incorrido nas penas do art. 204 do CPM.

Em observância aos princípios da correlação e do contraditório, é sobre essa elementar que deverá recair a análise das condutas encartadas nos autos. Incoerente e desnecessário para o deslinde do caso o debate em relação às outras elementares típicas do art. 204 do CPM, por absoluta ausência de imputação factual nesse sentido.

Em que pese ter constado dos atos constitutivos da empresa Imagem & Clínica Médica LTDA-ME o nome do Oficial como sócio-administrador, o que indicaria uma tipicidade formal, há dúvidas de que ele tenha efetivamente realizado atos de gestão da empresa. É o que se depreende do interrogatório do Réu e da oitiva das Testemunhas.

A testemunha Samuel Luiz Pereira da Silva, contador e responsável pelos atos de criação da sociedade médica, declarou, em síntese, que prestava serviços contábeis na empresa da qual o Acusado é sócio desde 2015. Tem conhecimento da prática dos hospitais de exigirem que os médicos criem uma pessoa jurídica para serem contratados, isso com a finalidade de burlarem o vínculo empregatício, uma vez que aquelas entidades realizam o pagamento direto à pessoa jurídica. Declarou ser padrão, nas constituições de empresas, a colocação de dois sócios como administradores. Afirmou que a única atividade do Acusado na Clínica, antes e após a alteração do contrato, era apenas atender os clientes. Alegou desconhecer a condição de militar do Réu, pois ele se apresentou apenas como médico.

A sócia da Clínica, a médica Mara Regina Guarim Silva, declarou que foi militar e que seu marido ainda ostenta essa condição, todavia nunca soube do caráter criminoso da conduta do oficial ser sócio administrador de empresa. Afirmou, assim, o que constou no contrato, sendo a respectiva alteração apenas uma formalidade, pois, na realidade, a empresa sempre foi, mesmo antes da alteração contratual, gerida pela testemunha, pelo contador Samuel e pela secretária da empresa. Ao Acusado cabia apenas o atendimento aos pacientes. Ressaltou que nem a testemunha, nem o Réu nunca receberam *pro labore*, que

é o pagamento mensal feito ao sócio administrador de uma empresa. Declarou que é seu marido o gestor da parte financeira da sociedade e quem afere os lucros ou prejuízos. A testemunha é a responsável pela contratação e demissão de pessoal e o Apelado nunca teve qualquer ingerência nessa área. A alteração contratual da empresa foi efetuada menos de um mês após saberem da notificação do Tribunal de Contas da União.

Ao ser interrogado, o Réu confessou ter figurado como sócio administrador da empresa Imagem & Clínica Médica LTDA, alegando que não sabia que tal conduta era crime previsto no CPM. Destacou que não tem o hábito de apresentar o documento de identidade militar, sempre que necessário, faz uso em seu lugar da identificação do Conselho Regional de Medicina. Afirmou ter constituído a pessoa jurídica no final de 2015, para obter o alvará de funcionamento da Clínica e para poder trabalhar para outros hospitais. Não interferia na administração da Clínica, apenas opinava quando inquirido por sua sócia a respeito de assuntos pontuais, emitindo sua opinião positiva ou negativa.

Consignou pertencer às fileiras do Exército desde 28/2/2005 e que reside em Natal desde 2009. Não se recorda de ter recebido orientação na Escola de Saúde do Exército acerca da proibição do exercício de atividade empresarial por militar. Procedeu à alteração contratual no primeiro momento após saber do caráter criminoso de figurar como sócio administrador. Alegou que, de fato, nada mudou nas atividades do Acusado na Clínica após a alteração contratual. Esclareceu que atendia no consultório particular nas terças e quintas-feiras pela manhã, revezando com sua sócia nas sextas-feiras, e no Hospital de Guarnição de Natal seu horário era de segunda a sexta-feira, das 13h às 18h, e concorria na escala de sobreaviso. Asseverou não fazer plantão fora do Exército.

Como bem informado na Sentença, a condição contratual de sócio administrador restou incontroversa e bem delineada nos autos, considerando que a confissão do Acusado foi ratificada pelas provas documental e testemunhal.

No entanto, há dúvidas sobre o caráter doloso da conduta. Isso tendo em conta a possibilidade legal de o Réu ter constituído a pessoa jurídica, necessária para poder trabalhar com hospitais, na modalidade de sociedade simples, já que se tratava de uma sociedade de médicos. Conforme a dicção do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, caso o profissional da medicina apenas exerça a sua atividade intelectual, ainda que com o intuito de lucro e mesmo contratando alguns auxiliares, ele não é considerado empresário para os efeitos legais. Por conseguinte, conclui-se que a sociedade constituída por médicos, nesses termos, não será comercial ou empresária, pois ausente um dos elementos da empresa, que é o próprio empresário.

A cópia do contrato social encontra-se acostada aos autos do IPM e sua Cláusula 2ª, do Objeto, não deixa dúvida quanto à natureza científico-intelectual do serviço ali prestado.

Tal constatação extrai-se da leitura da Cláusula Segunda do Contrato Social da Empresa. Observa-se que se trata de uma sociedade de cunho científico, intelectual, não sendo, pois, caracterizada de fato como empresarial, amoldando-se, portanto, à figura da sociedade simples prevista no parágrafo único do art. 966 do Código Civil.

Evidente que não constitui crime tomar parte de administração ou gerência de sociedade simples. Não há nos autos nenhum questionamento sobre o motivo dos médicos sócios criarem uma sociedade empresarial e não uma simples, ainda que sob a forma de responsabilidade limitada.

Ora, caso o contador Samuel soubesse que um dos sócios ostentava a condição de militar, talvez tivesse orientado sobre qual seria a espécie de sociedade mais adequada para o Capitão Sgarbi compor.

Com efeito, o art. 972 do Código Civil é categórico em excluir do rol dos que podem ser empresário aquelas pessoas legalmente impedidas, no caso, os militares das Forças Armadas estão proibidos de exercerem essas atividades nos termos do art. 29, *caput*, da Lei 6.880/1980. Consigno que estamos aqui tratando da figura do empresário administrador e não do sócio. Há dúvida sobre o desejo do Oficial em figurar como administrador de sociedade empresária ou sociedade civil. Teria ele esse conhecimento sobre as regras do Direito Empresarial a ponto de escolher a espécie de pessoa jurídica da qual almejava fazer parte?

Notadamente, o Capitão Sgarbi demonstrou que agiu com vontade livre e consciente de criar, juntamente com sua sócia, uma pessoa jurídica para atender as exigências dos hospitais locais para prestarem serviços como médicos. Tal conduta não pode ser considerada crime porque, em princípio, se dirigiu a um fim lícito. Quanto muito poderia aventar ação negligente do Réu ao não informar ao contador Samuel sua condição de militar. No entanto essa conduta recai sob o dever de cuidado objetivo como substrato da culpa, todavia o tipo penal pelo qual o Oficial foi processado não prevê a modalidade culposa.

Admitir a omissão do processo em perquirir sobre o fim dirigido da conduta imputada ao Oficial, se constituir uma sociedade simples ou empresarial, resvala em compactuar com a repudiada responsabilidade objetiva no campo penal.

Ademais, não se pode olvidar que, aparentemente, o legislador fomentou uma conduta, como no caso do § 3º do art. 29 do Estatuto dos Militares, e ao mesmo tempo a criminalizou no art. 204 do CPM. Para que seja

possível aplicar ambos os dispositivos sem incorrer em conflito de normas, há que se ter em mente que o Oficial pertencente ao Serviço de saúde pode ser sócio e até participar da administração ou gerência de sociedade simples, ainda que constituída sobre a forma limitada.

Do contrário, a conduta não seria considerada criminosa porque estaria ausente a **tipicidade conglobante** de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Nesse sentido, cabe citar a lição de Zaffaroni e Pierangeli[131], *in verbis*:

> tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas [...].

Para os autores, além dos casos de justificação (tipos permissivos), a atipicidade conglobante surge em função de "mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei pena".

Insere-se, nesse contexto, a análise do tipo conglobante, que nada mais é que a visão do tipo legal, associado às demais normas que compõem o sistema. Tal como o colocado, uma ação pode preencher o tipo legal, mas, avaliando-se a conduta conglobantemente, isto é, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico, verifica-se que o bem jurídico protegido não foi afetado.

A análise da conduta sob a filtragem conglobante aponta que o fato típico pressupõe que ação delituosa esteja proibida pelo ordenamento jurídico como um todo, globalmente considerado. Daí, quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, determinar ou fomentar o comportamento, o fato será considerado atípico, por ausência de antinormatividade.

Cabe ainda citar as esclarecedoras as palavras de Cícero Coimbra[132] sobre o bem jurídico tutelado pela norma extraída do art. 204 do CPM, *in verbis*:

> Objetividade jurídica: o tipo penal em estudo tutela o serviço militar, ameaça em razão da possibilidade de um Oficial, que detém certa ascendência tropa, poder comerciar. Tutela-se, ainda, o dever militar, porquanto cônscio de suas responsabilidades e seus deveres de abstenção, sabe de sua situação privilegiada a favorecer a mercancia, podendo isso levar a uma relação escusa e nociva à disciplina da tropa.

---

[131] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 474-486.

[132] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.013.

Notadamente, inexistem provas nos autos de que o Acusado tenha violado o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, pelo contrário a testemunha, Major Médico Nilton Côco Júnior, atestou a assiduidade e a produtividade elevada do Réu no Hospital de Guarnição de Natal, bem como afirmou ser ele um militar bem conceituado.

Assim, ante todo o acervo probatório dos autos, entendo que o fato é atípico por ausência do elemento anímico da conduta, qual seja o dolo, uma vez que não restou demonstrado que o Capitão Sgarbi agiu com vontade livre e consciente de criar uma sociedade empresária e dela tomar parte como administrador ou gerente, pelo contrário, restou comprovado que desejava ele se adequar as exigências dos hospitais do município de Natal/RN para poder exercer seu ofício, no entanto, ao que parece, não foi bem orientado sobre a espécie de sociedade a ser constituída, a do tipo simples e não a empresária. Assim, inexistente conduta dolosa, consectariamente, o fato é atípico.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em que pese advogar pela revogação de parte do art. 204 pelo advento do Código Civil de 2002 que substituiu a teoria dos atos de comércio pelos atos de empresa, reconheceu a ausência do dolo do agente e pugnou pela manutenção da absolvição do Capitão Médico com pálio nos seguintes argumentos:

> [...] uma vez que dos autos consta não haver qualquer prejuízo à atividade militar do Apelado, bem como não há indícios de realização efetiva de atos de comércio pelo Oficial, fazendo crer que não tinha consciência de que cometia qualquer delito. Conclui-se, portanto, que não houve dolo por parte do Apelado, ou, por outro lado, é razoável a aplicação do Princípio da Insignificância, a afastar, de qualquer forma, a tipicidade.

Não há nos autos elementos que assegurem a tipicidade da conduta imputada ao Capitão Médico do Exército Leonardo Sgarbi de Carvalho, razão pela qual sua absolvição com fundamento no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar deve ser mantida.

Posto isto, votei acompanhado de meus eminentes pares pelo conhecimento e pelo não provimento do Apelo ministerial, mantendo incólume a Sentença *a quo*.

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, 19 de maio de 2018.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 48-72.2015.7.02.0102-SP

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelantes: Geovane dos Santos Izidoro e Ana Carolina Ribeiro dos Santos.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

ESTELIONATO. INEXIGÊNCIA DA PRESENÇA DOS ACUSADOS NO JULGAMENTO. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CARACTERIZADO. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELITO DELINEADO E PROVADO. NÃO EXIGÊNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DO *SURSIS*.

A presença dos ***Acusados*** na sessão de ***Julgamento*** não é requisito essencial, já que não é mais cabível o exercício da autodefesa, não havendo de se falar, pois, que, quando ausente, se configura afronta à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Hipótese em que o agir dos ***Acusados*** provocou efetivo dano ao patrimônio público, uma vez que as despesas de atendimento por hospital particular conveniado foram efetivamente pagas pelo Exército.

Estado de Necessidade não caracterizado, tendo em conta, sobretudo, não ter sido provada a alegação defensiva de que a ***Acusada*** encontrava-se em situação de risco em sua gravidez.

Não aplicação do princípio da insignificância, uma vez que, além de não ser de pequena monta o prejuízo suportado pela Administração, não restaram caracterizados os vetores da ***mínima ofensividade da conduta***, da ***nenhuma periculosidade da ação*** e do ***reduzido grau de reprovabilidade da conduta***.

Incabível a exigência da reparação do dano para a concessão do *sursis*, sob pena de alongar indefinidamente o exercício do *jus puniendi* estatal, bem como de transportar os efeitos civis da condenação para a órbita penal.

Preliminar de nulidade rejeitada por unanimidade.

No mérito, provimento parcial do ***Apelo*** da ***Defesa*** para reformar a ***Sentença*** apenas para retirar a exigência da reparação do dano como condição para a concessão do *sursis*, mantendo-a, por conseguinte, em todos os seus demais termos.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva, de arguição da nulidade do julgamento "por não ter sido garantido aos Apelantes Geovane dos Santos Izidoro e Ana Carolina Ribeiro dos Santos o direito de assistir ao seu julgamento". **No mérito**, **por maioria**, deu provimento parcial ao Apelo da Defesa, para reformar a Sentença apenas para retirar a exigência da reparação do dano como condição para a concessão do ***sursis***, mantendo-a, por conseguinte, em todos os seus demais termos, conforme o voto do Relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto e Francisco Joseli Parente Camelo conheciam e davam provimento ao Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União para absolver o ex-Sd Geovane dos Santos Izidoro e a Civil Ana Carolina Ribeiro dos Santos do crime previsto no art. 251, ***caput***, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fundamento no art. 39 do CPM, e na forma do art. 439, alínea "d", do CPPM. O Ministro Revisor fará voto vencido. Os Ministros Cleonilson Nicácio Silva e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 14/6/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Apelação*** interposta pelo ex-Sd Ex GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO e pela Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS, tendo como alvo a ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar, de 7/6/2017, que os condenou à pena de 2 anos de reclusão, como incursos, por quatro vezes, no artigo 251, *caput*, c/c o artigo 53, ambos do Código Penal Militar, e no artigo 71 do Código Penal, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a ***Denúncia*** de fls. 1 a 3, *in verbis*:

> 2. Consta dos autos que o ***Ex-Sd Geovane*** foi licenciado do Exército em 28.02.2013 e, embora desligado oficialmente da Força, manteve sob sua posse os cartões magnéticos do convênio médico mantido pelo Exército, inclusive o de seus dependentes que até então

constavam do sistema do 2º BIL, quais sejam, a sua esposa Ana Carolina Ribeiro dos Santos, ora segunda denunciada, e o filho de ambos, Davi Riquelme Ribeiro Izidoro.

3. Ocorre que, com o licenciamento do Exército, o ***Ex-Sd Geovane*** e seus dependentes não mais tinham direito a utilizar o convênio médico mantido pela instituição e, mesmo cientes desse óbice, passaram por quatro atendimentos médicos, em oportunidades distintas, no Hospital Ana Costa, na cidade de Santos, entidade conveniada com o sistema de saúde do Exército.

4. De fato, apurou-se que a segunda denunciada, Ana Carolina Ribeiro dos Santos, foi atendida no pronto socorro do Hospital Ana Costa nas datas de ***23/11/2014***, ***24/11/2014***, ***29/11/2014*** e, em ***08/12/2014***, poucos dias após os atendimentos de emergência, foi internada no aludido hospital para passar por uma cesariana, dando à luz mais um filho oriundo de seu casamento com o primeiro denunciado, Ex-Sd Geovane, que, por sua vez, assistiu a esposa em todos os procedimentos narrados.

5. A guia de internação relativa ao parto foi juntada às fls. 28, sendo que o ***Ex-Sd Geovane*** apresentou-se à época como responsável pela esposa, assinado o termo de responsabilidade de fls. 126; as despesas médicas foram orçadas em R$ 6.679,07 (fls. 28).

6. De outro lado, os atendimentos no pronto socorro nas datas que antecederam o parto e os respectivos valores são os seguintes: R$ 414,65 (24.11.2014 – fls. 16); R$ 81,16 (29.11.2014 – fls. 14); R$ 277,88 (23.11.2014 – fls. 11). ***Todas as despesas foram pagas pelo Exército, conforme comprovam os documentos de fls. 180/186***.

7. Nesse particular, importante destacar a plena ciência de ambos os denunciados acerca da impossibilidade de continuar a usar o serviço de atendimento médico mantido pelo Exército após o licenciamento do ***Ex-Sd Geovane***, haja vista que a denunciada Ana Carolina havia sido formalmente comunicada, em meados do mês de julho de 2014 quando se dirigiu ao 2º BIL para solicitar guia de atendimento médico.

8. De fato, o 2º SGT R1 PTTC Antônio Cleirdes Sebastião dos Santos, após consultar o cadastro eletrônico de militares e dependentes, constatou o descredenciamento dela e de sua família do sistema de saúde do Exército, ocasião em que fora obrigada a entregar o cartão magnético do convênio médico que portava.

9. Dessa forma, verifica-se terem os ***DENUNCIADOS*** incidido no crime de estelionato definido no artigo 251, por quatro vezes, na forma do artigo 53 e 80, todos do Código Penal Militar, eis que, de forma livre e voluntária, obtiveram para si vantagens ilícitas, quais sejam, os tratamentos médicos acima apontados, todos quitados pelo Exército, em prejuízo à Administração Militar, que fora induzida e mantida em erro pelos denunciados, através da utilização fraudulenta de convênio médico mantido pelo Exército em época a que não mais faziam jus.

> 10. Trata-se de crime militar definido no artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.
>
> Por todo o exposto, requer o Ministério Público Militar seja recebida e autuada a presente denúncia, com a citação de ***GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO*** e ***ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS***, como incursos nos ***artigos 251***, ***por quatro vezes***, na forma dos artigos 53 e 80, todos do ***Código Penal Militar***, para se verem processar e julgar, sob pena de revelia, ouvidas as testemunhas abaixo arroladas, com final condenação, observadas as formalidades legais.

A ***Exordial*** encontra-se arrimada no ***Inquérito Policial Militar*** e nos resultados das diligências complementares encetadas pelo *Parquet*, tudo a compor o ***Apenso 1***.

Em 24/6/2015, a ***Denúncia*** foi recebida à fl. 4.

Os ***Acusados*** foram citados às fls. 24, 25, 26 e 27.

O ***Acusado*** GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO e a ***Acusada*** ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS foram qualificados e interrogados às fls. 52 a 58, oportunidades em que fizeram uso do direito assegurado constitucionalmente de permanecerem calados.

As ***Testemunhas*** do *Parquet* foram inquiridas: Civil LUCIANE JORGE ANTONIO GOMES CHAVES, Sgt RONDINELLI SANTANA DA SILVA e Sgt ANTONIO CLEIRDES SEBASTIÃO DOS SANTOS (fls. 79 a 84).

A ***Defesa*** requereu a oitiva da ***Testemunha*** JOÃO PAULO DE MONTE TABOSA à fl. 90, tendo, todavia, desistido de sua oitiva à fl. 135.

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar, o *Parquet* nada requereu. Na mesma fase, a ***Defesa***, por seu turno, requereu a juntada de documentos e pugnou pelo reinterrogatório dos ***Acusados***.

Em razão do quanto requerido pela ***Defesa***, foram juntados aos autos os documentos de fls. 154 a 159.

Ainda em função da postulação defensiva, os ***Acusados*** foram reinterrogados (mídia audiovisual à fl. 147 e ***Ata*** às fls. 182 e 183).

A ***Acusação*** e a ***Defesa*** apresentaram as suas ***Alegações Escritas***, respectivamente, às fls. 162 a 166 e 168 a 174.

O ***Julgamento*** foi realizado nos termos da ***Ata*** de fls. 204 e 205.

A ***Sentença*** encontra-se às fls. 207 a 217, tendo sido lida, assinada e publicada em 14/6/2017, em conformidade com a ***Ata*** de fl. 218.

O tempestivo ***Apelo*** da ***Defesa*** está à fl. 221 (219v).

Em suas ***Razões*** de fls. 226 a 232v, a Defensoria Pública da União suscita ***preliminar***, na qual argui a nulidade do julgamento, em face de não ter sido garantido aos ***Réus*** o direito de presenciá-lo. Sustenta, em abono a esse inconformismo vestibular, que o indeferimento do pedido defensivo para que

os ***Réus*** acompanhassem o julgamento pelo sistema de videoconferência subtraiu-lhes o direito "***de acompanhar decisão que impactaria diretamente as suas vidas***", constituindo, ademais, ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. ***No mérito***, sustenta que a prova coligida é insatisfatória para prover a certeza de que os ***Réus*** teriam agido dolosamente. Sustenta que, se houve erro no pagamento das despesas cuja responsabilidade é atribuída aos ***Réus***, isso foi de responsabilidade da Administração. Pondera que, *in casu*, se trata de valor insignificante, referindo, a propósito, parâmetros ditados pela Lei nº 10.522/2002 e pela Portaria nº 396/2016, da Procuradoria da Fazenda Nacional. Argumenta que os ***Acusados*** agiram sob o manto exculpante do ***Estado de Necessidade***, uma vez que, em suma, se encontravam em situação de perigo iminente e até mesmo de risco de vida. Pondera que não é cabível o estabelecimento da reparação do dano como condição para a concessão do *sursis*, visto que, entre outras razões, não é justificável a suspensão do *status libertatis* do indivíduo, por não ter este condições financeiras suficientes para ressarcir danos de ordem material que porventura tenha causado. À guisa de fecho, requer que o ***Apelo*** seja provido para absolver os ***Acusados*** e que, caso assim não entenda a Corte, seja o julgamento anulado; ainda alternativamente, pede que sejam os ***Acusados*** dispensados da reparação do dano.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 235 a 240, o ***Ministério Público Militar*** sustenta que a ***preliminar*** defensiva não merece prosperar, já que os direitos de manifestação e de presença dos ***Acusados*** devem ser garantidos apenas durante a instrução criminal em ***Juízo***, não havendo, por outro lado, norma legal que imponha ao Julgador o dever de disponibilizar o sistema de videoconferência para que possam acompanhar a sessão de julgamento. ***No mérito***, sustenta que o agir dos ***Acusados*** provocou efetivo dano ao patrimônio público e que o delito que lhes foi imputado se encontra sobejamente provado, consoante fragmentos probatórios que traz a lume e analisa; e, nesse fio, pondera que deve ser repelida a tese defensiva de ausência do elemento subjetivo do tipo imputado aos ***Acusados***. Sustenta que não há como reconhecer que os ***Acusados*** teriam agido sob o manto exculpante do ***Estado de Necessidade***, até porque foram previamente alertados acerca da proibição de utilizar o plano de saúde custeado pelo Exército. Argumenta, afinal, que a ***Decisão*** *a quo* foi correta ao fixar a reparação dos danos como condição de suspensão condicional da pena, já que, efetivamente, houve prejuízo para o Exército. Pede, por fim, pelo integral desprovimento da ***Apelação***.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no ***Parecer*** de fls. 247 a 257, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, opina pelo parcial provimento do ***Apelo***, reformando-se a ***Sentença*** "**apenas quanto à parte em que fixou a reparação integral do dano como condição para a concessão do *sursis***".

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se ***preliminarmente – até por ser eventualmente prejudicial ao exame do mérito*** – a arguição defensiva da nulidade do ***julgamento*** "**por não ter sido garantido aos Apelantes o direito de assistir ao seu julgamento**".

No vértice, razão não assiste à Defensoria Pública da União.

Como bem assentado pelo Juízo *a quo* na ***Decisão*** de fls. 198 a 202, as ***Resoluções*** nº 105/2009 do Conselho Nacional de Justiça e nº 224/2016 do Superior Tribunal Militar preveem o uso da videoconferência apenas para a realização de atos instrutórios do processo.

Por outro lado, como é cediço, a presença dos ***Acusados*** na sessão de ***Julgamento*** não é requisito essencial, já que não é mais cabível o exercício da autodefesa, não sendo de se falar, pois, que, quando ausente, configurar-se-ia afronta à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Importa salientar, ainda por esse lado, que, à evidência, o que não se pode admitir é o julgamento sem a presença da defesa técnica – ***pública, constituída ou dativa*** –, pois, aí sim, estar-se-ia em flagrante nulidade absoluta; e isso, todavia, não é o que ocorre na espécie.

Posto isso, rejeita-se a ***preliminar***.

No mérito.

A materialidade e a autoria encontram-se delineadas e provadas à saciedade.

Os próprios ***Acusados*** confessaram, em ***Juízo***, que fizeram uso indevido do convênio médico, logrando, com isso, obter atendimento médico em benefício direto de um deles, mais precisamente a ***Ré*** ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS (fls. 52 a 58 e 147).

As ***Testemunhas*** 3º Sgt RONDINELLI SANTANA DA SILVA e 2º Sgt CLEIRDES SEBASTIÃO SANTANA DA SILVA, em seus depoimentos em ***Juízo***, respectivamente, às fls. 81, 83 e 84, ofereceram versão do fato compatível com as confissões dos ***Acusados***, deixando entrever, entretanto, que ambos tinham pleno conhecimento de que, à época dos delitos, não mais figuravam como beneficiários do FUSEX e de que, por via de consequência, não mais poderiam utilizar as "carteirinhas" que ainda possuíam para o desfruto de quaisquer serviços médicos conveniados.

Quanto a esses depoimentos, ditou a ***Sentença*** hostilizada, *in verbis*:

> **É, em breve síntese, o RELATÓRIO**. Seguem os fundamentos da decisão.

O Órgão Ministerial ofereceu denúncia em desfavor do ex-Sd do EB GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO e de sua esposa, a civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS, incursionando-os no art. 251, *caput*, por quatro vezes, na forma dos arts. 53 e 80, todos do CPM, uma vez que ambos teriam feito uso do cartão do convênio médico do Exército mesmo após o licenciamento daquele, obtendo com isso vantagem indevida em prejuízo da Administração Militar.

Consta dos autos que o ex-Sd GEOVANE foi licenciado do Exército em 28.02.2013 e, embora desligado oficialmente da Força, manteve sob sua posse os cartões magnéticos do convênio médico mantido pelo Exército (FUSEX), relativamente à esposa ANA CAROLINA, corré, e o filho menor em comum, Davi Riquelme Ribeiro Izidoro.

Narra a exordial acusatória que, com o licenciamento do Exército, o acusado e seus dependentes não tinham mais direito a utilizar o convênio médico mantido pela instituição e, mesmo cientes dessa proibição, passaram por quatro atendimentos médicos em oportunidades distintas no Hospital Ana Costa, entidade conveniada com o FUSEX.

Verificou-se que a ré ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS foi atendida no pronto socorro do Hospital Ana Costa nos dias 23.11.2014, 24.11.2014, 29.11.2014 e, em 08.12.2014, poucos dias após os três primeiros atendimentos na emergência, foi internada no aludido hospital para passar por uma cesariana, dando à luz mais um filho oriundo do casamento com o primeiro acusado, que, por sua vez, assistiu a esposa em todos os procedimentos narrados.

Todas as despesas médicas foram pagas pelo Exército, conforme comprovam os documentos de fls. 180/186 do apenso.

Interrogados e reinterrogados em juízo (fls. 52/58 e 147), ***os acusados confessaram a autoria delitiva***, no sentido de que fizeram uso do cartão do convênio médico do Exército mesmo após o licenciamento do ex-Sd GEOVANE, contudo, alegaram que assim agiram em razão da gravidez de risco da corré ANA CAROLINA. Narraram que por volta do segundo mês de gestação a ré ANA CAROLINA teve um sangramento e, em razão dessa situação, procurou atendimento na rede pública de saúde. Lá estando, segundo relataram, obtiveram a informação médica de que a gravidez e o feto estavam normais, sem alteração. Desconfiados do atendimento, decidiram consultar no Hospital Ana Costa valendo-se do cartão em nome da ré ANA CAROLINA, quando então teria sido atendida no pronto socorro do referido nosocômio e obtido o diagnóstico de que a gravidez era de risco. Assim, em virtude do descrédito na rede pública de saúde e o perigo da gestação, segundo os acusados, teriam sido os motivos para utilizar indevidamente o cartão do FUSEX e ter atendimento na rede privada conveniada por quatro momentos distintos.

Digno de registro o depoimento da testemunha 3º Sgt Rondinelli Santana da Silva (fls. 81/81), quando narrou que à época dos fatos descritos na denúncia servia no FUSEX; que acredita que no mês de

> fevereiro ou março de 2014 foi acionado para verificar no sistema informatizado qual o problema que havia no cadastramento da acusada como dependente do FUSEX; que o depoente manteve contato verbal direto com a acusada, questionando-lhe quem era o titular do benefício, tendo ela respondido ser o seu esposo, o ora acusado GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO; que o depoente sabia que o acusado já não era mais militar, tendo dito a acusada que o ex-Soldado deveria ter devolvido a carteira do FUSEX; que a acusada procurou a seção pretendendo obter uma guia para realização de consulta médica; que o depoente imediatamente chamou o Sgt Cleirdes a fim de reportar a situação; que o Sgt Cleirdes, após explicar as regras do FUSEX para a acusada, recolheu o respectivo cartão; que chegou ao seu conhecimento que a acusada, mesmo após ter a carteirinha do FUSEX recolhida, buscou atendimento médico no Pronto-Socorro do Hospital Ana Costa, logrando êxito em ser atendida em mais de uma oportunidade; que acredita que por ocasião da baixa, a carteirinha do FUSEX do acusado foi recolhida; que ao tomar conhecimento dos fatos narrados na denúncia, o depoente, juntamente com outros militares do FUSEX, dirigiram-se à residência do acusado solicitando que o mesmo devolvesse os cartões dos dependentes; que foram duas as diligências com esse intento, em nenhuma delas encontrando o acusado, mas deixado comunicado expondo claramente a necessidade de devolução das carteirinhas; que mesmo assim o acusado em nenhum momento compareceu ao FUSEX para devolver as carteirinhas; que esclarece que mesmo para ser atendido em Pronto-Socorro o beneficiário deve apresentar a carteirinha do FUSEX.
>
> A testemunha 2º Sgt Antônio Cleirdes Sebastião dos Santos, às fls. 83/84, afirmou que no ano de 2014 recolheu o cartão do FUSEX da acusada, não se recordando o mês exato; que mesmo após ter recolhido a carteirinha das mãos da acusada, tomou conhecimento de que ela foi atendida posteriormente em algumas oportunidades no Pronto-Socorro de Hospitais; que acredita que a acusada possuía uma segunda carteirinha, informação que não pode ser confirmada no sistema informatizado; que ainda no ano de 2014 foi publicado boletim interno o recolhimento dos cartões de uso da acusada e suas destruições.

Por outro lado, as informações da Administração Militar, consubstanciadas no ofício de fls. 177, 178 e 179 e nos documentos médicos e contábeis que as instruem, de fls. 180 a 186 do ***Apenso 1***, desvelam que despesas originárias da prestação de serviço médico pelo Hospital Ana Costa à ***Acusada*** ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS foram, efetivamente, pagas pelo Exército, o que, por óbvio, além de constituir um selo definitivo da materialidade do delito, põe por terra a tese defensiva de ausência de dano concreto em desfavor da Administração.

O elemento subjetivo do tipo imputado aos ***Acusados*** ressai, com clareza meridiana, dos próprios traços objetivos de suas condutas e, além disso, da circunstância de a ***Acusada*** ANA CAROLINA ter recebido um esclarecimento direto, dado pela testemunha 3º Sgt RONDINELLI SANTANA DA SILVA, no sentido de que deveria devolver as "carteirinhas" e de que não poderia mais utilizar o FUSEX para a obtenção de serviços médicos; e, de vez, da circunstância de o ***Acusado*** GEOVANE ter assinado, em 8/12/2014, já há muito em situação de civil, o ***Termo de Responsabilidade*** perante o Hospital Ana Costa, no qual declarou assumir o compromisso do pagamento das despesas médico-hospitalares, decorrentes da internação da também ***Ré*** ANA CAROLINA, na hipótese de haver recusa por parte do Convênio FUSEX.

Nesses termos, ao revés do que sustenta a ***Defesa***, não há de se dizer que os ***Acusados*** não teriam agido com dolo.

Igualmente irrazoada é a tese defensiva de que os ***Acusados*** teriam agido sob o manto exculpante do ***Estado de Necessidade*** previsto no art. 39 do CPM.

E, no ponto, mais uma vez, não é demasia resgatar o que diz a ***Sentença***, *ipsis litteris*:

> Elogiável o relatório do encarregado do IPM acostado às fls. 157/163 do apenso, ao descrever cronologicamente e com riqueza de detalhes todos os acontecimentos que envolveram os fatos narrados na denúncia ministerial.
>
> Colheu-se da fase inquisitorial que o Exército se viu obrigado a ressarcir os valores gastos com os atendimentos indevidos da ré ANA CAROLINA ao Hospital Ana Costa para que o convênio não fosse suspenso e todos os militares e seus dependentes.
>
> Extrai-se, pois, da curta e objetiva, mas robusta prova oral, que os acusados utilizaram-se indevidamente dos cartões do FUSEX mesmo após o licenciamento do Exército do réu GEOVANE. ***E tinham plena ciência e consciência de que não poderiam valer-se do plano de saúde do Exército após a perda de condição de militar do primeiro acusado***!
>
> Restou inconteste que, a despeito do recolhimento do cartão da ré ANA CAROLINA e o esclarecimento pessoal e direto feito a ela de que não poderia mais utilizar o FUSEX, quatro foram os atendimentos no Pronto-Socorro do Hospital Ana Costa, em dias distintos, utilizando-se o convênio médico da Força Terrestre, elemento probatório que desnatura a tese defensiva de ausência de dolo na conduta do estelionato.
>
> Reforça-se ainda mais o dolo e a premeditação das condutas dos agentes o fato de o acusado GEOVANE ter assinado, em 08.12.2014, o termo de responsabilidade de fl. 126 do apenso IPM, documento em que declara assumir o compromisso de pagamento das despesas médico-hospitalares decorrente da internação se por qualquer motivo houver recusa por parte do convênio FUSEX.

Igualmente não merece prosperar o argumento da Defesa do estado de necessidade justificante, isso porque não se tem comprovação nos autos de que a gravidez da ré ANA CAROLINA era considerada de risco.

Os expedientes médicos acostados aos autos (fls. 154/159) não apontam para esse diagnóstico. Versam sobre dois exames médicos realizados também no Hospital Ana Costa nos dias ***20.05.2014*** e ***03.06.2014***. Curiosamente, em datas bem posteriores ao licenciamento do réu GEOVANE! Retratam a ***ausência de anormalidades, boa reação*** decidual e ecotextura miometrial ***homogênea***, dentre outras, características que parecem denotar uma gestação saudável e sem alterações.

Nessa senda, sendo estes os únicos documentos médicos a respeito da alegada gravidez de risco, ônus probatório do qual a Defesa não se desincumbiu, não há como dar amparo, ainda que minimamente ou a título de dúvida sequer, à figura do estado de necessidade, seja ele justificante ou exculpante.

A tese dirimente/eximente de crime torna-se ainda mais frágil ao se constatar que atendimento realizado no dia 29.11.2014 foi feito em nome do filho menor DAVID RIQUELME RIBEIRO IZIDORO (fl. 21 e verso/24 do apenso). Ora, se era a ré ANA CAROLINA quem estava em situação de premente necessidade em razão da gestação de risco, por que motivo houve o atendimento em nome do filho menor DAVID RIQUELME? De pronto conclui-se pela insubsistência do alegado estado de necessidade!

Com efeito, da análise das provas encartadas nos autos extrai-se que as condutas praticadas pelos acusados se amoldam perfeitamente à configuração típica do estelionato como crime militar, assim previsto no Código Penal Militar:

> ***Artigo 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 2 (dois) a 7 (sete) anos.
>
> ***Agravação da pena***
>
> ***§ 3º*** – A pena é agravada, se o crime é cometido em detrimento da administração militar.

A autoria e a materialidade do crime são incontestes ante as confissões dos acusados, a prova testemunhal e os documentos que compõem o IPM apontando o prejuízo financeiro à Administração Militar.

Ao apresentar o cartão do convênio médico do FUSEX, sabendo da proibição de utilização após o licenciamento do réu ex-Sd GEOVANE, ambos os acusados incidem no tipo penal do estelionato porquanto

> demonstrada a intenção deliberada de ludibriar (dolo específico – *animus fraudandi*), incidindo em erro a Administração Militar.

Além disso, também no ponto, não é demasia salientar que os próprios ***Acusados***, em seus interrogatórios em ***Juízo***, reconheceram que, antes de se valerem ilicitamente do convênio do FUSEX com o Hospital Ana Costa, receberam atendimento médico na rede pública de saúde, mas que, em razão do descrédito dessa rede e "**do perigo da gravidez de ANA CAROLINA**", optaram por não mais a utilizar (fls. 52 a 58 e 147). Mas nem mesmo isso restou provado, sendo que, vale dizer, a alegação de que a ***Acusada*** ANA CAROLINA estaria atravessando uma gravidez de risco restou, como visto, cabalmente desautorizada pelos documentos médicos acostados às fls. 154 a 159.

Em passo seguinte, em nada ajuda aos ***Acusados*** a tese defensiva de que cabível seria a aplicação do princípio da insignificância para afastar a tipicidade material do agir dos ***Acusados***, com base em parâmetros de valores adotados para fins financeiros e tributários.

Ora, como já assentou acertadamente o Superior Tribunal Militar em significativos precedentes (***Apelação*** nº 53-70.2010.7.02.0102/SP e ***Recurso em Sentido Estrito*** nº 129-33.2015.7.01.0301/RJ), os valores apontados pela ***Defesa*** prestam-se como grandezas para a definição do custo-benefício da atuação do contencioso estatal, ou seja, fundamentalmente, para a execução de débitos fiscais, procedimentos esses que, à evidência, não abalam a regra da indisponibilidade da Ação Penal Militar.

Ademais, ***e agora só para argumentar***, sequer bastariam esses referenciais para caracterizar a aplicação do princípio da insignificância na espécie, na medida em que, para tanto, outros vetores se mostram de indispensável presença, quais sejam, os da ***mínima ofensividade da conduta, da nenhuma periculosidade da ação e do reduzido grau de reprovabilidade da conduta***. E, *in casu*, de nenhum modo o agir dos ***Acusados*** responde positivamente a qualquer desses vetores.

Por fim, impende reconhecer a procedência do inconformismo da ***Defesa***, no que se refere à exigência da reparação do dano como condição para a concessão do *sursis* aos ***Acusados***.

Bastante, para tanto, é o resgate e a adoção como razões de decidir do quanto bem diz a propósito o *Custos Legis*, *ipsis litteris*:

> Por derradeiro, insta observar que, no capítulo da r. sentença combatida relativo à concessão do benefício da suspensão condicional da pena ficou estabelecido, dentre as condições para tanto, "a necessidade de comprovação da reparação integral do dano, já que se trata de delito patrimonial" (fl. 216).

No tocante a esse aspecto, *data venia* ao entendimento do douto Conselho julgador, dele divergimos, haja vista que tal condição para a concessão do *sursis* não possui guarida na legislação de regência.

Com efeito, os arts. 86, II, do CPM e 614, II, do CPPM, invocados pelo MM Juízo *a quo* para estabelecer a aludida condição, dizem respeito a situação relativa à ***revogação*** do *sursis* e não à sua ***concessão***.

Não se mostra razoável permitir que a reparação do dano, ***que se faz possível durante todo o período de prova***, seja eleita como condição para que os sentenciados tenham direito ao gozo do benefício legal – *sursis*.

Se assim não fosse, haveria uma odiosa discriminação entre aqueles que teriam condições financeiras de arcar de imediato com o pagamento exigido e aqueles que não teriam tais condições, ferindo de morte o princípio da isonomia.

Ademais, a revogação do benefício por tal causa somente será cabível quando a ausência de reparação do dano não estiver calcada em ***motivo justificado***.

Por oportuno, trazemos à colação aresto dessa eg. Corte Castrense que corrobora os nossos argumentos, *verbis*:

> RECURSO CRIMINAL. MPM. CASSAÇÃO DE DECISÃO QUE EXTINGUIU PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E CONSEQÜENTE REVOGAÇÃO DO "SURSIS" PELA NÃO REPARAÇÃO DO DANO. IMPROVIMENTO. PLEITO FORMULADO APÓS CUMPRIMENTO DO PERÍODO PROBATÓRIO. DECISÃO UNÂNIME.
>
> I. Cabe ao Ministério Publico Militar a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento da pena, devendo manifestar-se sobre o cumprimento das condições da suspensão condicional da pena durante o transcurso do prazo probatório.
>
> II. O pedido de revogação do "sursis" somente pode prosperar ***se efetuado antes de findo o prazo probatório*** e eventual revogação deve-se dar até o término deste prazo, consoante o disposto no art. 87 do CPM.
>
> III. A simples reparação do dano não é causa da revogação do benefício. Ao contrário, a lei impõe uma condição, qual seja: o beneficiário não ter reparado o dano sem motivo justificado, ***e, um dos motivos pode ser a condição econômica do Sentenciado, na inteligência do art. 86, inciso II, do CPM***. Se tal óbice restar configurado nos autos, não há que se revogar o "sursis", ***sob pena de se aumentar indefinidamente o período de exercício do "jus puniendi" estatal, bem como a transposição de efeitos civis da condenação para o âmbito penal***.
>
> IV. Recurso Criminal não provido. Decisão unânime.

(RSE 2007.01 .007485-1 UF: RJ Decisão: 03/ 04/2008. Data da Publicação: 26/05/2008. Ministro Relator: José Coêlho Ferreira)

Portanto, tendo ficado evidente nos autos o dolo dos réus, os quais, agindo de maneira voluntária e consciente, ardilosamente induziram a Administração Militar em erro, causando-lhe o prejuízo de ***R$ 7.533,66 (sete mil, quinhentos e trinta e três reais e sessenta e seis centavos)***, deve ser mantida a condenação.

Ante o exposto, opina esta PGJM pelo desprovimento parcial do apelo, com a reforma da sentença apenas quanto à parte em que fixou a reparação integral do dano como condição para a concessão do *sursis*.

É o *quantum satis*.

Posto isso.

Dou provimento parcial ao ***Apelo*** da ***Defesa*** para reformar a ***Sentença*** apenas para retirar a exigência da reparação do dano como condição para a concessão do *sursis*, mantendo-a, por conseguinte, em todos os seus demais termos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal **Militar**, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar defensiva, de arguição da nulidade do julgamento "por não ter sido garantido aos Apelantes Geovane dos Santos Izidoro e Ana Carolina Ribeiro dos Santos o direito de assistir ao seu julgamento". No mérito, **por maioria**, em dar provimento parcial ao Apelo da Defesa, para reformar a Sentença apenas para retirar a exigência da reparação do dano como condição para a concessão do *sursis*, mantendo-a, por conseguinte, em todos os seus demais termos.

Brasília, 14 de junho de 2018 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 0000048-72.2015.7.02.0102-SP

Votei vencido no tocante ao mérito, divergindo da douta maioria, para acolher o Recurso defensivo e reformar a Sentença hostilizada, absolvendo o ex-Soldado GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO e a Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS, em relação ao delito previsto no art. 251, *caput*, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fundamento no art. 39 do CPM e na forma do art. 439, alínea "d", do CPPM.

Cuida-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União, inconformada com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 2ª CJM, que condenou o ex-Sd GEOVANE DOS

SANTOS IZIDORO e a Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no art. 251, *caput*, do CPM, c/c o art. 71 do CP (continuidade delitiva), com o benefício do *sursis* por 2 (dois) anos, com base no artigo 84 do Código Penal Militar c/c artigo 606 do Código de Processo Penal Militar, desde que aceitas as condições previstas no art. 626 do CPPM, exceto a alínea "a", além do comparecimento trimestral à sede do Juízo de Execução ou em outro Juízo que lhe venha a ser designado, bem como a necessidade de comprovação da reparação integral do dano, já que se trata de delito patrimonial (art. 86, inc. 11, do CPM e art. 614, inc. II, do CPPM).

Em síntese, a Denúncia narra que, com o licenciamento do Exército, o ex-Sd GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO, bem como seus dependentes, não tinham mais direito a utilizar o convênio médico mantido pela instituição e, mesmo cientes dessa proibição, passaram por quatro atendimentos médicos em oportunidades distintas no Hospital Ana Costa, entidade conveniada com o FUSEX.

A Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS, esposa do ex-Sd GEOVANE, estava grávida e apresentou complicações que poderiam expor a risco a sua saúde e a vida do feto. Ela foi atendida no pronto-socorro do Hospital Ana Costa nos dias 23, 24 e 29/11/2014.

A DPU argumenta que os Apelantes agiram amparados pela excludente de ilicitude, descrita no art. 43 do CPM.

Alega, em síntese, que:

> (...) Em juízo, Geovane externou sua preocupação à época com a gravidez de Ana Carolina.....
>
> (...)
>
> Também em juízo, Ana Carolina, em relação ao atendimento recebido no SUS.....
>
> Eminentes Julgadores, os depoimentos se encontram em harmonia com os documentos juntados aos autos (fls. 154-159).
>
> A r. Sentença recorrida em fl. 211, contudo, infere que os exames carreados aos autos não comprovam que a gravidez de ANA CAROLINA fosse de auto risco, *in verbis*:
>
> > (...) Os expedientes médicos acostados aos autos (fls. 154/159) não apontam para esse diagnóstico. Versam sobre dois exames médicos realizados também no Hospital Ana Costa nos dias 20.05.2014 e 03.06.2014. Curiosamente, em datas bem posteriores ao licenciamento do réu GEOVANE! Retratam a ausência de anormalidades, boa reação decidual e ecotextura miometrial homogênea, dentre outras, características que parecem denotar uma gestação saudável e sem alterações (...)

> No entanto, o Laudo, datado de 20/05/2014, apresenta **Foco de descolamento Ovular de 1,0 cm** (fl. 154), enquanto o Laudo, datado de 03/06/2014, apresenta **Foco de descolamento ovular medindo cerca de 1,3 x 0,4 cm** (fl. 157).
>
> Em pesquisa na rede mundial de computadores podem-se aquilatar os reais riscos e possíveis consequências do descolamento ovular, senão vejamos de trechos abaixo transcritos (sublinhados nossos):
>
> > (...) Em caso de suspeita de descolamento ovular; onde a grávida apresenta cólica persistente até as 12 semanas de gestação e sangramento excessivo no primeiro trimestre, é recomendado ir imediatamente ao hospital para fazer um ultrassom e avaliar a necessidade de iniciar o tratamento, que pode ser feito com repouso, ingestão de água, restrição de contato íntimo e uso de remédios com progesterona.
> >
> > O descolamento ovular na gravidez, **cientificamente chamado de hematoma subcoriônico ou retrocoriônico**, ocorre no primeiro trimestre e é caracterizado pelo acúmulo de sangue entre o útero e o saco gestacional. Nos casos leves de descolamento ovular, o hematoma, normalmente, desaparece naturalmente até 2º trimestre de gestação, pois é absorvido pelo organismo da grávida, porém, quanto maior for o hematoma, maior o risco de aborto espontâneo, parto prematuro e descolamento da placenta.
> >
> > (...)
> >
> > O tratamento para descolamento ovular deve ser iniciado o mais rápido possível para evitar complicações graves como aborto ou descolamento da placenta, por exemplo. (...) (Disponível em: https://www.tuasaude.com/descolamento-ovular/, acesso em 18/7/2017).
>
> Como se depreende da transcrição acima, no descolamento ovular, haveria risco de aborto espontâneo, parto prematuro e descolamento da placenta. (...) (grifos no original). (fls. 230-V/231).

Acerca da legítima preocupação dos Apelantes com o estado de saúde da gestante, e o temor de que as vidas da mãe e do bebê não fossem preservadas, como destaca a DPU, declararam em sede de interrogatório (mídia audiovisual à fl. 147):

ex-Sd Ex GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO:

> **(...) a minha esposa, desde o segundo mês, ela teve a gravidez de risco (...) ela estava com o risco de perder a criança, eu fiquei meio preocupado na época, e foi meio no desespero que eu acabei usando o cartão (...) tem o prontuário desde os dois meses dela (...) o acompanhamento foi feito parte no SUS, parte no Hospital Ana Costa (...) a gente ficou muito preocupado, na verdade preocupado com o**

> **risco de saúde que ela estava correndo, e o SUS na época a gente ficou preocupado que não desse... na verdade fiquei preocupado com a vida dela, eu sabia que o hospital particular tinha um plano melhor (...) na época não tinha condições financeiras para custear o tratamento num hospital particular (...) quando o cartão passou, eu acreditei pela data do cartão, que tinha direito de usá-lo (...).**

Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS:

> **(...) quando eu fui lá, eu fui pedir uma autorização para fazer um ultrassom, porque minha gravidez era de risco (...) não tínhamos condições financeiras de custear um atendimento em hospital particular (...) busquei atendimento na rede pública de saúde (...) quando tinha dois meses que estava grávida, eu fui tentar fazer um ultrassom pelo SUS, só que acusou que estava normal minha gravidez, só que eu estava com sangramento, o que eu fiz, eu tinha esse convênio, aí eu fui no Ana Costa, quando eu passei lá eu descobri que minha placenta era descolada, era de risco eu perder meu filho, foi assim que eu usei na primeira, na segunda e terceira consulta mesmo (...) tenho guardado os documentos médicos que atestam que minha gravidez era de risco, tenho tudo em casa (...) o primeiro atendimento que tive foi no SUS e lá me falaram que a gravidez estava normal, com o atendimento no plano de saúde do Hospital Ana Costa que me foi dito que a gravidez era de risco (...) continuei indo no atendimento do SUS também, porque mostrei para eles lá que estavam errados, porque como estava acontecendo o sangramento não podia estar acontecendo tudo certo (...) senti necessidade de voltar ao atendimento no Hospital Ana Costa porque estava sentido dores (...).**

Verifica-se pelas declarações acima a situação delicada em que os Apelantes se encontravam. Por um lado, o atendimento pelo SUS, que negava qualquer intercorrência negativa na gravidez, apesar das dores e dos sangramentos recorrentes. Por outro, o atendimento no Hospital Ana Costa, que detectou o descolamento ovular, **o que classificou aquela gestação como de risco**.

Os dois Laudos Periciais – ultrassonografia transvaginal e ultrassonografia obstétrica (fls. 154 e 157) –, realizados na 9ª e na 12ª semanas gestacional, atestaram o descolamento ovular, tendo a Acusada verificado as consequências do problema advindo à gestação a partir dos sangramentos que passou a sofrer.

A despeito dos laudos, a Sentença não levou em consideração a situação especial e delicada em que se encontravam os agentes.

Apontou a Sentença:

> Igualmente não merece prosperar o argumento da Defesa do estado de necessidade justificante, isso porque não se tem comprovação

> nos autos de que a gravidez da ré ANA CAROLINA era considerada de risco.
>
> Os expedientes médicos acostados aos autos (fls. 154/159) não apontam para esse diagnóstico. Versam sobre dois exames médicos realizados também no Hospital Ana Costa nos dias 20.05.2014 e 03.06.2014. Curiosamente, em datas bem posteriores ao licenciamento do réu GEOVANE! Retratam a ausência de anormalidades, boa reação decidual e ecotextura miometrial homogênea, dentre outras, **características que parecem denotar uma gestação saudável e sem alterações.**
>
> Nessa senda, **sendo estes os únicos documentos médicos a respeito da alegada gravidez de risco,** ônus probatório do qual a Defesa não se desincumbiu, não há como dar amparo, ainda que minimamente ou **a título de dúvida sequer, à figura do estado de necessidade,** seja ele justificante ou exculpante. (grifos nossos).

No tocante à Sentença, cabem dois apontamentos de suma importância. O primeiro refere-se à assertiva de que a gestação **parecia ser saudável**.

Há nos autos dois laudos médicos (fls. 154/159) que apontam a presença de foco de descolamento ovular, o que indica condição de anormalidade da gestação. Mais grave é que houve evolução do quadro em curto espaço temporal, considerando que, no Laudo firmado em 20 de maio de 2014, o foco de descolamento ovular abrangia 1,0 cm (fl. 154), e no de junho de 2014 indica a medida de cerca de 1,3 x 0,4 cm (fl. 157). É sabido que o descolamento ovular causa sangramentos na gestante, podendo levar ao aborto espontâneo, conforme informou a própria ré em depoimento prestado em juízo.

Se não há nos autos laudo que contraponha a conclusão daqueles exames realizados no próprio Hospital Ana Costa (fls. 154/159), a afirmação contida na Sentença não encontra amparo. Não sendo os julgadores peritos médicos da área obstétrica e/ou reprodutiva, como poderiam considerar que a **gestação parecia** "saudável e sem alterações"? Impossível! Seria necessária a avaliação de uma junta médica para atestar acerca da existência ou não de risco à saúde do feto, bem como da própria gestante. Nunca por um escabinato sem base teórica para tal mister.

Ora, a despeito da viabilidade do feto, que apresentava batimentos cardíacos, e das mencionadas boa reação decidual (que, de acordo com a literatura médica, consiste, sinteticamente, na reação ocorrida durante a implantação do embrião na parede do endométrio) e ecotextura miometrial homogênea (de acordo com a literatura médica, o miométrio é a camada mais

grossa da parede do útero, sendo considerado homogêneo quando não são identificados miomas), havia o já mencionado descolamento ovular, que, como apontado, pode levar ao aborto e, na melhor das hipóteses, ao parto prematuro. Portanto, nada normal para o que se espera de uma gestação "saudável e sem alterações".

O segundo ponto que se deve arguir em relação à Sentença é a afirmativa de não ter a Defesa se desincumbido de demonstrar o grau de risco que envolvia aquela gestação. Como já enfatizado, há nos autos prova robusta de que a gestante enfrentava complicações decorrentes do descolamento ovular, não havendo contraposição a tal diagnóstico. Portanto, a Defesa demonstrou sim, de forma efetiva e válida, o estado de necessidade em que se encontravam os Apelantes.

Certo é que a existência dos laudos médicos realizados, reafirmo, pelo próprio Hospital Ana Costa são suficientes para demonstrar o risco que corriam a gestante e o feto.

Portanto, a Sentença está em total descompasso com as provas colacionadas aos autos. Trata-se, assim, de decisão teratológica, pois contraria a lógica dos autos e o bom senso comum.

O fato de ter a Apelante realizado os mencionados exames de imagem, que constataram o descolamento ovular, no início da gestação e o parto ter sido efetivado somente em dezembro não se presta à afirmação de que o problema verificado não causou risco à gestação propriamente dita.

Ora, a gravidez é um estado compreendido da fecundação de um óvulo ao parto. É um todo unitário. Assim, eventuais intercorrências verificadas em uma das fases gestacionais devem ser consideradas como da gestação em si, pois ao estado de gravidez não se aplica qualquer solução de continuidade. Assim, todos os problemas verificados devem ser encarados como da gestação, não apenas de uma de suas fases.

Desse modo, a ausência de demonstração de intervenção e/ou acompanhamento médicos no interregno de junho a novembro, quando a Apelante novamente compareceu ao Hospital Ana Costa e recebeu atendimento, não podem ser interpretados no sentido de que o problema foi sanado ou que não apresentava riscos.

Não há como afirmar que, se não houvesse a prestação da assistência médica por parte dos profissionais de saúde do Hospital Ana Costa, a gestação teria transcorrido dentro da normalidade, sem risco para a criança e sua mãe.

Ao contrário, pode-se afirmar que a gravidez não seguia seu curso normal. Tanto é verdade que, ao final da gestação, no dia 8 de dezembro de 2014, foi submetida, de imediato, a uma cesariana.

Destarte, pouco importa, neste quadro médico, que inspirava cuidados, se a Apelante foi atendida no Hospital Ana Costa nos dias 20 de maio e 3 de junho e, depois, somente em 23, 24 e 29 de novembro e 8 de dezembro, dia do nascimento do bebê. A questão é o estado de necessidade em si e não a quantidade de vezes que foi acolhida pelo Hospital.

Por esse turno, reafirmo a teratologia da Sentença ora recorrida, que desconsiderou os fatos e as provas elencadas nos autos para declarar a inexistência do estado de necessidade enfrentado pelos Apelantes.

O Manual Técnico de Gestação de Alto Risco do Ministério da Saúde elenca uma série de situações clínicas que podem levar a complicações de saúde tanto da gestante quanto do feto. Sobre a ameaça de aborto e o deslocamento coriomniótico, ensina que:[133]

> **(...) Ameaça de abortamento**
>
> **O sangramento genital é de pequena a moderada intensidade, podendo existir dores, tipo cólicas, geralmente pouco intensas.** O colo uterino (orifício interno) encontra-se fechado, o volume uterino é compatível com o esperado para a idade gestacional e não existem sinais de infecção. **Para este diagnóstico é necessário uma ultrassonografia, que pode não ter alterações ou identificar área de descolamento ovular, com vitalidade embrionária.** Não existe indicação de internação hospitalar, a mulher deve ser orientada para ficar em repouso, utilizar analgésico se apresentar dor, evitar relações sexuais durante a perda sanguínea, e retornar ao atendimento de pré-natal. Nos casos em que não ocorre regressão das alterações ou se surgir febre, dor pélvica localizada ou sangramento com odor fétido, a mulher deve retornar ao serviço de saúde para nova avaliação. Não há evidências de benefício do uso da progesterona nesses casos, pois não modifica o curso da gravidez. Os casos de insuficiência de corpo lúteo são raros, precisando de confirmação diagnóstica para essa indicação.
>
> **Descolamento corioamniótico**
>
> **Caracteriza-se por sangramento genital de pequena intensidade e é diagnosticado por exame ecográfico.** A evolução é boa, não representando quadro grave de risco materno e/ou ovular. A conduta é conservadora e, basicamente, consiste no esclarecimento à gestante, com as mesmas orientações da ameaça de abortamento. (...) (grifos nossos).

Segundo as informações[134] veiculadas no sítio eletrônico "Médico Responde", o descolamento ovular é

> (...) **o acúmulo de sangue** entre **a placenta e o útero**. Pode ocorrer em qualquer fase da gestação, mas é mais comum no primeiro

[133] MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual Técnico*, Gestação de Alto Risco. 5. ed. Brasília: Editora MS, 2010. p. 46 e 52. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestacao_alto_risco.pdf> Acesso em: 23 fev. 2018.

[134] MÉDICO RESPONDE. *O que é descolamento ovular? É perigoso?* Acesso em: 23 fev. 2018.

> trimestre, ou seja, **nas primeiras 12 semanas de gravidez**. O descolamento ovular pode ser perigoso se for muito grande, devido ao risco de **descolamento de placenta.** (...) (grifo do original)

Verifica-se, portanto, que uma das hipóteses que pode levar à ocorrência de sangramento na gestante é o deslocamento ovular.

No caso em epígrafe, constata-se que, entre o primeiro (fl. 154) e o segundo ultrassons (fl. 157), o deslocamento ovular aumentou.

Por um lado, ao ser atendida pelo SUS, nada era feito em relação ao sangramento alertado pela Civil ANA CAROLINA. Por outro, diante da mesma reclamação de sangramento, o Hospital Ana Costa realizou dois exames clínicos e detectou o deslocamento ovular.

Diante da situação periclitante acima narrada, indaga-se: seria justo exigir da gestante outra atitude senão procurar o melhor atendimento médico? Deveria manter o atendimento na rede do SUS, onde nem ao menos se detectou o deslocamento ovular? De fato, pode exigir conduta diversa da Apelante, tendo como risco a vida de seu filho? Valia mesmo a pena aguardar o resultado, confiando na sorte?

Ainda que o deslocamento ovular não possa ser considerado como uma situação de extremo risco, não há que se esperar outra atitude da mãe senão a assumida. Porque não há como afirmar, tecnicamente, que o caso não ficaria mais grave se o atendimento médico não fosse o mais adequado.

Assim, considerando as circunstâncias dos fatos, é no mínimo desumano exigir que aquele jovem casal, desamparado e amedrontado pelo desfecho trágico que poderia advir da total omissão em relação ao pré-natal ofertado pelo SUS, não lançasse mão de atendimento médico digno e compatível com a gravidade do quadro que se apresentava.

Um pai de família, independentemente de sua condição econômica e social, quer o melhor para sua família e não se aquietaria diante da possibilidade da morte de um filho e, na pior das hipóteses, também da esposa. Cabe censura à sua conduta? Deveria ele ter deixado o acaso resolver o destino da família?

E da mãe, que, desesperada, sente em seu próprio corpo os sinais de que algo não está de acordo com o esperado, é razoável exigir-se que se conforme com o diagnóstico de normalidade quando as evidências indicam o contrário?

Enfatizo, no estado em que se encontravam os Apelantes, inexigível que agissem de outro modo. Naquele momento, para eles, o que importava era a

saúde e a vida da gestante e do filho que esperavam e, assim, justificável terem buscado por atendimento de qualidade, considerando que a eles não foi conferido tratamento condigno pelo SUS.

Diante de tais evidências, inarredável a conclusão de que dos Apelantes não poderia ser exigida conduta diversa senão a proteção da vida, bem mais importante para todos os cidadãos. Assim, buscando socorro, dirigiram-se ao Hospital Ana Costa, onde foi constatada a gravidade da situação, recebendo o tratamento médico adequado.

Graças ao atendimento preciso que a Civil ANA CAROLINA recebeu no Hospital Ana Costa, cujos procedimentos médicos foram custeados pelo Exército (fls. 180/186 do apenso), mãe e bebê se salvaram, sem sequelas.

Os Réus não buscaram no Hospital Ana Costa apenas conforto. Procuravam socorro. Se não fosse a situação de perigo em que se encontravam, a configuração da conduta poderia ser diversa, mas o que se descortina nestes autos é, justamente, a excludente da inexigibilidade de conduta diversa.

Os Apelantes, ao buscarem o atendimento médico/hospitalar do Hospital Ana Costa, tinham como único propósito salvaguardar a vida e a saúde, tanto do feto quanto da própria gestante. Seu objetivo, portanto, não era locupletar-se, indevidamente, às custas do Exército Brasileiro. Não há dolo, mas sim estado de necessidade exculpante. É lícito inferir que, se assim não tivessem agido, as consequências para a saúde do bebê e da própria mãe poderiam ser até mesmo letais.

Sendo assim, o art. 39 do CPM apresenta o estado de necessidade exculpante da culpabilidade, e os arts. 42, I, e 43 do mesmo Código apresentam o estado de necessidade justificante ou excludente da ilicitude.

Considerando o disposto nos arts. 39 e 43, ambos do CPM, verificam-se os seguintes requisitos para a existência do Estado de Necessidade:

(i) o direito protegido pela ação do necessitado pode ser próprio ou de terceiro. No caso de terceiro, deve ser a pessoa a quem o agente está ligado por estreitas relações de parentesco ou aferição.

Salienta-se que o termo relação estreita significa proximidade do agente com o necessitado de modo a autorizar a ação do agente;

(ii) o perigo ao direito protegido pela ação deve ser certo e atual. O primeiro é aquele que não é passível de dúvida, de contestação, o segundo é o que está ocorrendo. Destarte, a atualidade do perigo afasta o perigo futuro e o perigo passado;

(iii) o perigo não pode ser provocado pelo agente;

(iv) a inevitabilidade do sacrifício do direito alheio, ou seja, nem podia de outro modo evitar; e

(v) o direito alheio sacrificado pode ser superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

O Princípio da Inexigibilidade de Conduta Diversa opera como fundamento para exclusão da culpabilidade e o da Razoabilidade é essencial na verificação do estado de necessidade exculpante, por se tratar de direitos equivalentes ou de direito sacrificado superior ao direito protegido.

Nesse mote, tendo em mira o delito de estelionato, o qual é imputado aos Apelantes, vê-se que sua objetividade jurídica recai sobre o patrimônio, no caso, da entidade pública. Em contrapartida, tem-se a priorização da vida e da saúde de uma gestante, que já possuía outros filhos, e do bebê em gestação.

Assim, confrontando-se o patrimônio e a vida, não restam dúvidas de que se sobreleva o segundo, bem mais importante e indisponível do indivíduo.

Desse modo, a fim de salvaguardar a vida, optaram os Apelantes pelo sacrifício do bem de menor relevância, consubstanciado nas despesas médicas a serem suportadas pelo Exército.

No que tange ao atendimento, tem-se que o documento que habilitou o acesso às consultas e à cirurgia de cesariana era verdadeiro, nunca foi um simulacro criado pelos Apelantes, com o intuito de ludibriar a administração militar.

No que diz respeito ao prejuízo advindo à administração militar e/ou ao locupletamento ilícito dos Apelantes, pode-se dizer que as despesas médicas custeadas pelo Exército Brasileiro, quando, em hipótese, deveriam ter sido suportados pelo SUS, na verdade, foram arcados com recursos públicos, pela administração pública.

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988, no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 6º estabelece, como direitos sociais fundamentais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância.

O art. 196, por sua vez, reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Destarte, não há prejuízo, mas sim a inalienável responsabilidade do Estado, seja qual for o representante legal, na execução desse mister.

Isto posto, inafastável a conclusão de terem os Apelantes agido amparados pela excludente de culpabilidade do estado de necessidade, nos termos do art. 39 do CPM.

Diante de todo o exposto, votei pelo acolhimento do Recurso defensivo, de modo a reformar a Sentença hostilizada e absolver o ex-Sd GEOVANE DOS SANTOS IZIDORO e a Civil ANA CAROLINA RIBEIRO DOS SANTOS do crime previsto no art. 251, "caput", do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fundamento no art. 39 do CPM, e na forma do art. 439, "d", do CPPM.

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, 14 de junho de 2018.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro-Revisor

_____

APELAÇÃO Nº 138-70.2014.7.02.0007-PE

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: O Ministério Público Militar.

Apelado: Williams Alves de Souza.

Advogado: Dr. Odilon Braz da Silva.

EMENTA

APELAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. SUBOFICIAL DA MARINHA NA FUNÇÃO DE AUXILIAR NA SEÇÃO DE INATIVOS E PENSIONISTAS. RECADASTRAMENTO DE PENSIONISTAS. RECEBIMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA INDEVIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. VASTA PROVA TESTEMUNHAL. OFENSA À PROBIDADE ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO DE PISO. REFORMA DA SENTENÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESTAMPADO NOS AUTOS. CONDENAÇÃO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE INOMINADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

Amolda-se ao tipo incriminador de corrução passiva (art. 308 do CPM) a conduta do Suboficial reformado que, prestando serviços por tempo certo à Marinha do Brasil, especificamente como Auxiliar da Seção de Inativos, Pensionistas e Reservistas da Capitania dos Portos de Pernambuco/PE, sem o conhecimento da chefia e sem a documentação pertinente que respaldasse sua atuação, desloca-se até a residência de beneficiários da pensão militar e de familiares de militares da reserva, com a finalidade de realizar o recadastramento anual, e deles recebe quantias em dinheiro, solicitadas para custear o combustível do automóvel utilizado na visita domiciliar, mesmo nos casos em que os assistidos tinham condições de se apresentar pessoalmente à Organização Militar.

Dolo evidenciado pela prática deletéria aos valores norteadores da probidade e da retidão de conduta exigida de um agente estatal, em especial de um ex-militar com larga vivência no serviço ativo da Força (Suboficial), que deveria e poderia ter recusado qualquer favorecimento ou contrapartida financeira pelo ato de ofício que executou, mormente em se considerando que o recadastramento domiciliar é essencialmente gratuito, mediante atendimento das normas técnicas que o autorizam (declaração médica atestando impedimento de locomoção).

A despeito da continuidade delitiva, nos moldes do art. 71 do Código Penal (CP), a pena foi fixada em patamar abaixo do mínimo legal em face da aplicação *ex officio* de "minorante

> inominada", lastreada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a tornar a resposta penal mais justa, adequada e compatível com o ato ilícito apurado.
>
> Recurso ministerial provido para cassar a sentença absolutória e condenar o acusado por corrução passiva.
>
> Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, deu provimento ao Apelo ministerial, para cassar a Sentença absolutória combatida e condenar o SO Refm Mar Williams Alves de Souza, como incurso no art. 308 do Código Penal Militar, c/c o art. 71, ***caput***, do CP, à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, com o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, e o direito de recorrer em liberdade, nos termos do voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Cezar Luís Rangel Coutinho. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 13/3/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público Militar contra a sentença prolatada pelo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 7ª CJM, em 25 de janeiro de 2017, que absolveu o SO Refm Mar WILLIAMS ALVES DE SOUZA, denunciado como incurso no art. 308, *caput*, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum.

Ao construir a narrativa que deu corpo à peça acusatória, o *Parquet* pontuou a autoria e os indícios de materialidade nos seguintes termos (fls. 2.1/2.6):

> O indiciado, quando em atividade, serviu na Seção de Inativos, Pensionistas e Reservistas da Capitania dos Portos de Pernambuco no período de 2011 a 2014 (fls. 911).
>
> No curso do IPM, restou apurado que o indiciado, valendo-se de sua função, oferecia a inativos, pensionistas e familiares a

modalidade de recadastramento anual domiciliar, mesmo àqueles que não preenchiam os requisitos para fazer jus a essa espécie de atendimento. E, em grande parte desses atendimentos domiciliares, cobrava taxas a título de ajuda de custo para seu deslocamento ou recebia quantias em dinheiro dos beneficiários a título de agradecimento pelo serviço prestado.

Conforme apontado às fls. 225/232, o então SO Williams efetuou vinte e dois recadastramentos domiciliares em 2012, setenta e sete em 2013 e oitenta e um em 2014 (até 14/09/2014, quando fora dispensado).

Cumpre registrar que o recadastramento domiciliar é medida excepcional destinada a atender aos inativos e pensionistas sem condições de se apresentar pessoalmente à OM.

Apesar disso, observou-se, a cada ano, um incremento considerável do número de atendimentos domiciliares efetuados pelo SO Williams. Paralelamente, o CT RM1 Luiz Silvério de Sousa filho, encarregado da Seção de Inativos, Pensionistas e Reservistas, informou que a quase totalidade das pessoas recadastradas em domicílio não atendiam os requisitos exigidos para a prestação desse tipo de atendimento. Confira-se:

"que esse tipo de serviço (recadastramento domiciliar) deve ser feito quando se é solicitado. Dentre outras documentações, como cópia da procuração ou curatela, o responsável do militar inativo/pensionista deve apresentar na Capitania uma declaração médica, assinada por médico registrado no Conselho Regional de Medicina, informando que o beneficiado sofra de algum problema de saúde que o impeça de se locomover, necessitando assim de um agendamento domiciliar, conforme prevê as normas da Marinha. (...) que verificou que quase todos os recadastramentos efetuados como sendo domiciliares, realizados pelo Suboficial William não preenchiam os requisitos e estão datados em finais de semana, sendo a maioria deles lançados pelo mesmo, no SISPEM nas segundas-feiras subsequentes às datas registradas nos formulários. Além disso, em alguns dos recadastramentos lançados como domiciliares pelo Suboficial Williams, não constam a declaração médica, bem como as assinaturas das testemunhas (quando o beneficiado não tem condições de assinar). Também foi verificado que, em alguns casos, apesar do Suboficial ter ido às residências do beneficiado, foi lançado SIPM como recadastramento presencial." (CT RM1 Luiz Silvério de Sousa filho – fls. 43/44)

Ao lado dessas manobras tendentes a aumentar artificialmente o número de atendimentos domiciliares e mesmo a ocultá-los, visto que parte dos recadastramentos eram lançados no sistema como sendo presenciais, o então SO Williams recebia dos beneficiados quantia em dinheiro, ora como ajuda de custo, ora

como agradecimento pelos serviços prestados. A propósito, confira-se:

"No dia oito de junho de dois mil e treze (sábado), o Suboficial compareceu à residência e fez o recadastramento anual e do auxílio invalidez, inclusive tirou fotografia e as digitais de seu pai. Depois que realizou o recadastramento ele relatou que morava distante e se seu pai poderia contribuir com o combustível. Perguntei quanto. Então ele falou R$ 100,00 (cem reais). Falei que não dispunha do valor e ofereci R$ 5,00 (cinco reais) que tinha na minha bolsa. Ressaltei que ele deveria ter falado antes de vir fazer o recadastramento. Ele não pegou os R$ 5,00 (cinco reais). Então ele perguntou se R$ 30,00 (trinta reais) estava bom. Respondi que estava bom. Em seguida ele pediu para quando fosse buscar o comprovante de recadastramento e a declaração de dependente minha mãe deixasse a importância. No dia doze de junho de dois mil e treze, compareci à Capitania dos Portos apanhei a documentação e dei ao Suboficial a citada importância. (...) Perguntado: Se dispõe de veículo próprio. Respondeu: Que sim, tenho um automóvel marca Fiat. Perguntado: Porque não utilizou esse veículo para levar seu pai até a Capitania dos Portos. Respondeu: Apesar de ele ter condição de se locomover, a proposta do Suboficial de realizar o recadastramento domiciliar considerou muito boa. Não esperava que no final do recadastramento ele solicitasse uma ajuda de custo de combustível" (Rosângela Melo de Albuquerque – fls. 36/37).

De fato, ouvidos familiares dos inativos e pensionistas que foram recadastrados em domicílio pelo indiciado, constatou-se que em cinquenta recadastramentos, houve o recebimento de quantia em dinheiro por parte do suboficial.

Além dos quarenta e cinco recadastramentos discriminados na tabela de fls. 905/909, houve também recebimento de quantia em dinheiro nos atendimentos prestados às testemunhas Rosângela Melo de Albuquerque, que pagou R$ 30,00, após negociação, pois o SO Williams solicitou-lhe R$ 100,00 (fls. 36/37); Flávia Orengo de Andrade Lima, de quem foi cobrada a quantia de R$ 50,00, mas só pagou R$ 30,00 (fls. 137); João Cacimiro Cantalice, cujo filho deu R$ 40,00 ao SO Williams em agradecimento (fl. 199); Rosemiro Barbosa da Silva; que recebeu ligação do SO Williams se disponibilizando a realizar recadastramento domiciliar e pedindo que "ajeitasse algo para depois". Ofereceu R$ 20,00, mas o Suboficial achou pouco, e a testemunha acabou pagando R$ 40,00.

Somando-se as quantias recebidas nos diversos atendimentos domiciliares, o ex-SO Williams recebeu R$ 2.005,00 (dois mil e cinco reais), em valores da época.

> Assim agindo, recebeu, em razão da função, vantagem indevida, de forma continuada, incorrendo na figura típica do art. 308, do CPM, c/c art. 71, *caput*, do CP.
>
> Pelo exposto, espera o Ministério Público Militar seja a presente denúncia recebida para o fim de processar, julgar e, ao final, condenar o ex-SO WILLIAMS ALVES DE SOUZA como incurso no art. 308, do CPM, c/c art. 71, *caput*, do CP.

A denúncia lastreou-se nas peças de informação reunidas no curso do IPM nº 138-70, composto pelos Apensos 1 a 5 dos autos, sendo o Relatório de fls. 885A/890A e a Solução de fl. 891A, contendo declaração de que haveria indícios da prática de ilícito penal na conduta do indiciado SO Refm WILLIAMS ALVES DE SOUZA.

De relevante para a compreensão dos fatos apurados, listo os seguintes documentos produzidos na fase pré-processual:

> a. Planilhas de recadastramento domiciliar realizado pelo acusado (fls. 225A/232A), referentes ao número de atendimentos realizados entre os anos de 2011 e 2014;
>
> b. Fichas de recadastramento domiciliar relativas ao ano de 2013 (fls. 247A/509A);
>
> c. Fichas de recadastramento domiciliar relativas ao ano de 2014 (fls. 510A/884A);
>
> d. Planilha com relação de 90 (noventa) beneficiários e respectivos valores repassados ao indiciado para a realização do recadastramento anual em domicílio no período de 2012 a 2014, totalizando o montante de R$ 1.865,00 (mil, oitocentos e sessenta e cinco reais) – fls. 905A/909A;
>
> e. Portarias nº 119 e 433 do Comando do 3º Distrito Naval, contratando e dispensando, respectivamente, o SO Refm WILLIMS ALVES DE SOUZA no tocante à prestação de tarefa por tempo certo (PTTC), na função de Auxiliar da Seção de Inativos, Pensionistas e ex-Combatentes da Capitania dos Portos de Pernambuco, iniciando-se em 30 de março de 2011 e findando em 18 de setembro de 2014.

O oferecimento da denúncia ocorreu em 16 de junho de 2015 (fl. 1.110A), tendo sido rejeitada por decisão monocrática de 10 de julho de 2015 (fls. 1.128A/1.131A).

Mediante interposição de Recurso em Sentido Estrito, o MPM impugnou a decisão que obstou a deflagração da ação penal militar (fl. 1.133).

Ao julgar o aludido recurso, esse egrégio STM, por maioria de votos, reformou a decisão *a quo* e recebeu a exordial acusatória em 28 de outubro de 2015 (fls. 2.8/2.25 do Volume 1).

Em sessão de julgamento ocorrida em 21 de março de 2016, essa Corte Recursal, por unanimidade, rejeitou os Embargos Infringentes opostos pela Defesa e manteve o acórdão recorrido (fls. 2.26/2.35). O trânsito em julgado sobreveio em 4 de maio de 2016 (fl. 2.7).

Após ser dado início à instrução probatória (despacho de fls. 3/4), foram juntadas Certidões de antecedentes criminais, com "nada consta", da Justiça Militar da União (fls. 5 e 116), da Justiça Federal comum (fls. 6 e 117) e da Justiça Estadual de Pernambuco (fls. 21 e 122).

Operou-se a citação válida do réu em 24 de maio de 2016 (fl. 18).

As testemunhas arroladas pela Defesa encontram-se listadas na petição de fls. 22/23, ao que não se opôs o MPM.

A oitiva das testemunhas de acusação foi realizada na seguinte ordem: Rosângela Melo de Albuquerque (fls. 50/51), Flávia Orengo de Andrade Lima (fl. 52), Rosemiro Barbosa da Silva (fl. 53), Evangelista Barreto Duarte Silva (fls. 54/55), Capitão-Tenente Luiz Silvério Sousa Filho (fls. 56/57) e Gloris Maria de Oliveria Benevides (fls. 86/87).

Nos moldes do que preceitua o art. 400 do Código de Processo Penal, o réu foi qualificado e interrogado ao final da instrução criminal (fls. 64/65).

Na fase do art. 427 do CPPM, as partes nada requereram no tocante a novas diligências (fls. 91 e 92).

Em alegações escritas, o MPM reiterou o pedido de condenação, nos termos aduzidos na inicial acusatória, com o fito de enquadrar o réu como incurso nas sanções do art. 308 do CPM, na forma de continuidade delitiva (art. 71 do CP). Na ocasião, sustentou que, segundo vasta prova testemunhal, o SO Refm WILLIAMS recebeu quantias indevidas, em razão da função que exercia, ao realizar visitas domiciliares para efetuar o recadastramento de inativos e pensionistas da Marinha do Brasil, uma vez que solicitava das famílias dinheiro a título de ajuda de custo para o combustível de seu automóvel, na margem de R$ 30,00 (trinta reais) a R$ 100,00 (cem reais).

Por seu turno, na mesma fase processual, a Defesa negou a autoria do delito, ao argumento de que não há nos autos confissão por parte do réu, tampouco as provas de pretensas vítimas, que não são reforçadas por outros meios de prova, serviriam para edificar uma condenação.

Reunido em sessão de julgamento, ocorrida em 25 de janeiro de 2017, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha deliberou, por unanimidade de votos, julgar improcedente o pleito condenatório para absolver o SO Refm

Mar WILLIAMS ALVES DE SOUZA, denunciado pelo crime previsto no art. 308, *caput*, do Código Penal Militar, com base no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, devendo o fato ficar circunscrito à esfera administrativa.

O advogado constituído, Dr. Odilon Braz da Silva, foi intimado do inteiro teor da sentença em 27 de janeiro de 2017, conforme Certidão de fl. 157.

A intimação do órgão ministerial ocorreu em 31 de janeiro posterior (fl. 160).

Em 3 de fevereiro de 2017, aportou no protocolo desta Justiça Militar Termo de interposição de recurso de Apelação por iniciativa da acusação (fl. 161).

Nas razões recursais (fls. 165/179), o representante do MPM aduziu que a absolvição contrariou a prova dos autos e a lei penal militar, sendo que "[...] traduziu uma inexplicável leniência em relação a condutas extremamente graves realizadas pelo apelado, sobretudo tratando-se de um militar cujo dever de fidelidade à farda que enverga torna seu comportamento ainda mais reprovável [...]". Ao final, requereu a condenação, visando o enquadramento da conduta no tipo proibitivo do delito de corrupção passiva (art. 308 do CPM), considerando que está cabalmente comprovado que houve recebimento de vantagem indevida, consoante extenso número de declarações dos envolvidos. Outrossim, refutou a aplicação do princípio da insignificância penal, com lastro em farta jurisprudência da Superior Tribunal de Justiça.

Em contrarrazões (fls. 183/187), o laborioso advogado constituído reforçou o fundamento da sentença quanto à atipicidade da conduta, visto que a ação de "solicitar" não está prevista no tipo penal de corrupção passiva e, com isso, a conduta não seria típica e deveria ser tratada no âmbito do Regulamento Disciplinar da Marinha do Brasil. Em seguida, argumentou que não houve mácula à moralidade administrativa, porque não há nos autos nenhuma manifestação de protesto neste sentido. Concluiu pedindo o desprovimento do apelo ministerial, ante a certeza de que foi feita justiça em primeira instância.

Alçados os autos a essa Corte Superior Castrense, abriu-se vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, cabendo a emissão de parecer, por distribuição, à douta Subprocuradora-Geral Dra. Arilma Cunha da Silva. Em sua manifestação, opinou pela reforma da sentença absolutória, por verificar que as provas reunidas ao longo da instrução criminal atestam que o réu, valendo-se da função de auxiliar da Seção de Inativos e Pensionistas da Capitania dos Porto/PE, em diversas ocasiões, sem o conhecimento de sua chefia e sem a documentação pertinente que respaldasse sua atuação,

ofereceu serviço de recadastramento anual em domicílio para militares da reserva e beneficiários de pensão militar, mesmo sem o preenchimento dos requisitos, em troca de quantias em dinheiro, a título de ajuda de custo para financiar o combustível de seu automóvel. Ao final, manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento do apelo para condenar o apelado nas sanções do art. 308 do CPM (corrupção passiva).

É o relatório.

VOTO

Verifico que o recurso ministerial demonstrou interesse na reforma do julgado e foi interposto tempestivamente, motivo pelo qual dele conheço.

Sem questões preliminares a enfrentar, passo diretamente à questão de mérito que envolve imputação pela prática de corrupção passiva (art. 308 do CPM) direcionada ao ex-Suboficial da Marinha (ex-SO Refm Mar) WILLIAMS ALVES DE SOUZA, no contexto de recebimento indevido de dinheiro, a título de ajuda de custo, em decorrência da realização de visitas domiciliares a militares da reserva e pensionistas para o recadastramento anual junto à Força.

Sabe-se que o tipo incriminador em que o *dominus litis* pretende o enquadramento penal é o de corrupção passiva, cuja rubrica assim o singulariza no Código Penal Militar: "Art. 308. Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

Na topografia do Código, o delito em comento situa-se dentre aqueles que vilipendiam a Administração Pública, na medida em que a ação do corrupto acarreta inaceitável mácula à moralidade do serviço público, à luz dos valores éticos de retidão de conduta que a sociedade brasileira espera de um agente estatal, no exercício de seu dever legal.

O elemento volitivo inerente a essa figura penal reside na vontade livre e consciente de receber vantagem ilícita, via de regra, de cunho patrimonial, que o agente sabe não merecer, ou aceitar tal promessa. Logo, é crime material que exige resultado naturalístico para aferir a consumação.

Em síntese, revolvendo a matéria fática para ampliar a cognição do que foi apurado, tem-se que a instrução processual revelou a atuação irregular do nominado ex-Suboficial entre os anos de 2011 e 2014, quando então prestava tarefa por tempo certo para a Marinha (PTTC), na qualidade de auxiliar da Seção de Inativos, Pensionistas e Reservistas da Capitania dos Portos de Pernambuco, vinculada ao 3º Distrito Naval.

No decorrer desse período, foi verificado um substancial aumento no número de atendimentos especiais aos beneficiários de pensão militar (foram 8 no ano de 2011, subindo para 26 em 2012; 78 em 2013; e finalmente 81 em 2014 – conforme demonstram as planilhas lançadas às fls. 225A/232A do Apenso

2). De fato, os assistidos recebiam em suas residências a presença do acusado para o preenchimento das fichas cadastrais e a regularização de sua situação junto ao setor de pagamento da Marinha. Em contrapartida, ao final do serviço, as famílias dos pensionistas eram surpreendidas com a solicitação de quantias em pecúnia, que variavam entre R$ 30,00 (trinta reais) e R$ 100,00 (cem reais) a pretexto de colaborar com despesas referentes ao combustível do automóvel particular usado pelo acusado.

Na prática, o ex-Suboficial, recontratado pela Força, vislumbrou uma forma de captar vantagem indevida, materializada no recebimento de valores dos recadastrados, sem que antes tivesse sido solicitado tal atendimento ou houvesse, de fato, moléstia grave ou impossibilidade de locomoção por parte dos pensionistas. Melhor dizendo, ao seu alvedrio, sem autorização da chefia e sem observar os requisitos para que a visita domiciliar tivesse respaldo, segundo as normas técnicas que regem o assunto (vide orientações à fl. 57 do Apenso 1), premeditadamente, o acusado ia ao encontro dos recadastrados e deles recebia pretensas "colaborações" para custear a gasolina utilizada no trajeto.

Embora o réu negue, peremptoriamente, os fatos a si imputados (interrogatório de fls. 64/65), a vasta prova testemunhal caminha em uníssono para atribuir-lhe a autoria de repetidos atos de corrupção, numa dinâmica de contumácia, ao sabor da impunidade que até aquele momento não lhe causava receio ou aflição. Vejamos como foi narrado o comportamento duvidoso do ex-SO WILLIAMS:

I. Termo de oitiva da testemunha ROSÂNGELA MELO DE ALBUQUERQUE, arrolada pelo MPM (fls. 50/51):

> [...] que o seu pai é Cabo da Reserva da Marinha do Brasil; que o pai da declarante Bartolomeu sofre de demência; que o recadastramento anual é feito na CPPE; que o SO Williams ofereceu para fazer o cadastramento domiciliar do CB Bartolomeu; que, em 2014, o SO Williams fez o recadastramento no domicilio da declarante; que o SO Williams solicitou a declarante a quantia de RS 100,00 alegando ser para ajuda de custo de combustível; que a declarante não chegou a pagar a quantia, pois não foi informada sobre a necessidade desse pagamento e estava desprevenida; que a declarante tinha R$ 5,00, no momento, mas o SO Williams não aceitou; que o SO Williams disse que a declarante poderia ir na CPPE em outro momento e levar o dinheiro; que o SO Williams efetivou o recadastramento de seu pai; que a declarante disse ao Sub Oficial que RS 100,00 era um valor alto, tendo o réu baixado para RS 30,00, quantia essa que a declarante pagou ao mesmo na CPPE; que não teve mais contato com o acusado e os demais cadastramentos foram realizados na CPPE; que o cadastramento de 2013 foi feito na CPPE; que devido o quadro de seu pai o cadastramento é feito na CPPE, tendo a

> declarante como acompanhante; que aceitou o cadastramento domiciliar oferecido pelo SO Williams, porque o graduado disse que agora estava sendo feito assim; que soube que o cadastramento não passou a ser feito da maneira informada pelo SO Williams, quando conversou na ouvidoria do HNRe com a servidora IRENE; que: ninguém presenciou a entrega dos R$ 30,00 na CPPE; que a entrega do dinheiro foi no balcão de atendimento, mas ninguém, percebeu; que não se recorda quem estava ao lado no balcão quando entregou o dinheiro. (destaquei).

II. Termo de oitiva da testemunha FLAVIA ORENGO DE ANDRADE LIMA, arrolada pelo MPM (fl. 52):

> [...] que, desde 2013, o pai da declarante, ex-militar, vive em regime domiciliar *home care*, devido ao estágio de Alzheimer; que, até 2012, o recadastramento do Sr. José de Andrade Lima era feito no HNRe; que, a partir de 2013, o recadastramento passou a ser feito domiciliar; que, na época do recadastramento de seu pai em 2013, a declarante compareceu com a documentação na CPPE, sendo atendida pelo SO Williams; que o seu pai já se enquadrava na hipótese de recadastramento domiciliar; que o SO Williams disse que precisaria de uma ajuda de custo no valor R$ 50,00 para cobrir o gasto com combustível, devido a indisponibilidade de viaturas; que a declarante não tinha R$ 50,00, mas pagou RS 30,00 ao Suboficial; que o SO Williams chegou a ir em sua casa e fez o recadastramento; que depois recebeu uma carta da Marinha do Rio de Janeiro, cobrando o recadastramento de seu genitor, tendo a declarante informado ao Oficial Nogueira que tinha inclusive pago para o SO Williams fazer o recadastramento em sua casa; que a declarante não estranhou a cobrança do valor, pois achava que era uma prática normal; que, em 2012, pegou uma declaração no HNRe de que seu pai estava acamado e levou na CPPE; que o SO Williams foi sozinho na sua casa em 2013 fazer o recadastramento; que o SO Williams ficava numa sala sozinho e, por isso, não havia ninguém quando solicitou os RS 50,00; que nunca tomou conhecimento de problemas no sistema de recadastramento; que o SO Williams tratou a declarante cordialmente, mas aparentou descontentamento quando a declarante disse só ter RS 30,00. (destaquei).

III. Termo de oitiva da testemunha ROSEMIRO BARBOSA DA SILVA, arrolada pelo MPM (fl. 53):

> [...] que o irmão do declarante, Ronaldo Barbosa da Silva, é deficiente mental e, por isso, é pensionista do pai do declarante falecido em 2003; que conheceu o SO Williams em 2014; que o declarante recebeu uma ligação do SO Williams; que o declarante é curador de seu irmão e o acompanha nos recadastramento

> anuais, feitos na época do aniversário de Ronaldo (abril); que o SO Williams, pelo telefone, perguntou se o declarante já havia realizado o recadastramento, tendo o declarante respondido que não, mas que estava próximo de fazê-lo; que o SO Williams perguntou se o declarante sabia que o recadastramento poderia ser feito em casa, tendo o declarante dito que não; que o SO Williams ofereceu para fazer o recadastramento em casa, mas perguntou se poderia ajudar na gasolina, tendo o declarante dito que sim; que, no dia que o Sub Oficial compareceu em sua residência e fez o recadastramento, o declarante deu R$ 20,00 como ressarcimento da gasolina; que o SO Williams disse que era pouco, pois morava longe, ocasião que o declarante pagou mais R$ 20,00; que a esposa do declarante Maria Luziane estava na sala ao lado e escutou tudo, tendo achado estranho; que comentou com o declarante, após o Suboficial ter saído de sua casa; que nos outros recadastramentos o declarante levou seu irmão até a CPPE; que não viu em qual carro o SO Williams chegou na sua casa. (destaquei).

IV. Termo de oitiva da testemunha EVANGELISTA BARRETO DUARTE SILVA, arrolada pelo MPM (fls. 54/55):

> [...] que, em razão de um AVC, o marido da declarante ficou acamado por cerca de 6 anos; que nos 10 anos que se sucederam do AVC o recadastramento era feito na CPPE, sendo que a declarante acompanhava seu marido até o setor de inativos; que, em 2013 e 2014, o SO Williams fez o recadastramento de seu marido em casa; que, em 2012, fez o recadastramento de seu marido com outro militar na CPPE; que foi constatada a dificuldade que a declarante teve de levá-lo até a CPPE, tendo sido informada que, no ano seguinte, o recadastramento poderia ser feito na sua casa; que o funcionário da CPPE não citou que a declarante teria que pagar qualquer valor para o recadastramento domiciliar; que disse que apenas bastaria, na época, ligar e solicitar a visita em sua casa; que, na época do recadastramento, ligou para a CPPE, sendo informada que iria um suboficial até a sua residência; que foi o SO Williams recadastrar o seu marido; que, no final, o acusado lhe pediu R$ 50,00, tendo a declarante pago a quantia; que o acusado não disse a que título seria aquele pagamento, nem a declarante perguntou, pois estava mais preocupada com o recadastramento de seu marido; que, no ano seguinte, em 2014, a declarante ligou novamente para a CPPE, na época do recadastramento; que novamente compareceu na sua residência o SO Williams e efetivou o recadastramento; que, no final, o acusado disse que gastava muita gasolina e pediu o dinheiro da gasolina; que a declarante tirou R$ 50,00, como no ano anterior, tendo o SO Williams dito que aquele preço era o do

> ano passado e que desse mais R$ 20,00; que a declarante não tinha o dinheiro na hora, tendo o acusado solicitado que levasse até a CPPE; que chegou a comparecer na CPPE, mas como o SO Williams não estava não deixou o dinheiro e nem voltou até lá; que seu marido faleceu em fevereiro de 2015 e, por isso, não precisou recadastrá-lo naquele ano; que a declarante, como pensionista, comparece, anualmente, na CPPE para o seu recadastramento; que, até 2012, não tinha conhecimento de que poderia haver o recadastramento domiciliar; que, nos anos de 2013 e 2014, quando ligou para agendar o recadastramento domiciliar não lhe foi solicitado nenhum laudo médico da condição de seu marido; que não passou pela cabeça da declarante deixar os R$ 20,00 com outro militar, pois o Suboficial pediu que entregasse a ele; que o acusado não comentou em que carro foi fazer a diligência na residência da declarante; que como a declarante mora em apartamento não observou em que carro o acusado foi até a sua residência. (destaquei).

V. Termo de oitiva da testemunha CT (Ref-A) LUIZ SILVÉRIO SOUSA FILHO, arrolada pelo MPM (fls. 56/57):

> [...] que o declarante trabalha na Seção de Inativos e Pensionistas (SIP) da CPPE, desde 2003; que, em 2013, a Sra Irene, da Ouvidoria do HNRe, telefonou para o declarante e informou que a Sra Rosângela havia feito uma denúncia de que o SO Williams teria feito um recadastramento domiciliar em sua residência e teria cobrado a importância de RS 50,00; que a declarante só tinha R$ 5,00 e que não tinha sido informada que esse serviço seria pago; que acertou com o SO Williams a importância de RS 30,00 e durante a semana, após o recadastramento levou o dinheiro para o acusado na CPPE; que, a partir daí, o declarante levou ao conhecimento de seu Superior e foi aberta uma Sindicância, inicialmente; que a denúncia feita por Irene foi em 2014, uma vez que o SO Williams já tinha ligado para a residência da Sra. Rosângela dizendo que já estava na época de renovar o recadastramento; que, quando recebeu a denúncia, o SO Williams não estava na CPPE, mas o declarante sempre deixou claro que não aceitaria qualquer denúncia envolvendo dinheiro e levaria ao conhecimento do Comando para as providências; que o recadastramento da Sra. Rosângela foi realizado no final de semana; que, quando o declarante recebeu a denúncia por escrito, participou o fato ao SO Williams, que negou os fatos denunciados, tendo chorado e ressaltado que já trabalhou com Oficial General quatro estrelas, nunca tendo qualquer registro que desabonasse a sua conduta; que todos os servidores da SIP possuem senha para recadastramento; que, de posse de uma declaração médica apresentada pelo responsável do recadastrando, é que é feita o agendamento para a visita domiciliar; que o SO Williams trabalhou

> no recadastramento de 2011 a 2014; que os recadastramento domiciliares, que realmente necessitam, são poucos e variam de dois a sete ao mês; que fez um levantamento, após as denúncias, dos recadastramentos realizados pelo Sub Oficial entre 2011 e 2014, chegando a um número aproximado de 200 e que, grande parte deles, eram cadastramentos "em domicílio"; que o recadastramento "domiciliar", diferente do "em domicílio", necessita do preenchimento de um formulário próprio, além de declaração médica; que, na maioria dos recadastramentos "em domicilio" realizados pelo SO Williams, não havia a juntada da documentação pertinente; que não há a modalidade de recadastramento "em domicílio" e sim a "domiciliar"; que a denúncia de pagamento de quantias em dinheiro e a realização de recadastramento "em domicílio" por parte do SO Williams só chegou ao conhecimento da Administração após a denúncia da ouvidoria do Hospital; que não há registro de falhas ou inconsistências no sistema. (destaquei).

VI. Termo de oitiva da testemunha GLORIS MARIA DE OLIVEIRA BENEVIDES, arrolada pelo MPM (fls. 86/87):

> [...] Lembra-se que um militar foi até a casa do seu pai, mas não se lembra da fisionomia. O objetivo era fazer a verificação sobre a Pensão Militar, porque o seu pai estava debilitado e com dificuldades para ir até a Capitania dos Portos de Pernambuco, em Recife. Inicialmente, a declarante ligou para a Capitania e informou as dificuldades do comparecimento de seu Pai. Após alguns dias, um militar retornou a ligação e oportunizou a possibilidade de ir até a sua residência para fazer a verificação. Não se recorda do nome do militar que ligou. Ele solicitou apenas uma ajuda para pagar a gasolina, sem determinar o valor. Deixou cerca de R$ 50,00 para que a cuidadora de seu pai entregasse ao militar verificador. A referida quantia foi entregue ao militar; que a visita do verificador aconteceu por cerca de duas vezes. Em uma delas, a declarante entregou pessoalmente o dinheiro. Na outra, o dinheiro foi entregue pela cuidadora; que esta informou à declarante, após realizar o pagamento. Recorda-se que tais visitas ocorreram provavelmente em 2012/2013. O militar não exigiu o dinheiro; como seria mais cômodo para a declarante e seu pai, ela concordou com a solicitação. Para a declarante, o recadastramento foi feito normalmente, sendo a documentação assinada e a pensão continuou sendo paga. (destaquei).

Percebe-se, a toda evidência, que os depoimentos se coadunam e são assaz esclarecedores, na medida em que trazem informações objetivas e convergentes quanto ao *modus operandi* do infrator. Melhor dizendo: ele não antecipava a necessidade de custeio de sua ida à residência dos beneficiários

previdenciários da Marinha do Brasil, mas surpreendia seus destinatários com tal necessidade, a pretexto de usar automóvel próprio e não da Força.

Em resumo, ao final de suas investidas desleais sobre os necessitados, o autor do delito conseguiu recolher o montante total de R$ 1.865,00 (um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais), conforme demonstra o detalhamento das planilhas juntadas às fls. 905/909 do Apenso 5 dos autos.

Quanto à repercussão negativa na Administração Militar, sabe-se que resultou na dispensa do SO WILLIAMS ALVES DE SOUZA da Seção de Inativos, Pensionistas e Reservistas na Capitania dos Portos de Pernambuco, segundo consta a Portaria nº 433 (fl. 911 do Apenso 5), no interesse da Administração Naval, a partir de setembro de 2014.

Percebe-se, sem esforço, que a reprovabilidade do comportamento desponta inegável e de elevada gravidade, em virtude de comprometer a idoneidade da Marinha do Brasil. Acima do profissional das armas, tem uma imagem maior a ser zelada, pela imagem de credibilidade que historicamente as Forças Armadas ostentam para a sociedade brasileira. Desse modo, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da moralidade administrativa, caberia ao SO WILLIAMS, servidor público que é, recusar qualquer vantagem ou favorecimento pelo ato de ofício que executou. Do contrário, converterá seu receber em vantagem indevida, destoando da necessária gratuidade do serviço por ele prestado.

Ainda que a defesa se dedique a fundamentar a atipicidade da conduta em face da ausência da ação "solicitar" na norma incriminadora do art. 308 do CPM, o referido tipo penal prevê textualmente a ação de "receber" vantagem que se sabia não ser devida, e foi isso de fato o que aconteceu. Portanto, o sentido da proibição foi suficientemente claro para o apelado: ele não poderia ter anuído com o recebimento, ou tomado posse, ou tomado para si quantia alguma que lhe fosse dada pela prestação de um serviço ao qual estava obrigado a realizar de forma gratuita. Em resumo, era-lhe exigida conduta diversa daquela adotada, o que acentua a censurabilidade da ação.

Com efeito, mesmo que não houvesse prévio acordo, no momento em que não se recusa a oferta e a recebe, emerge o elemento subjetivo de locupletar-se, em face da função que exerce, de vantagem indevida, eis que, reprise-se, não havia nenhum ônus para os pensionistas atendidos.

Assim, não remanescem dúvidas da contrariedade da conduta imputada ao acusado frente ao tipo penal incriminador emoldurado no art. 308 do Código Penal Militar, que assim dispõe: "Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem".

A consumação delitiva atingiu sua completude, bastando para tanto o recebimento indevido de vantagem por parte do agente público, independentemente da intenção de quem ofereceu a benesse, uma vez que o pagador da propina pode desconhecer tratar-se de um ato ilegal, como de fato ocorreu no caso em tela.

Não há, necessariamente, que haver corruptor para haver corrupto. A previsão da hipótese fática prevista no tipo penal do art. 308 do CPM dispensa a bilateralidade. Vejamos precedente do Superior Tribunal de Justiça quanto a isso:

> O delito de corrupção é unilateral, tanto que legalmente existem duas formas autônomas, conforme a qualidade do agente. A existência de crime de corrupção passiva não pressupõe, necessariamente, o de corrução ativa. (STJ. Ap. 224/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26/4/2004).

Para corroborar o entendimento que esposamos, trago à colação julgado elucidativo da Suprema Corte em que figura no polo passivo réu militar:

> Habeas Corpus. Corrupção Passiva. Abolitio Criminis. No caso, paciente, como se vê no Acórdão Prolatado em Apelação, foi condenado também por receber vantagem indevida [...]. 1. Embora na ementa do acórdão que, em apelação, condenou o ora paciente pelo crime de corrupção passiva, declarando, em seguida, a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo de prescrição, aluda apenas a solicitar, o certo é que, do teor do acórdão, ressalta nítido que foi ele condenado também pelo fato de receber vantagem indevida [...]. Ao incursionar a um das peças acima citadas, o que se faz pela ilustração, demonstra-se que o aresto condenatório direcionou a resposta penal também à modalidade ilícita do RECEBIMENTO [...] inúmeros outros depoimentos colacionados pelo v. Acórdão apontam, o seu bojo, que o réu foi condenado pelo fato de RECEBER vantagem ilícita embora isso não faça referência a ementa. [...][135]. (destaquei).

Da leitura da sentença, extrai-se que foi invocado o princípio da proporcionalidade para fundamentar a absolvição, sendo considerados "agrados de pouca monta" os valores recebidos pelo autor do fato, a merecer reprimenda apenas na esfera administrativo-disciplinar. Segundo votação unânime do Conselho de Justiça, eventual condenação "[...] resultaria numa sanção penal muito além da razoabilidade e da proporcionalidade que regem a aplicação do instrumento coativo mais forte do Estado, mesmo que fosse levado em conta a pena mínima".

[135] STF. Primeira Turma. HC nº 65.362. Publicação: 16/10/1987. Relator: Min. Moreira Alves.

A meu sentir, a jurisdição do colegiado carece de reparos, por não aquilatar a real gravidade do fato, em todos os seus visíveis contornos de ilicitude, para, ao fim, deixá-lo sem a devida resposta penal.

Sabe-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal que tipifica a corrupção passiva é a ordem administrativa militar num de seus aspectos mais relevantes: a moralidade norteadora do regular funcionamento da administração militar. No caso, percebe-se que o desvalor da conduta foi além do desfalque patrimonial impingido às famílias dos favorecidos previdenciários junto à Força. Atingiu, de modo irreparável, a moralidade do serviço público e a fama da Marinha do Brasil, sendo que um ato abusivo de cobrança de propina, tal como apurado, por configurar desvio de finalidade no exercício da função pública, deve receber punição correspondente à extensão do dano provocado.

Portanto, o fato é típico nos contornos definidos pelo legislador penal, e é patente a culpabilidade do agente, diante da exigibilidade de adotar outra conduta, diferentemente do modo corrupto como procedeu.

Na fixação da pena privativa de liberdade, a partir da análise das circunstâncias judiciais contempladas no art. 69 do CPM, tem-se que o ex-militar não ostenta antecedentes criminais (fls. 5, 6, 21, 116, 117 e 122) e os demais critérios não lhe são desabonadores, motivo pelo qual inexiste fator de aumento do *quantum* da pena-base nesta etapa.

A aferição das circunstâncias atenuantes e agravantes também não permite fazer flutuar a sanção penal para além do mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase do cômputo da pena, tendo em vista que a pena-base cominada ao delito de corrupção passiva inicia-se no patamar de 2 (dois) anos de reclusão, há de se reconhecer em favor do réu uma "minorante inominada" lastreada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de tornar a resposta penal mais justa, adequada e compatível com o ato ilícito apurado.

Firme nesse entendimento, a fim de evitar penalidade desproporcional ao mal praticado, mormente em se considerando que a vantagem indevida auferida pelo acusado alcançou o montante de R$ 1.865,00 (um mil, oitocentos e sessenta e cinco reais) – fls. 905/909 do Apenso 5, e esse valor seria menor caso computasse os gastos com combustível e desgaste do veículo do Imputado, há de ser reconhecida a minorante, no patamar de 2/3 (dois terços), o que resulta em 8 (oito) meses de pena privativa de liberdade.

Em casos semelhantes, nos quais civis cometeram delitos militares, esta Corte Superior Castrense já confirmou a possibilidade de aplicação da referida

minorante como forma de adequar a sanção mínima com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme os fragmentos das ementas a seguir:

> [...] A aplicação de minorante inominada deve ser adotada, atenta as peculiaridades de cada feito, somente diante de situações excepcionais em que seja evidente a desproporcionalidade entre a conduta e a sanção atribuída ao acusado, de forma a promover a justiça ao caso concreto [...] (STM – Embargos 53-51.2012.7.03. 0303/DF. **Relator Ministro Carlos Augusto de Sousa**. DJe 5/4/2016).

Ainda nesse sentido:

> [...] A pena de 3 anos de reclusão (mínima prevista para o delito do art. 158 do CPM), no caso em voga, fere veementemente a proporcionalidade, bem como a finalidade da pena, motivo pelo qual entende-se como sendo necessária e adequada a adoção de uma "minorante inominada", no patamar de 1/3 (um terço) [...] (STM – Apelação 52-03.2012.7.06.0006 (2)/BA. **Relator Ministro Alvaro Luiz Pinto**. DJe 2/9/2015).

No entanto, em acréscimo, pesa em desfavor do acusado a causa especial de aumento de pena referente à prática delitiva na forma de continuidade delitiva, tendo em vista a repetição de atos ilícitos, de mesma espécie, com semelhança de lugar, tempo e modo de execução.

Aplica-se, no caso, o art. 71 do Código Penal Brasileiro (CP), visto que é norma mais benéfica ao acusado em face da legislação castrense, com fração de 2/3 (dois terços) de agravação da reprimenda penal. Portanto, aplicada a retrocitada minorante e, em seguida, promovendo-se a elevação da pena por se tratar de crime continuado, atinge-se a pena final de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo ministerial, para cassar a sentença absolutória combatida e condenar o SO Refm Mar WILLIAMS ALVES DE SOUZA, como incurso no artigo 308 do Código Penal Militar, c/c o artigo 71, *caput*, do CP, à pena de 1 (um) ano, 1 (mês) e 10 (dez) dias de reclusão, com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, e 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. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo ministerial, para cassar a sentença absolutória combatida e condenar o SO Refm Mar Williams Alves de Souza, como incurso no artigo 308 do Código Penal Militar, c/c o artigo 71, *caput*, do CP, à pena de 1 (um) ano, 1 (mês) e 10 (dez) dias de reclusão, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o

regime prisional inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, e o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 13 de março de 2018 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 7000096-10.2017.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Manoel Jacó de Morais.

Advogado: Dr. José Moraes Neto.

EMENTA

APELAÇÃO. *PARQUET MILICEN*. ARTS. 311 e 315 DO CPM. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE DEMONSTRADAS. POSTULADO DA CONSUNÇÃO. APLICAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA COMETIDA E A PENA A SER APLICADA. MINORANTE INOMINADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REFORMA DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO. MAIORIA.

Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade do Réu. A primeira se infere pela sua confissão judicial, corroborada com a prova testemunhal. A segunda pelo laudo pericial definitivo que conclui que a cópia do certificado apresentada não foi obtida do documento original. Ausentes quaisquer causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, impõe-se a condenação do Acusado.

Aplica-se, como *in casu*, o postulado da consunção quando a falsificação é produzida e utilizada pelo próprio acusado para um único fim, considerando-se, dessa forma, o uso do documento adulterado mero exaurimento do falso em si.

Deve ser aplicada, quando do cálculo da pena, na terceira fase da dosimetria, uma minorante inominada nos casos em que se comprovar uma flagrante desproporcionalidade entre a conduta típica cometida e a sanção a ela cominada pela lei penal, conforme orientam os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Provido o recurso ministerial. Reformada a Sentença.

Decisão por maioria.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu do Apelo ministerial e lhe deu provimento, para reformar a Sentença e condenar o Civil Manoel Jacó de Morais à pena de 8 (oito) meses de detenção, como incurso no art. 311 do CPM, concedendo-lhe o benefício do ***sursis*** pelo prazo

de 2 (dois) anos, nas condições fixadas no Acórdão, com o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade, nos termos do voto do Relator Ministro Alvaro Luiz Pinto. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira negava provimento ao Recurso e mantinha na íntegra a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, e fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/6/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo *Parquet Milicen* em face da absolvição do civil MANOEL JACÓ DE MORAES dos crimes listados nos arts. 311 (Falsificação de documento) e 315 (Uso de documento falso) do CPM.

Narra a Exordial Acusatória:

> (...)
>
> Narram os autos que, no início do ano de 2016, o denunciado falsificou e apresentou ao 1º Batalhão de Engenharia de Construção em Caicó-RN, a fotocópia autenticada de um certificado falso de aferição de tanque do caminhão pipa de Placa MMS 2413/PB, supostamente emitido pela CAGEPA – Companhia de Água e Esgotos da Paraíba –, para se credenciar à prestação de serviços de coleta, transporte e distribuição de água potável, no âmbito da Operação Pipa, na região do Município do Equador-RN (fls. 28/40).
>
> Utilizando-se desse documento falso, o denunciado firmou o Termo de Credenciamento nº 189/2016 com o 1º BEC, em 01 de março de 2016, para servir à Operação Pipa, no período de 01/03/2016 a 30/11/2016, conduzindo um caminhão de 12.000 (doze mil litros). Os serviços foram estimados, em 14.000,00 (catorze mil reais) (fls. 30/40).
>
> A fraude foi descoberta a partir da constatação do Coordenador da Operação Carro Pipa no 1º BEC, 1º Tenente James Bonfim de Paula, de que havia discrepâncias nas assinaturas dos documentos apresentados pelos pipeiros, por ocasião do credenciamento, em março de 2016, para participar da Operação Pipa. Com efeito, o 1º Ten Bonfim, percebeu divergências evidentes nas assinaturas atribuídas a mesma pessoa, apostas nos atestados de aferição apresentados pelos pipeiros. Imediatamente, foi designada uma equipe de fiscalização para checar a autenticidade dos

documentos junto a cada um dos órgãos apontados como responsáveis pela aferição.

(...)

Assim, constatou-se que a fotocópia autenticada do certificado de aferição, (...), era um documento falso, pois atestava que o caminhão pipa de placa MMS 2413/PB, a ser conduzido pelo Sr. Manoel Jacó de Morais possuía um tanque com capacidade de 12.000 (doze mil litros) (fl. 28).

(...)

Contudo, para se habilitar à Operação Pipa com caminhão de capacidade maior, de 12.000 litros, o denunciado modificou a capacidade informada no documento original de 10.000 litros para 12.000 litros, e manteve os demais dados informados pela CAGEPA. Em seguida, retirou fotocópia do documento adulterado, como se fosse o original, e a autenticou. Então, apresentou a fotocópia autenticada do documento falso para o 1º BEC, para se credenciar como pipeiro.

Apurou-se que, antes de iniciar o serviço contratado pelo 1º BEC, comprou outro tanque para o caminhão pipa, com capacidade de 12.000 (doze mil litros).

Assim, a conduta não provocou prejuízo financeiro à Administração Militar, porquanto os serviços foram prestados pelo denunciado em um caminhão com tanque de capacidade igual à descrita no termo de credenciamento (12.000 litros).

(...).

No Inquérito Policial Militar nº 205-64, lavrado no 1º Batalhão de Engenharia de Construção, situado em Caicó/RN, destacam-se as seguintes peças principais: cópia do certificado falsificado e da sua versão original; cópia do relatório da operação e da planilha de controle dos certificados emitidos pelos órgãos aferidores dos caminhões; lista de comunidades a serem abastecidas pelo denunciado com o nome do manancial de abastecimento; Termo de Credenciamento nº 189, datado de 1º/3/2016, junto ao 1º BEC; cópia do certificado original, da CAGEPA, datado de 27/3/2015, sobre a capacidade do caminhão do Réu; e certificado emitido pela CAERN em 1º/7/2016, atestando a capacidade do caminhão do Réu como sendo de 12.000 (doze mil) litros.

A Denúncia foi recebida em 14 de março de 2017.

Consta nos autos o Laudo de Perícia Criminal Federal nº 829/2016 – SETEC/SR/PF/RN, datado 14 de dezembro de 2016, exarado pelo Setor Técnico-Científico da Superintendência Regional no Estado do Rio Grande no Norte, cuja conclusão atestou que o documento em forma de cópia não foi obtido por meio de fotocópia do documento original apresentado.

A oitiva judicial do Réu se deu conforme o art. 400 do CPP comum.

Devidamente citado, qualificado e interrogado, o Civil declarou, em resumo:

> (...) que o caminhão é o mesmo; que não mudou o caminhão; que quando foi fazer a aferição, fez do caminhão de dez mil litros; que precisou de dinheiro e vendeu o tanque a outro motorista, pois precisava de dinheiro e fez outro tanque de doze mil litros; que como o tempo era curto, não deu tempo de ir até João Pessoa/PB para fazer nova aferição do caminhão; que por conta própria alterou o documento; que foi chamado no quartel para esclarecer sobre o tanque do seu caminhão e que nessa ocasião já estava com a documentação em ordem, tendo entregado a mesma ao tenente; que sabe que errou quanto à alteração do documento, mas que não houve roubo por parte do caminhão; que hoje, quando eles registram o caminhão na CAGEPA, eles lacram o tanque; que à época dos fatos isso não era feito; que o tanque do seu caminhão foi lacrado pelo quartel; que o referido lacre permanece no seu caminhão até hoje; que foi parado várias vezes na estrada e nunca se escondeu pois o lacre do quartel está lá até hoje e o lacre do órgão do Rio Grande do Norte também está lá; que não houve roubo de água, porque sempre foi usado o caminhão de doze mil litros; que o primeiro lacre que foi colocado no seu caminhão foi colocado pelo quartel; (...); que possui toda documentação do novo aferimento e já apresentou no quartel; que inclusive o pagamento que o quartel fez a ele foi todo em cima dos doze mil litros; que o motivo que o levou a adulterar o documento foi o prazo, porque para fazer o aferimento em João Pessoa/PB, precisa marcar com pelo menos quinze dias de antecedência, e não daria tempo de fazer o credenciamento; que ele mesmo teve a ideia de fazer esse documento; que reconhece que isso foi a coisa mais errada que fez na vida; e que o fez porque estava precisando trabalhar; que não teve intenção de lesar o Exército; que não lembra quando comprou o novo tanque; que não possui recibo porque à época não davam documento; (...).

O MPM arrolou como testemunhas o 1º Ten Ex JAMES BONFIM DE PAULA e o civil GERALDO MAGELA LIMA VIEIRA.

O oficial declarou, em síntese:

> (...) que foi ele quem se atentou para o falso ao observar a assinatura do documento apresentado pelo Réu; que foi obtido o original e feita a comparação, momento em que se verificou a diferença da quantidade de litros nos dois documentos e que não sabe se o Réu, durante o inquérito, apresentou qualquer documentação referente ao caminhão; que não houve alteração no lacre do tanque do caminhão; que percebeu que as assinaturas da CAGEPE eram diferentes nos dois documentos, mas, nesse momento, não no tocante à quantidade de litros; que a diferença do tamanho do tanque somente foi observada quando o documento original da empresa de água foi obtido; que há conferência por parte de uma equipe, Equipe de Manancial da inviolabilidade do lacre; (...).

O civil, no seu depoimento, disse que não é verdadeira a assinatura constante na cópia autenticada apresentada ao Exército pelo Réu e que reconhece a assinatura do documento original da Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba.

As testemunhas arroladas pela Defesa foram os Srs. REGINALDO SILVA, AMADEU PEREIRA DE LIMA (ouvido como informante por ser genro do Acusado) e JEEKLSYANO RODRIGUES DE LIMA. Nas suas oitivas todos confirmaram ter tido ciência do ocorrido pelo próprio Acusado e que houve, de fato, a alteração no documento, entretanto afirmaram que, quando o serviço começou a ser prestado pelo Sr. MANOEL JACÓ, o tanque de 10.000 (dez mil) litros já tinha sido substituído por um com capacidade de 12.000 (doze mil) litros.

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu.

Na mesma fase processual, a Defesa solicitou que fosse vistoriado o caminhão pertencente ao Acusado, com a identificação do lacre nele constante, de modo a verificar se seria o mesmo colocado pelo Exército.

Foi acostado ao processo o Laudo pericial realizado em 14 de junho de 2017, que registra: "(...) que os lacres encontram-se inviolados e correspondem exatamente aos que foram implantados pela Coordenação da Operação Pipa por ocasião do início da vigência do Termo de Credenciamento Nr 189/2016. (...)". O documento foi exarado pelo 1º Batalhão de Engenharia de Construção do Exército Brasileiro.

Nas suas Alegações Escritas, o *Parquet* das Armas, entendendo que o Acusado realizou integralmente as condutas típicas listadas nos arts. 311 e 315 do CPM, pugnou pela sua condenação.

Por sua vez, a Defesa, também em Alegações Finais, argumentando que a conduta perpetrada pelo Apelado não causou nenhum dano à Administração Militar, pugnou pela sua absolvição nos termos do art. 439, alínea "d", do CPPM.

Ficou designada a data de 26 de setembro de 2017 para a realização da audiência de julgamento do feito.

Em alegações orais, o *Parquet* Militar, ratificando as suas Alegações Finais, requereu a condenação do Réu.

Dada a palavra à Defesa, esta também corroborou as suas Alegações Escritas para requerer a absolvição do Acusado.

Não houve réplica.

Decidiu então o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos, julgar improcedente a Denúncia e absolver o Civil com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, ou seja, por não constituir o fato infração penal.

A Sentença foi lida, publicada e assinada em 26 de setembro de 2017.

Irresignado com o *Decisum*, o Órgão de Acusação interpôs, em 3 de outubro de 2017, o presente Recurso.

Nas suas Razões, requer a reforma da Decisão prolatada. Para tanto, alega existir contradição na sua fundamentação, uma vez que nela se reconhece a autoria e a materialidade da falsificação, ao passo que a absolvição do Apelado foi assentada na alínea "b" do art. 439 do CPPM (por não constituir o fato infração penal).

Argumenta que o *Decisum* "(...) parte da incorreta premissa de que a tipicidade penal dos delitos de falsidade documental pressupõe haver prejuízo efetivo à Administração Militar (...)". Sob a ótica do *Parquet* das Armas, por serem os crimes de falso de natureza formal e de perigo abstrato, eles se delineiam por completo a partir do momento em que passam a ter potencialidade de lesionar o bem jurídico tutelado pela norma. Para o Órgão de Acusação, o Juízo de Primeira Instância terminou por confundir potencialidade com ofensa.

Ao final, requer a reforma da Sentença de modo que seja condenado o Sr. MANOEL JACÓ DE MORAES como incurso nos delitos listados nos arts. 311 e 315 do CPM.

Contrarrazoando a Apelação, a Defesa, utilizando-se da mesma tese desde as alegações escritas, qual seja, que a conduta perpetrada não causou dano à Administração Militar, pugna pela manutenção, *in totum*, da Decisão recorrida.

A douta PGJM, no Parecer subscrito pelo Vice-Procurador-Geral, Dr. ROBERTO COUTINHO, opina pelo provimento do recurso de Apelação.

Destaca-se o seguinte trecho do Parecer, *in verbis*:

> (...)
>
> Conforme observado na sentença absolutória, que se diga de passagem contrária à prova dos autos, não há qualquer dúvida da autoria delitiva.
>
> A absolvição com fundamento no art. 439, "b", do CPPM não faz coro à doutrina e jurisprudência dominante, pois o fato praticado pelo acusado é típico, antijurídico e culpável.
>
> Portanto, ainda que se admita a inocorrência de prejuízo ao erário, o crime praticado e conforme praticado, carece de reprimenda.
>
> (...)

> As provas colhidas na instrução criminal aliadas às produzidas no IPM, permitem concluir que o acusado, de modo voluntário e consciente, adulterou documento público apresentado ao Exército Brasileiro, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> (...)
>
> A conduta ilícita perpetrada pelo acusado se consumou no instante em que adulterou o documento com o objetivo de apresenta-lo na OM, para, desta forma, manter-se na atividade de pipeiro. O dolo reside na vontade consciente de falsificar documento público, e o agir causou evidente prejuízo à necessária fidedignidade dos documentos emitidos por órgãos da administração pública.
>
> (...)
>
> Destarte, incide o princípio da consunção. No entanto, o *falsum* perpetrado restou caracterizado e por este deve ser apenado criminalmente.
>
> (...).

É o Relatório.

VOTO

Devidamente atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente Recurso.

Insurge-se o *Parquet Milicen* contra a absolvição do civil MANOEL JACÓ DE MORAES dos crimes listados nos arts. 311 (Falsificação de documento) e 315 (Uso de documento falso) do CPM.

O Apelado foi denunciado por ter falsificado o certificado de aferição de tanque de um caminhão-pipa a fim de se habilitar a prestar serviços de coleta, transporte e distribuição de água potável em uma operação de abastecimento de água. Utilizando-se do documento falso, foi credenciado pelo Exército Brasileiro para conduzir um veículo com capacidade de 12.000 (doze mil) litros, sendo que o tanque do caminhão de sua propriedade possuía, inicialmente, a capacidade de 10.000 (dez mil) litros.

A autoria está comprovada pela confissão do Acusado e pelas provas testemunhais. No seu interrogatório judicial, o Sr. JACÓ admitiu a falsificação com o intuito de se habilitar na Operação Pipa.

As testemunhas, por sua vez, confirmam o crime, seja atentando para a diferença nas assinaturas constantes nos documentos; não reconhecendo como sua a assinatura da cópia do certificado; seja, ainda, afirmando ter tido notícia do ocorrido pelo próprio Civil.

A materialidade também está cristalinamente demonstrada através do Laudo Pericial Definitivo nº 829/2016 – SETEC/SR/PF/RN, de 14 de dezembro

de 2016, exarado pelo Setor Técnico-Científico da Superintendência Regional no Estado do Rio Grande no Norte, que conclui que o documento em forma de cópia não foi obtido por meio de fotocópia do documento original apresentado.

Não exsurgem dos autos quaisquer causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

No tocante ao princípio da consunção aplicado ao caso *sub examine*, não merece qualquer reparo a Decisão. Conforme sedimentado pela jurisprudência do STF – e também pela desta Corte –, nos casos em que a falsificação é produzida pelo próprio acusado, o uso posterior do documento por ele adulterado nada mais é do que o mero exaurimento do primeiro ilícito perpetrado, devendo, desse modo, este ser absorvido por aquele.

Com esse entendimento, cita-se o HC nº 84.533/MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado pela 2ª Turma do STF em 14/9/2004, *in verbis*:

> HABEAS CORPUS – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – FATO DELITUOSO, QUE, ISOLADAMENTE CONSIDERADO, NÃO OFENDE BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO FEDERAL, DE SUAS AUTARQUIAS OU DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL – RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 297 DO CP – USO POSTERIOR, PERANTE REPARTIÇÃO FEDERAL, PELO PRÓPRIO AUTOR DA FALSIFICAÇÃO, DO DOCUMENTO POR ELE MESMO FALSIFICADO – "POST FACTUM" NÃO PUNÍVEL – CONSEQUENTE FALTA DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, CONSIDERADO O CARÁTER IMPUNÍVEL DO USO POSTERIOR, PELO FALSIFICADOR, DO DOCUMENTO POR ELE PRÓPRIO FORJADO – ABSORÇÃO, EM TAL HIPÓTESE, DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO (CP, ART. 304) PELO DELITO DE FALSIFICAÇÃO DOCUMENTAL (CP, ART. 297, NO CASO), DE COMPETÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO PODER JUDICIÁRIO LOCAL – PEDIDO INDEFERIDO. – **O uso dos papéis falsificados, quando praticado pelo próprio autor da falsificação, configura "post factum" não punível, mero exaurimento do "crimen falsi", respondendo o falsário, em tal hipótese, pelo delito de falsificação de documento público (CP, art. 297) ou, conforme o caso, pelo crime de falsificação de documento particular (CP, art. 298)**. Doutrina. Precedentes (STF). – Reconhecimento, na espécie, da competência do Poder Judiciário local, eis que inocorrente, quanto ao delito de falsificação documental, qualquer das situações a que se refere o inciso IV do art. 109 da Constituição da República. – Irrelevância de o documento falsificado haver sido ulteriormente utilizado, pelo próprio autor da falsificação, perante repartição pública federal, pois, tratando-se de "post factum" impunível, não há como afirmar-se caracterizada a competência penal da Justiça Federal, eis que inexistente, em tal hipótese, fato delituoso a reprimir. (original sem grifo).

No mesmo sentido, a Apelação nº 140-72.2009.7.01.0301/RJ, Relator: Min. Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, julgada em 11 de fevereiro de 2011, assim ementada:

> APELAÇÃO DEFENSIVA. CONDENAÇAO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES, COMO INCURSO NOS ARTIGOS 240 E 195 DO CPM. FIXAÇÃO DA PENA EM 7 MESES DE PRISÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. 1 – A Sentença encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal Militar, que tem reconhecido o concurso material de crimes nos casos de furto (art. 240 do CPM) e abandono de posto (art. 195 do CPM). **2 – A aplicação do princípio da consunção pressupõe que o crime consunto integre o *iter criminis* do crime consuntivo, bem como que ambos os delitos tenham o mesmo objeto jurídico**, fatores inexistentes no presente caso. Apelo a que se nega provimento. Decisão unânime. (grifo nosso).

O raciocínio é simples e não requer maiores debates. É perfeitamente aplicável, conforme operou o Juízo de Primeira Instância, o postulado da consunção no presente caso. Ficou comprovado que o próprio agente falsificou e se utilizou do documento com uma mesma intenção, qual seja: se habilitar a prestar as atividades de coleta, transporte e distribuição de água potável em uma operação pipa.

Nesse aspecto, como já dito, não deve ser alterado o *Decisum*.

Entretanto, com relação ao delito de falso atribuído ao civil JACÓ, outro nos parece ser o raciocínio a ser aplicado ao caso. Vejamos.

Como se sabe, comete-se o delito tipificado no art. 311 do CPM ao se falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular, ou ao se alterar documento verdadeiro, desde que esse fato venha a atentar contra a Administração Militar.

É crime militar impróprio, de mera conduta e de perigo abstrato, que visa tutelar, inicialmente, o regular funcionamento da Administração Castrense e a sua credibilidade. Em segundo plano, tutela a fé pública dos documentos.

Para a sua configuração, faz-se necessária tão somente a presunção do perigo decorrente da conduta perpetrada, sem a necessidade de que se concretize o dano contra o bem jurídico tutelado.

O delito se consuma no momento em que se realiza a falsificação ou a alteração.

Frise-se que o elemento subjetivo desse tipo penal é o dolo, a vontade do agente de adulterar um documento verdadeiro, consciente de que esse ato atenta contra a Administração Militar.

Todo esse raciocínio é consubstanciado na jurisprudência desta Corte Castrense. Cita-se, a título de exemplo, a Apelação nº 15-43.2012.7.07.0007/PE, de relatoria do Min. Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS, julgada por esta Corte em 24/6/2013, abaixo transcrita:

> APELAÇÃO. FALSIDADE DOCUMENTAL. CONFECÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS. OBTENÇÃO DE LICENÇA MÉDICA IRREGULAR. PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO TIPOLÓGICA DA CONDUTA CRIMINOSA. ARTIGOS 311 E 315 DO CPM. COMINAÇÃO DE PENAS IDÊNTICAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. TESE DE ATIPICIDADE. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. CRIME IMPOSSÍVEL. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO EMPREGADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> (...)
>
> **Configura "falsidade documental" a conduta de ex-Soldado que, durante consulta médica, subtrai talonário de atestados e os subscreve, apondo dados e assinaturas falsas, com propósito de obter licença médica indevida. O dolo reside na fraude alcançada por meio da violação do teor e da autenticidade de documento público, em flagrante atentado contra a credibilidade da Administração Militar e a continuidade do Serviço Militar.**
>
> (...)
>
> Apelo defensivo desprovido para manter íntegra a sentença condenatória atacada.
>
> Decisão unânime. (grifo nosso).

Também segundo a douta PGJM, esse é o entendimento que deve ser aplicado ao presente caso. Do Parecer lavado pelo nobre Representante ministerial, novamente se destaca:

> (...)
>
> As provas colhidas na instrução criminal, aliadas às produzidas no IPM, permitem concluir que o acusado, de modo voluntário e consciente, adulterou documento público apresentado ao Exército Brasileiro, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> (...)
>
> A conduta ilícita perpetrada pelo acusado se consumou no instante em que adulterou o documento com o objetivo de apresenta-lo na OM, para, desta forma, manter-se na atividade de pipeiro. O dolo reside na vontade consciente de falsificar documento público, e o agir causou evidente prejuízo à necessária fidedignidade dos documentos emitidos por órgãos da administração pública.
>
> (...).

Assim, no momento em que o civil MANOEL JACÓ DE MORAES efetuou, de forma livre e consciente, a falsificação no certificado de aferição do tanque do seu caminhão com a intenção de se habilitar às atividades em uma operação pipa gerida pelo Exército, perpetrou, em todos os seus elementos constitutivos, o crime do art. 311 do CPM.

Desse modo, impõe-se a reforma da Decisão para condenar o Réu pelo crime de Falsificação de documento. O contexto fático demonstrado no feito torna indubitável a autoria, a materialidade e a culpabilidade do agente.

Contudo, também se mostra clara total a desproporcionalidade entre a pena mínima que a Lei Substantiva Castrense impõe para o crime de Falsificação documental e a conduta perpetrada pelo Acusado.

No delito que ora se delibera, um civil, de meia idade e com pouca instrução, falsificou um certificado de aferição de caminhão-pipa no intuito de se habilitar à prestação de serviço de coleta, transporte e distribuição de água potável numa operação pipa e, assim, foi credenciado pelo EB para conduzir um veículo cujo tanque deveria ter a capacidade de 12.000 (doze mil) litros, sendo que o tanque do seu caminhão possuía, inicialmente, capacidade inferior à requerida.

Ocorre que, no período compreendido entre o credenciamento e o efetivo início da prestação dos serviços, o tanque menor foi substituído por um com a capacidade requerida, sendo, este último, inclusive, vistoriado e lacrado pela OM responsável pela operação antes do início das atividades.

Depreende-se, assim, que a vontade do Réu, ao falsificar o certificado, foi dirigida unicamente ao seu credenciamento na operação e não ao recebimento de lucro indevido, ou, ainda, a causar qualquer prejuízo à Administração Militar.

Em resumo, o civil cometeu o crime de falso. Entretanto, desse ilícito não decorreu qualquer dano ou ofensa à Administração Militar, seja financeiro ou à imagem da Força Terrestre, uma vez que o Apelado, comprovadamente, prestou o serviço conforme as regras da operação. Em outras palavras, apesar da falsificação, foram efetivamente transportados os 12.000 (doze mil) litros de água. O pagamento por ele recebido também levou em conta essa quantidade.

Nesse contexto, apesar de não se demonstrarem neste feito quaisquer causas de aumento ou de diminuição de pena, faz-se necessário, no entender deste Julgador, por ocasião do cálculo da pena, na terceira fase da dosimetria, a aplicação de uma minorante inominada, por conta da evidente desproporcionalidade entre o ato ilícito praticado e a sanção a ele cominada pelo CPM.

Insta mencionar que aqui não se discute o fato de a conduta ter sido ou não reprovável – o que, indubitavelmente, foi –, mas apenas a proporcionalidade

entre o crime cometido e a pena a ser aplicada, considerando-se as peculiaridades do caso concreto.

Sabe-se, também, que as sanções impostas nos mais diversos tipos penais têm por objetivo penalizar as condutas, de forma mais ou menos gravosa conforme os atos praticados, sem, no entanto, banalizar os instrumentos, em especial os mais severos, do Direito Penal Militar. Por isso a necessidade de fixação de limites para que se possa aplicar a denominada minorante inominada, de modo a não incidir em uma tutela penal ineficiente e contrária ao texto da lei.

Nesse raciocínio, por se tratar de medida de justiça com o fito de se adequar a sanção a ser aplicada ao civil MANOEL JACÓ DE MORAES em face do cometimento de uma conduta típica tida como menos grave, faz-se necessária a diminuição do *quantum* da sanção, conforme ditam os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, todos consagrados pela nossa Carta Magna.

No tocante ao cálculo da pena, passemos à sua dosimetria.

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM são favoráveis ao Apelado, motivo pelo qual se fixa a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, mínima prevista no art. 311 da Lei Penal Castrense, se tratando de documento público como *in casu*.

Na segunda fase, à mingua de circunstâncias agravantes e atenuantes, a sanção fica mantida no mesmo patamar.

Na terceira fase da dosimetria, aplica-se a já mencionada minorante inominada, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo a pena de 2 (dois) anos para 8 (oito) meses de detenção, tornando-a definitiva nesse *quantum*.

Por último, em se tratando de Réu primário e de bons antecedentes, assiste-lhe o direito de recorrer em liberdade, conforme o art. 527 do CPPM. Do mesmo modo, o civil faz jus ao benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do Códex Militar; devendo ser observado o disposto no art. 626 do CPPM, com exceção da alínea "a", designando o Juízo de origem para presidir a Audiência Admonitória, de acordo com o art. 611 do CPPM; fixando o regime prisional aberto para o cumprimento da pena no caso de renúncia ou de revogação do benefício ora concedido, conforme a alínea "c" do § 2º do art. 33 do CP comum.

Posto isso, conheço do Apelo ministerial e lhe dou provimento para reformar a Sentença e condenar o civil MANOEL JACÓ DE MORAES à pena de 8 (oito) meses de detenção, como incurso no art. 311 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e 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. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em conhecer do Apelo ministerial e lhe dar provimento, para reformar a Sentença e condenar o civil Manoel Jacó de Moraes à pena de 8 (oito) meses de detenção, como incurso no art. 311 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com o regime prisional inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 21 de junho de 2018 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 7000096-10.2017.7.00.0000

Votei vencido, divergindo dos demais Ministros desta Corte, ao negar provimento do Apelo ministerial para manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença que absolveu o Civil MANOEL JACÓ DE MORAIS dos crimes previstos nos arts. 311 e 315 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Em síntese, no dia 22 de fevereiro de 2017, o Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em desfavor do referido Civil, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 311 (falsificação de documento) e 315 (uso de documento falso), ambos do CPM.

Consta nos autos que o Civil MANOEL JACÓ DE MORAIS possuía um caminhão com capacidade para 10.000 L (dez mil litros), volume documentalmente atestado pela CAGEPA – Companhia de Água e Esgotos da Paraíba.

Porém, no início do ano de 2016, o Acusado falsificou tal documento, alterando para 12.000 L (doze mil litros) a capacidade ali atestada. Sua intenção era viabilizar seu credenciamento à prestação de serviços de coleta, transporte e distribuição de água potável no âmbito da Operação Carro-Pipa (na região do Município do Equador/RN), empreendida pelo Exército Brasileiro.

Assim, o Réu fotocopiou o documento adulterado, autenticou-o e, utilizando-se dessa cópia autenticada, logrou ser credenciado como pipeiro pelo 1º Batalhão de Engenharia de Construção (Caicó/RN). No entanto, antes de iniciar o serviço contratado, trocou o tanque de seu caminhão por outro com capacidade para 12.000 L (doze mil litros). Assim, prestou serviço à referida Operação entre 1º/3/2016 e 30/11/2016.

A fraude foi constatada quando a Administração Militar, ao verificar discrepâncias nas assinaturas dos documentos apresentados pelos pipeiros,

designou uma equipe de fiscalização para checar a autenticidade desses documentos.

Em 26 de setembro de 2017, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 7ª CJM, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Denúncia, para absolver o Civil MANOEL JACÓ DE MORAIS dos delitos previstos nos arts. 311 e 315 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM (fls. 135/142 – SENT 11).

Diante do inconformismo do Órgão Ministerial, o fato foi trazido à apreciação desta Corte, ocasião em que o Plenário, por maioria de votos, deu provimento parcial ao Apelo para, reformando a Sentença hostilizada, condenar o Apelado à pena de 8 (oito) meses de detenção, como incurso no art. 311 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional incialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

Não foi esse o meu entendimento, consoante passo a expor.

Tendo em vista as provas dos autos (fls. 65 – VOLUME 6; 119/126 – APENSOS 22 e 23), faz-se mister reconhecer que o Acusado, voluntária e conscientemente, adulterou o documento que entregou à Administração Militar quando pretendeu se credenciar para a prestação de serviço na Operação Carro-Pipa. De fato, a informação ali constante – no sentido de que o tanque do caminhão do Réu possuía a capacidade para 10.000 L (dez mil litros) – foi alterada de modo a atribuir ao mesmo tanque a capacidade para 12.000 L (doze mil litros).

Porém, é importante ressaltar que, tendo em vista a subsidiariedade do Direito Penal, a condenação criminal não pode ser concretizada apenas pela aferição da tipicidade formal, ou seja, pela mera subsunção da conduta à norma penal. Faz-se mister, também, a presença da tipicidade material, representada pela efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

No presente caso, observa-se que, apesar de ter realizado a falsificação do supracitado documento e de ter dele se utilizado, o Acusado não causou qualquer prejuízo à Administração Militar ou à população atendida pelo referido Programa de entrega de água.

Com efeito, logo após a entrega da documentação, o Réu trocou o tanque de seu caminhão por um tanque com capacidade para 12.000 L (doze mil litros). Assim, o tanque que foi submetido a lacre pelo Exército e que, desde o início, o Apelado utilizou para a prestação do serviço contratado foi com capacidade para 12.000 L (doze mil litros), e não o de 10.000 L (dez mil litros).

Isso é o que deflui dos seguintes elementos dos autos:

– o Termo de Credenciamento foi firmado entre o Acusado e o 1º Batalhão de Engenharia de Construção em 1º de março de 2016 (fls. 30/40 – APENSOS 17 e 18);

– em 1º de julho de 2016, a Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte declarou que o caminhão do ora Apelado possui capacidade para 12.000 L (doze mil litros) (fl. 78 – APENSO 20);

– perícia realizada em 25 de julho de 2016 aponta que os lacres que o Exército havia aposto no tanque do caminhão do Acusado quando da assinatura do Termo de Credenciamento não sofreram qualquer violação (fls. 79/80 – APENSO 20).

Portanto, não obstante o Réu tenha apresentado documento adulterado a fim de atender às exigências do Edital de Credenciamento, tem-se que, **antes mesmo da assinatura do Termo de Credenciamento**, a capacidade do tanque do caminhão do Acusado passou realmente a corresponder àquela exigida pelo certame. Ou seja, a informação constante do documento adulterado – no sentido de que o tanque de seu caminhão possui 12.000 L (doze mil litros) em vez de 10.000 L (dez mil litros) – passou a ser verdadeira antes do início da prestação do serviço contratado.

Assim, a dinâmica dos fatos demonstra a ausência de qualquer lesão ao Exército, uma vez que o Termo de Credenciamento e o lacre foram realizados em relação ao caminhão-tanque que possuía a correta capacidade.

Da mesma forma, a população atendida pela Operação Carro-Pipa não sofreu nenhum prejuízo; afinal, por meio de um caminhão-tanque de 12.000 L (doze mil litros), ela recebeu do Acusado a devida prestação de serviço de coleta, transporte e distribuição de água potável.

Não se está aqui desconsiderando a gravidade dos crimes cometidos contra a Administração Militar.

Entretanto, torna-se imperioso observar que estamos diante de um caso concreto excepcional. Como visto, a falsificação empreendida pelo Réu não foi capaz de causar qualquer significativo perigo ou ameaça de perigo à Força ou à sociedade.

Assim, não se afigura razoável, no presente caso, que se provoque a máquina administrativa a fim de se buscar a tutela jurisdicional do Estado.

Como visto, constata-se a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Presentes, portanto, os requisitos necessários à aplicação do

Princípio da Insignificância, tornando imperativa a configuração da atipicidade do fato, por ausência de tipicidade material.

Ante o exposto, votei pelo conhecimento e não provimento do Apelo ministerial para manter, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença que absolveu o Civil MANOEL JACÓ DE MORAIS dos delitos previstos nos arts. 311 e 315 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

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, 21 de junho de 2018.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

_____



Embargos de Declaração

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 7000121-23.2017.7.00.0000

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

Embargante: Lucas Barbosa de Sousa.

Embargado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA. LEI Nº 13.491/17. INOCORRÊNCIA DE *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ESPECIALIDADE DO CPM. INAPLICABILIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. UNÂNIME.

A Lei nº 13.491/17 alterou o conceito de crime militar, passando a ser de competência desta Justiça Especializada delitos que, mesmo não tipificados na parte especial do CPM, enquadrem-se nas alíneas do inciso II do seu art. 9º.

O CPM continua a gozar de especialidade, seja pela competência atribuída pela Constituição Federal de 1988 à Justiça Militar da União para processo e julgamento de delitos militares, seja pelos bens jurídicos específicos por ele tutelados.

Ainda que a Lei nº 13.491/17 tenha alargado as hipóteses de crime militar, permanece a necessidade de tutela aos mesmos bens jurídicos e a obrigatoriedade de enquadramento no art. 9º do CPM.

A expressão "em local sujeito à administração militar", constitutiva do tipo penal do art. 290 do CPM, é o elemento especializante da norma penal, tornando o referido tipo norma especial em relação ao art. 28 da Lei nº 11.343/06.

O crime de drogas, praticado no interior das Organizações Militares, lesiona os interesses e valores basilares das FFAA, razão de ser da Justiça Militar especializada, tendo como base primordial os princípios de Hierarquia e Disciplina Militar, e subsome-se somente ao inciso I do art. 9º do CPM.

O delito perpetrado pelo Réu configura ofensa ao art. 290 do CPM e enquadra-se no inciso I do art. 9º, ambos do CPM, em nada afetado pela alteração legislativa da Lei nº 13.491/17.

Embargos rejeitados à unanimidade.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou os Embargos Declaratórios, nos termos do voto do Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Cezar Luís Rangel Coutinho. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 13/3/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos contra Acórdão deste Superior Tribunal Militar, de 10 de outubro de 2017, proferido nos autos da Apelação nº 156-67.2016.7.02.0102/SP, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo íntegra a Sentença *a quo* que condenou o ora Embargante à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290, *caput*, c/c os arts. 72, inciso I[136], e 73, parte final[137], todos do CPM, com o beneficio do *sursis*, pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

O Acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 290 DO CPM. POSSE DE ENTORPECENTE NO AQUARTELAMENTO. MACONHA. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO. MANTIDA A CONDENAÇÃO. UNÂNIME.

[136] Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

[137] Art. 73. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Militar flagrado durante revista pessoal com isqueiro e substância entorpecente, conhecida como maconha.

A ausência do termo de apreensão em termo próprio não causa, por si só, dúvidas acerca da materialidade se os atos posteriores realizados durante o APF, a perfeita cadeia de custódia, a confissão, e o depoimento das testemunhas em Juízo comprovam que a substância periciada é a que foi apreendida com o Réu.

O crime foi praticado no interior da Organização Militar não se aplicando o princípio da insignificância, independente da quantidade apreendida, máxime pelos riscos que o militar sob o efeito da droga pode causar a si e aos outros, considerando que, via de regra, usa pesado armamento quando de serviço.

O regramento especial contido no art. 290 do CPM foi recepcionado pela Constituição.

Precedentes do STF.

O art. 290 do CPM é norma penal em branco com complemento normativo, conforme Portaria nº 344/98, que aprovou o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, inclusive substâncias entorpecentes sujeitas a notificações de receitas e complementa o referido dispositivo legal.

A Lei nº 11.343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, não incide no âmbito da Justiça Militar conforme a Súmula nº 14 do STM.

Inaplicáveis ao caso os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, em face do disposto no art. 90-A da referida Lei, com a redação dada pela Lei nº 9.839/99, que afasta sua incidência na Justiça Militar. Concomitantemente, o que prevê a Súmula nº 9.

Afastada a tese de que poderia ser aplicada reprimenda na esfera administrativa. A ofensividade da ação ultrapassa os limites da disciplina para adentrar na seara do crime.

A informação durante entrevista de incorporação de já ter usado substância entorpecente não afeta a análise do ilícito, ainda mais se provado que houve instrução na OM quanto à proibição do porte e uso de substâncias entorpecentes dentro do aquartelamento.

A pena-base fixada em seu mínimo legal veda a aplicação da pena aquém do mínimo legal pelas atenuantes na segunda fase da dosimetria conforme art. 73 do CPM.

Recurso desprovido. Unânime. (grifos nossos)

Alega a DPU que o Acórdão foi omisso em razão da entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017, de 13 de outubro de 2017, que, ao alterar dispositivos do Código Penal Militar, passou a permitir a aplicação da Lei nº 11.343/06 – Lei de Drogas, no âmbito desta Justiça Especializada.

Argumenta que o conceito de especialidade conferido ao CPM restou alterado, uma vez que qualquer lei pode disciplinar crime militar e, na hipótese de sucessão de leis, deve prevalecer a mais moderna, principalmente quando específica a determinado tipo de criminalidade e mais benéfica.

Aduz, ainda, que a referida alteração trouxe o fenômeno da *novatio legis in mellius*, eis que a Lei de Drogas, por se tratar de legislação especial, revogou o art. 290 do CPM e que, portanto, deve incidir ao caso concreto as disposições do art. 28 da referida lei, cabendo ao Tribunal em que está tramitando o processo a sua aplicação, conforme dispõe o § 1º do art. 2º, CPM[138].

Por fim, requer que os Embargos sejam conhecidos e providos com a consequente aplicação do art. 28 da Lei n° 11.343/06 ao caso dos autos.

Em 01/02/2018 determinei a intimação da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, nos termos do artigo 126 do RISTM, que, em parecer subscrito pela Subprocuradora-Geral Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA, se manifestou pelo conhecimento e rejeição dos presentes embargos, *in verbis*:

> (...) Extrai-se do conteúdo decisório final que o Juízo a quo impôs sanção penal dentro das balizas legais, segundo critério sistemático previsto no ordenamento jurídico penal militar, também atendo-se aos aspectos objetivos e subjetivos do caso concreto. Trata-se de crime previsto no art. 290 do CPM, praticado pelo Recorrente, à época militar, em local sujeito à administração castrense, conjugado com o critério da especialidade, contido no art. 9º, II, alínea "b", em que pesem as alterações trazidas pela Lei nº 13.491/2017. Ao contrário da linha argumentativa da Defesa, com a alteração da redação trazida pela novel legislação, serão considerados crimes militares, em tempo de paz, "os crimes previstos neste Código e também na legislação penal, quando praticados, na forma do art. 9º, II, e suas alíneas". Tal modificação na realidade ensejou inequívoca ampliação de competência da Justiça Militar, para processar e julgar, além dos crimes militares estabelecidos no Código Penal Militar, também aqueles previstos na legislação penal comum e extravagante, os quais passam a ser considerados "crimes militares", consoante os critérios fixados nas alíneas do inciso II, do artigo 9°, do Estatuto Repressivo Castrense. Desse modo, não há como aplicar os dispositivos da Lei nº 11.343/06 (nova lei de drogas) em detrimento da norma penal prevista no art. 290 do CPM, conforme iterativa jurisprudência do e. STM e excelso STF (...).

É o Relatório.

---

[138] Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

§ 1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.

VOTO

O pleito é tempestivo (volume 16 e-proc, fl. 157) e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, cabe esclarecer que a Lei nº 13.491/2017 entrou em vigor em 13 de outubro de 2017, posteriormente ao julgamento da Apelação nº 156-67.2016.7.02.0102/SP por esta Corte, ocorrido em 10 de outubro do mesmo ano.

Dessa forma, não há que se falar em omissão no referido julgado ao não enfrentar eventuais efeitos na novel lei no caso concreto, o que de pronto implicaria a não admissibilidade dos Embargos Declaratórios, nos termos do art. 12, inciso V, do RISTM.

No entanto, como o pedido da DPU envolve suposta retroatividade de lei penal mais benéfica, sob o argumento da *novatio legis in mellius*, matéria de ordem pública, conheço dos presentes embargos.

A Lei nº 13.491/2017, que alterou o inciso II do art. 9º do CPM, passou a prever a possibilidade de aplicação, nesta Justiça Especializada, de tipos penais não previstos na parte especial do Código Penal Militar, quando a conduta for praticada nas situações descritas nas alíneas do citado artigo, *in verbis*:

> II – os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal**, **quando praticados**: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017).
>
> 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;

Em outras palavras, com a alteração do conceito de crime militar, passaram a ser de competência desta Justiça Especializada os delitos que, mesmo não tipificados na parte especial no CPM, enquadrem-se nas alíneas do inciso II do seu art. 9º. Esses passaram a ser chamados de *"crimes militares extravagantes"* por

Cícero Robson Coimbra Neves e de "*crimes militares por extensão*" por Ronaldo João Roth[139].

Alega a DPU que, após a referida alteração, o Código Penal Militar passou a ser uma "norma geral com relação às normas que disciplinam temas específicos como a lei de organização criminosa, a lei de terrorismo, etc." E assim sendo, tais leis específicas e posteriores teriam derrogado os dispositivos do CPM com elas incompatíveis.

De início, cumpre afastar a alegação defensiva de que, com a edição da nova lei, o CPM deixou de ser norma especial e que qualquer norma pode disciplinar um delito militar.

A doutrina traz diversos conceitos para a especialidade conferida ao Direito Penal Militar.

MIRABETE e DAMÁSIO entendem que o Direito Penal Militar é especial em razão da sua aplicação pela Justiça Militar.

Já COIMBRA NEVES[140], citando Célio Lobão, entende que a especialidade do Direito Penal Militar decorre do caráter *sui generis* dos bens jurídicos por ele tutelados, *in verbis*:

> (...) o Direito Penal Militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar (...).

Nesse diapasão, o CPM continua a gozar de especialidade, seja pela competência para processo e julgamento de delitos militares por esta Justiça Especializada, seja pelos bens jurídicos específicos por ele tutelados.

E ainda que a Lei nº 13.491/17 tenha alargado as hipóteses de crime militar, permanece a necessidade de tutela aos mesmos bens jurídicos e a obrigatoriedade de enquadramento no art. 9º do CPM. Assim, dúvidas não há quanto à especialidade do Direito Penal Militar.

A expressão **"em local sujeito a administração militar", constitutiva do tipo penal do art. 290 do CPM, é o elemento especializante da norma penal**, tornando o referido tipo, norma especial em relação ao art. 28 da Lei de Drogas.

A especialidade do art. 290 do CPM foi descortinada no voto do Min. AYRES BRITO, no HC nº 103.684/DF, *in verbis*:

> 1. A questão da **posse de entorpecente por militar em recinto castrense** não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se

[139] Expressões mencionadas em artigos publicados na Revista das AMAJME, número 126 – de setembro a dezembro de 2017. p. 23 a 36.

[140] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. p. 59 a 61.

> conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substancia 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.
>
> (...) 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais 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. (...)
>
> **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.

Igualmente, não prospera a alegação de aplicação ao caso concreto da Lei de Drogas por se tratar de *novatio legis in mellius* com relação ao art. 290 do CPM.

Na hipótese dos autos, o ex-Sd Ex LUCAS BARBOSA DE SOUSA foi processado e julgado em 1º grau por esta Justiça Especializada e teve sua condenação mantida por esta Corte em razão de ficar comprovado, ao final da instrução, que o militar portava substância entorpecente no interior do Aquartelamento, incidindo nas sanções da lei penal militar.

A Lei nº 13.491/2017 alcança outras condutas não previstas no CPM que podem vir a ser classificadas como crimes militares e, por consequência, de competência desta Justiça Especializada. No entanto, a conduta deve obrigatoriamente enquadrar-se nas situações do art. 9º, II, do já citado diploma.

O crime de drogas, praticado no interior das Organizações Militares, lesiona os interesses e valores basilares das FFAA, razão de ser da Justiça Militar

especializada, tendo como base primordial os princípios de Hierarquia e Disciplina Militar, e subsome-se somente ao inciso I do art. 9º do CPM[141].

Portanto, não há que se falar em *novatio legis in mellius*, uma vez que se trata da prevalência da legislação especial (art. 290 do CPM) sobre a geral (lei de drogas).

E conforme o referido julgado do STF, somente haverá a aplicação da lei geral caso a especial seja omissa ou não trate de conduta ali especificada.

Em resumo:

1. não houve revogação do art. 290 do CPM;

2. não há incidência de *novatio legis in mellius;*

3. o CPM continua a ser norma especial; e

4. a conduta concreta não se enquadra nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM.

O crime perpetrado pelo ex-Sd Ex LUCAS BARBOSA DE SOUSA configura ofensa ao art. 290 do CPM e enquadra-se no inciso I do art. 9º ambos do CPM, em nada afetado pela alteração legislativa da Lei nº 13.491/17.

Isto Posto, rejeito os embargos declaratórios e mantenho íntegro o Acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, por unanimidade, em conhecer e rejeitar os Embargos de Declaração, mantendo íntegro o Acórdão embargado.

Brasília, 13 de março de 2018 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

_____

[141] 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;



Embargos Infringentes e de Nulidade

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 77-85.2015.7.10.0010-DF

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Revisor: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Embargante: Ministério Público Militar.

Embargado: Wallison Ribeiro de Freitas, ex-Sd.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. PRELIMINAR. DEFESA. ART. 538 DO CPPM. MÉRITO. ACUSAÇÃO. AMEAÇA A MILITAR. FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. DÚVIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*.

1. O Ministério Público Militar é parte legítima para opor Embargos Infringentes *pro societate*, tendo o art. 538 do CPPM consagrado a paridade de armas quanto à oposição desse Recurso, o que não ofende, por si só, o Princípio da Isonomia. Cuida-se de legítimo exercício do direito de recorrer, legalmente previsto, que não pode ser frustrado, sob pena de ofensa à segurança jurídica e ao art. 5º, LV, da CF.

2. Não cabe à Defesa comprovar que não cometeu o crime. A resistência passiva do Acusado já se mostra suficiente a reclamar do Acusador que se desincumba do ônus da prova. Isso decorre da garantia inafastável da presunção de inocência.

3. Não sendo superada a dúvida quanto à materialidade dos crimes ou mesmo sua autoria, atrai-se a aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*.

Preliminar de incompetência do Ministério Público Militar para apresentar Recurso de Embargos Infringentes, suscitada pela Defensoria Pública da União, não conhecida. Decisão unânime.

Recurso conhecido e não provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar de incompetência do Ministério Público Militar para apresentar Recurso de Embargos Infringentes, suscitada pela Defensoria Pública da União. **No mérito**, **por maioria**, rejeitou os Embargos Infringentes do Julgado, mantendo íntegro o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz acolhia os Embargos, para reformar o Acórdão e fazer prevalecer o voto vencido de sua lavra, proferido na Apelação nº 77-85.2015.7.10.0010. O Ministro-Revisor fará declaração de voto. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Clauro Roberto de Bortolli. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Os Ministros Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 10/5/2018).

RELATÓRIO

Cuida-se de Embargos Infringentes do Julgado opostos pelo Ministério Público Militar em desfavor de WALLISON RIBEIRO DE FREITAS, ex-Sd FN, insurgindo-se contra o Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 77-85. 2015.7.10.0010/CE.

Em síntese, o ex-Sd FN WALLISON RIBEIRO DE FREITAS foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha à pena de 11 (onze) dias de detenção, como incurso no art. 223, *caput*, do CPM, por 2 (duas) vezes, c/c o art. 71 do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto (fls. 164/175).

Após o Recurso de Apelação interposto, esta Corte, em 26 de setembro de 2017, absolveu o Réu, à luz do princípio do *in dubio pro reo*. O Acórdão

(fls. 222/240), relatado pelo Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS (Revisor e Relator para o acórdão), foi assim ementado:

> AMEAÇA A MILITAR. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJM. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE DO PROCESSO DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. REJEITADA POR UNANIMIDADE. PROVAS FRÁGEIS. AUTORIA NÃO COMPROVADA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. DECISÃO POR MAIORIA. Inexiste ofensa ao Princípio da Legalidade se a Sentença atacada está conforme a livre convicção motivada do Conselho de Justiça e fundamenta-se em jurisprudência, doutrina e interpretações adequadamente correlacionadas, perfazendo, dentro dos limites previstos, uma decisão harmônica em relação aos ditames constitucionais. Preliminar rejeitada por unanimidade. A fragilidade das provas carreadas as autos, que deixa lacunas no tocante ao esclarecimento da autoria do crime, impõe, à luz do Princípio *in dubio pro reo*, a absolvição do acusado. Decisão por maioria.

Conforme Ata da 59ª Sessão de Julgamento, de 26 de setembro de 2017, sob a Presidência do Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, o Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar, suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça Militar, de nulidade do processo desde o oferecimento da Denúncia, em face da ofensa ao Princípio da Legalidade, e, **no mérito, por maioria,** deu provimento ao Apelo interposto pela Defesa do ex-Sd FN WALLISON RIBEIRO DE FREITAS, para reformar a Sentença recorrida e absolver o Apelante do crime previsto no art. 223, c/c o art. 48, parágrafo único, ambos do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Os Ministros Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ (Relator) e Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO negavam provimento ao Recurso da Defesa e mantinham incólume a Sentença vergastada.

Estavam presentes os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, CLEONILSON NICÁCIO SILVA, MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, JOSÉ BARROSO FILHO, ODILSON SAMPAIO BENZI, CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, MARCO ANTÔNIO DE FARIAS e PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, e ausentes, justificadamente, os Ministros WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS e LUIS CARLOS GOMES MATTOS. O Ministro ALVARO LUIZ PINTO encontrava-se em licença para tratamento de saúde.

O Acórdão foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 26 de outubro de 2017, conforme certidão de fl. 257.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar teve vista dos autos na mesma data (fl. 258), opondo, tempestivamente, Embargos Infringentes do Julgado, em 27 de outubro de 2017.

Em suas Razões (fls. 265/267), a PGJM busca a reforma da parte não unânime do Acórdão recorrido com a prevalência do entendimento minoritário dos Ministros PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ e FRANCISO JOSELI PARENTE CAMELO, que mantinham a sentença condenatória.

Sustenta, quanto ao mérito, que as provas dos autos demonstram claramente a autoria do crime, com perfeita adequação do comportamento do réu ao crime de ameaça.

Aduz que, pelas ligações telefônicas ameaçadoras efetuadas pelo Réu, bem como pelo depoimento das duas testemunhas argumentando que ele confessou ter realizado as ligações telefônicas (fls. 100/102 e 97/99), está comprovada a prática do delito de ameaça.

Em Despacho de 5 de março de 2018 (Evento 4), admiti os presentes Embargos.

Em Contrarrazões (Evento 8), a Defensoria Pública da União pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento dos Embargos, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM, na parte que permite a interposição dos Embargos Infringentes do Julgado pela Acusação, pois viola o princípio da igualdade no prisma substancial, uma vez que a existência dos referidos Embargos se justifica pela necessidade de conferir maior grau de certeza às decisões condenatórias.

Subsidiariamente, no mérito, pleiteia o desprovimento dos Embargos, pois o delito de ameaça não se cinge de conteúdo probatório robusto. Aduz que o MPM de Fortaleza não procedeu às diligências cabíveis para apurar os fatos e embasar o oferecimento da Denúncia.

Argumenta que não houve quebra de sigilo telefônico, tampouco gravações aptas a comprovar que partiram dele as ameaças proferidas pelo telefone, se é que realmente ocorreram.

Requer a intimação da DPU para sustentar oralmente, caso haja manifestação da PGJM no mesmo sentido.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS

A Defensoria Pública da União, em Contrarrazões, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento dos Embargos, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM, na parte que permite a interposição dos Embargos Infringentes do Julgado pela Acusação, pois viola o Princípio da Igualdade no prisma substancial, uma vez que a existência dos referidos Embargos se justifica pela necessidade de conferir maior grau de certeza às decisões condenatórias.

O art. 538 do Código de Processo Penal Militar prevê expressamente a possibilidade de oposição dos Embargos Infringentes pelo Ministério Público Militar, *in verbis*:

> Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar.

Inicialmente, não há que se falar em inconstitucionalidade em seu termo técnico, uma vez que o referido dispositivo é anterior à Constituição Federal de 1988, e o juízo que deve ser realizado é o de compatibilidade com a Carta Federal, a fim de se aferir a recepção ou a revogação (não recepção) da norma.

Sabe-se que os Códigos Penal Militar e Processual Penal Militar foram, em quase totalidade, recepcionados pela Constituição Federal e encontram-se em plena vigência, sendo, em essência, materialmente compatíveis com a Carta Magna.

Quanto ao mencionado dispositivo processual, vê-se que está em vigor e sendo aplicado há quase 30 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, já tendo o Supremo Tribunal Federal apreciado o dispositivo – embora não especificamente quanto ao tema –, sem nada assentar quanto à sua não recepção.

Na oportunidade, decidiu a Suprema Corte que era inconstitucional a exigência, em Regimento Interno, de 4 (quatro) votos vencidos para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade. Eis a ementa do julgado:

> EMENTA Habeas corpus. Processo penal militar. Recurso. Embargos infringentes e de nulidade. Superior Tribunal Militar. Norma regimental que exige no mínimo 4 (quatro) votos minoritários divergentes para seu cabimento. Inadmissibilidade. Requisito não previsto nos arts. 538 e 539 do Código de Processo Penal Militar. Tribunal que não dispõe de poderes normativos para disciplinar matéria recursal em contrariedade à lei. Inteligência do art. 96, I, a, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal da alteração regimental. Garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) que não a legitima. Violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). Ilegalidade flagrante. Impossibilidade de analogia com o art. 333, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que exige no mínimo 4 (quatro) votos vencidos para o cabimento dos embargos infringentes. Norma editada à época em que o art. 119, § 3º, c, da Carta de 1969 expressamente outorgava à Suprema Corte poderes para dispor, em seu regimento interno, sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Ordem concedida para se determinar ao Superior Tribunal Militar que processe os embargos infringentes interpostos pelo

> paciente. Declarada a inconstitucionalidade incidental do art. 119, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, na redação dada pela Emenda Regimental nº 24, publicada no DJe de 10/6/14. 1. Assim como o legislador não pode se imiscuir em matéria reservada ao regimento interno dos tribunais, a esses é vedado desbordar de seus poderes normativos e dispor sobre matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), sob pena de inconstitucionalidade formal. Precedentes. 2. A atribuição de poderes aos tribunais para instituir recursos internos e disciplinar o procedimento dos recursos que devam julgar não lhes outorga competência para criar requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei. Inteligência do art. 96, I, a, da Constituição Federal. 3. Os arts. 538 e 539 do Código de Processo Penal Militar não exigem, para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, número mínimo de votos vencidos. 4. O art. 119, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, ao exigir, no mínimo, 4 (quatro) votos divergentes minoritários para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade, além de dispor sobre matéria de competência privativa da União, viola o devido processo legal (art. 5º. LIV, CF), por impor requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei. 5. Descabe invocar-se analogia com o art. 333, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que exige no mínimo 4 (quatro) votos vencidos para o cabimento dos embargos infringentes, uma vez que essa regra foi editada à época em que a Constituição de 1969, no art. 119, § 3º, c, outorgava poderes normativos ao Supremo Tribunal Federal para dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. 6. A garantia constitucional da duração razoável do processo não pode ser hipertrofiada em prejuízo da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF), salvo quando nítido o abuso do direito de recorrer. 7. É inconstitucional o art. 119, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, na redação dada pela Emenda Regimental nº 24, publicada no DJe de 10/6/14, ao exigir no mínimo 4 (quatro) votos divergentes minoritários para o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade. 8. Ordem de *habeas corpus* concedida. (HC 125768, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/6/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194, publicado em 29/9/2015).

A Ministra ROSA WEBER, em voto condutor de outro julgado, referindo-se ao acima mencionado, entendeu que "restou consignado que a hipótese de cabimento dos embargos infringentes disposta nos arts. 538 e 539 do Código de Processo Penal Militar, norma de regência da matéria, diz com votação não unânime, sem especificar quantidade de votos divergentes" (HC 133800, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016 - *grifos*).

Ao que se vê, pretendeu a Corte, mais uma vez, resguardar a previsão normativa contida nesses dispositivos, tal como disciplinadas, tendo validado reflexamente o art. 538 do CPPM.

Cite-se, embora não tenha sido uma decisão do Pleno, que o Ministro CEZAR PELUSO, em liminar no *Habeas Corpus* nº 113.753 (publicado no DJe de 19/06/2012), tratou da questão, *in verbis*:

> A possibilidade de oposição de embargos infringentes pela acusação não deriva de entendimento jurisprudencial ou do Regimento Interno do STM, mas de norma legal expressa. Eis o inteiro teor do artigo 538 do CPPM:
>
> > Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar.
>
> Apesar de a redação do artigo 538 do CPPM fazer referência a "sentenças finais" proferidas pelo Superior Tribunal Militar, não se pode concluir, *a priori*, que os embargos de nulidade, infringentes e de declaração somente seriam cabíveis em processo originários do STM, nos quais, a propósito, também se prolatam acórdãos. A prevalecer tal interpretação, seria impossível a interposição de embargos infringentes até pela defesa.
>
> Não vislumbro, ainda, a alegada inconstitucionalidade do artigo 538 do CPPM, por violação do princípio da igualdade. A princípio, a existência de determinação legal para admissibilidade de embargos pela acusação e defesa não ofende a paridade de armas – o que fatalmente ocorreria na hipótese de a legislação prever recurso exclusivo da acusação, por exemplo.
>
> Assim, sem prejuízo de melhor análise por ocasião do julgamento de mérito, não vislumbro razoabilidade jurídica no pedido.

No caso, não houve apreciação de mérito em razão da perda de objeto da ação, uma vez que os referidos embargos infringentes opostos no Superior Tribunal Militar, pelo MPM, já haviam sido rejeitados no STM, com manutenção da sentença que absolveu a paciente, e posterior trânsito em julgado.

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça não negou vigência ao dispositivo, quando do HC nº 382.599/SP, DJe 24/11/2017, de relatoria da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, a qual assentou que:

> Como cediço, na justiça comum os embargos infringentes (relativos à questão de direito material) e de nulidade (sobre questão processual) são recursos privativos da defesa que objetivam fazer valer o voto divergente.
>
> Na justiça castrense, porém, trata-se de recurso franqueado tanto à defesa quanto à acusação. Por oportuno, confira-se o comentário de Renato

Brasileiro de Lima, em Código de Processo Penal, Editora JusPodivm, 2. edição, 2017, p. 1468, ao art. 609 do referido diploma processual:

> 3. Recurso exclusivo da defesa: no processo penal comum, os embargos infringentes e de nulidade só podem ser utilizados em favor da Defesa. Se houver empate na votação do órgão fracionário, não há de se falar em embargos infringentes, pois deverá preponderar a conclusão mais favorável ao acusado, afastando-se de pronto a possibilidade jurídica do recurso sob comento. No processo penal militar, todavia, o raciocínio é diverso. Segundo o art. 538 do CPPM, o Ministério Público e o acusado poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar. Como se percebe, ao contrário do que ocorre no âmbito processual penal comum, os embargos infringentes e de nulidade podem ser usados no processo penal militar em favor da defesa ou da acusação. (Código de Processo Penal Comentado, Renato Brasileiro de Lima, Editora JusPodivm, 2ª edição, 2017, p. 1468).

E, segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Militar, a legitimidade do Ministério Público para interpor embargos infringentes tem por fundamento a igualdade de tratamento entre as partes do processo. Confira-se:

> EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA JMU PARA JULGAR CIVIS. INSUBMISSÃO. DISPENSA DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO POR EXCESSO DE CONTINGENTE. VIGÊNCIA DA LEI Nº 5.292/67.
>
> 1. O Ministério Público Militar é parte legítima para opor Embargos Infringentes *pro societate*, tendo o art. 538 do CPPM consagrado a paridade de armas quanto à oposição desse Recurso.
>
> 2. A Justiça Militar é competente para julgar os crimes militares previstos em lei (tal como o crime de Insubmissão), mesmo em tempo de paz, por força do art. 124 da Constituição Federal, ainda que o agente possua a condição de civil.
>
> 3. Não comete o crime de Insubmissão o Aspirante a Oficial Médico que, sob a égide da Lei nº 5.292/67, havendo recebido o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI), deixa de se apresentar para novo processo de recrutamento.
>
> Preliminares rejeitadas. Decisão unânime.
>
> Embargos conhecidos e rejeitados. Decisão por maioria.
>
> (STM, EMBARGOS Nº 32-74.2015.7.07.0007/DF, Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, DJe 19/06/2017).

Nessa linha de raciocínio, não parece razoável concluir, a partir de uma interpretação literal do art. 538 do Código de Processo Penal Militar

> (Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar), que os pacientes, no caso, por estarem na condição de indiciados, não têm legitimidade para interpor embargos infringentes ou de nulidade.
>
> Com efeito, a paridade de armas entre os sujeitos processuais é reflexo do princípio constitucional da igualdade, que deve ser observado tanto pelo juízo quanto pelo legislador.
>
> Assim, penso que o dispositivo processual penal militar, ao mencionar a faculdade de manejo do recurso pelo réu, na verdade, está a se referir à defesa.

Sabe-se, ademais, que, pelo desenho do Judiciário do nosso país, vislumbra-se que a estrutura da Justiça Militar da União, diferentemente da Justiça Comum, é dotada de uma instância a menos, representando o STM, em verdade, um Tribunal de apelação, cujas decisões só são recorríveis extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal, se existente violação constitucional, salvo as raras hipóteses de ações constitucionais.

Não há um órgão que faça o papel do Superior Tribunal de Justiça, o qual, embora também seja uma Corte precipuamente extraordinária, tem por escopo assegurar efetivamente a uniformidade da interpretação da legislação federal, representando mais uma instância recursal aos jurisdicionados.

Assim, não é desarrazoada a previsão de mais um Recurso também à Acusação em nosso sistema processual, que é diferente em inúmeros pontos do processo penal comum. Quanto aos próprios Embargos Infringentes, vê-se que, na seara comum, o prazo de interposição é de 10 (dez) dias[142]; no entanto, o CPPM prevê o prazo de apenas 5 (cinco) dias[143].

Com efeito, não se pode esquecer que a legislação processual penal militar é distinta da legislação comum em muitos aspectos – como aqui julgamos todos os dias – e é especial em razão dos pilares constitucionais da hierarquia e da disciplina.

---

[142] Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. (Redação dada pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952)
Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. (Incluído pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952).

[143] Art 540. Os embargos serão oferecidos por petição dirigida ao presidente, dentro do prazo de cinco dias, contados da data da intimação do acórdão.
§ 1º Para os embargos, será designado nôvo relator.

Em pesquisa à Exposição de Motivos do CPPM, extrai-se o seguinte trecho:

> Tendo em atenção a extensão e a importância dadas pela Constituição à competência originária do Superior Tribunal Militar, o Projeto regulou em todos os seus termos o respectivo processo, desde a instrução até o julgamento. Da decisão definitiva ou com força definitiva, unânime ou não, declarou-se o cabimento de embargos, tendo-se em consideração o julgamento do acusado em uma única instância e não haver das decisões do Tribunal recurso ordinário para instância superior.

Ao que se vê, quando tratou da competência originária da Corte, o legislador ressaltou a importância do cabimento de embargos, considerando o julgamento em uma única instância, e não havendo das decisões do Tribunal recurso ordinário para instância superior.

É a única passagem que faz referência a Embargos na Exposição de Motivos; no entanto, também não é possível entender, como já sustentado por alguns, que os Embargos Infringentes limitar-se-iam às ações penais originárias de competência do Superior Tribunal Militar, sob pena de tanto a Defesa quanto o Ministério Público Militar encontrarem-se impossibilitados, inclusive, da oposição dos Embargos de Declaração nas ações advindas da primeira instância, o que certamente não retrata a vontade do legislador, uma vez que a previsão de todos os Embargos (de Nulidade, Infringentes do Julgado e de Declaração) encontra-se no art. 538 do CPPM.

Entende-se que a expressão "sentenças finais" equivale a acórdãos e, por consequência, aplicáveis às decisões proferidas pelo Colegiado.

Obviamente, sendo o caso de dúvida, essa será aproveitada em favor do Acusado. Assim, a simples permissão legislativa quanto à interposição de Embargos Infringentes pela Acusação não conflita com o Princípio da Presunção de Inocência. Os Embargos podem servir também à análise de hipótese de nulidade. Em prol da sociedade, penso que devem prevalecer.

A existência de Embargos também pela Acusação, por si só, não ofende o Princípio da Isonomia, o que fatalmente ocorreria na hipótese de a legislação prever recurso exclusivo da Acusação, por exemplo.

Além disso, sendo os Embargos Infringentes um recurso diretamente ligado à uniformização da jurisprudência, mesmo a interposição pela Acusação pode redundar numa decisão também favorável ao Réu, mas com uma maioria mais qualificada ou mesmo com unanimidade.

E se aqui é permitido o manejo dos Embargos Infringentes pela Acusação – sendo uma hipótese de recurso legal em sua classificação quanto à fonte –, tratou-se de uma opção do legislador, tal como se trata de uma opção do legislador processual penal comum a restrição à Defesa. Diga-se de passagem, ambos os códigos são anteriores à CF de 1988 e não podemos afirmar, portanto, que apenas o modelo comum é constitucional.

Inclusive, muitos doutrinadores, como bem sustentou o Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, também criticam tal restrição na seara comum. Há quem diga que se viola o Princípio Constitucional do Contraditório, ferindo a igualdade entre as partes.

Certo é que um recurso previsto na lei só pode ser restringido por outra lei, ou seria o caso de se aproveitar projeto de alteração de Código para supressão dos Embargos Infringentes (como o foram no novo CPC), ou ao menos do seu cabimento pela Acusação, e não extinguirmos por entendimento jurisprudencial.

Da mesma forma que não pudemos alterar o Regimento Interno para implementar a regra dos 4 votos para oposição do recurso, não podemos suprimir espécie recursal explícita na lei, competindo privativamente à União, por meio do Congresso Nacional, legislar sobre direito processual, nos termos do art. 22 da Constituição Federal.

Além disso, em se tratando do presente caso concreto, como poderíamos mudar as regras no meio do jogo? Obviamente, o processo e o *iter* procedimental devem estar previstos e especificados antes de serem iniciados ou aplicados em determinada fase, sob pena de, aí, sim, afrontar o Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que não há óbice à supressão de recursos previstos na ordem jurídica processual nem a que outros recursos sejam instituídos por lei superveniente. No entanto, deve ser considerado o princípio processual fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão for publicada, nos termos do art. 5º[144], c/c o art. 711, b[145], do CPPM, e também do art. 2º do CPP[146].

Atente-se, ademais, para os Princípios recursais da Taxatividade (ligado ao cabimento, que é a previsão expressa para que se utilize determinado recurso contra determinada decisão) e da Unirrecorribilidade (regra geral – contra cada decisão o mesmo legitimado só pode interpor um único recurso em cada oportunidade).

Com efeito, a supressão indevida de espécie recursal expressamente prevista pode redundar num prejuízo posterior, uma vez presente o entendimento de que a interposição de Recurso Extraordinário ao STF só é

---

[144] **Aplicação intertemporal**
Art. 5º As normas dêste Código aplicar-se-ão a partir da sua vigência, inclusive nos processos pendentes, ressalvados os casos previstos no art. 711, e sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

[145] Art. 711. Nos processos pendentes na data da entrada em vigor dêste Código, observar-se-á o seguinte:
b) o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, será regulado pela lei anterior, se esta não estatuir prazo menor do que o fixado neste Código;

[146] Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

possível quando esgotadas as instâncias ordinárias. Eis os precedentes da Suprema Corte:

> EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Não esgotamento das instâncias ordinárias. Súmula nº 281/STF. Precedentes. 1. Incide no caso a Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal, pois ainda era cabível a interposição de agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve condenação do agravante em honorários advocatícios. (ARE 1048180 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 10-08-2017 PUBLIC 14-08-2017); Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUESTÃO ATINENTE AO CABIMENTO DE RECURSOS DE COMPETÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, são cabíveis embargos infringentes e de nulidade contra acórdão proferido por maioria de votos, em julgamento de recurso de apelação, quando o voto vencido for favorável à defesa. II - A não interposição dos referidos embargos implica não esgotamento das instâncias recursais ordinárias e traz como consequência a inadmissibilidade dos recursos extraordinário e especial, que têm como pressuposto, consoante os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, a existência de causa decidida em única ou última instância ordinária. III – Recurso extraordinário, com preliminar de repercussão geral da questão constitucional, interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que não admitiu recurso especial sob o fundamento de a defesa não haver esgotado a instância ordinária. Não cabimento, em face da inexistência de repercussão geral da controvérsia acerca das pressupostos de admissibilidade de recursos de competência de cortes diversas. Precedente: RE 598.365-RG/MG, Rel. Min. Ayres Britto. IV - Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 764611 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013); EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Sentença de mérito reformada em grau de apelação. Acórdão não unânime. Ausência de interposição de embargos infringentes. Não esgotamento das instâncias ordinárias. Súmula nº 281/STF. 1.O recurso extraordinário é inadmissível quando interposto contra acórdão não unânime, proferido no julgamento da apelação, com o qual se haja reformado a sentença de mérito, uma vez que não esgotada a prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula nº 281/STF. 2. Agravo regimental não provido. (RE 625258 AgR,

> Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012).

Entender pela supressão de recurso por entendimento jurisprudencial, bem como por ofensa genérica à presunção de inocência – que não é uma decorrência necessária –, implicaria o enfraquecimento do nosso Código Processual, além da ofensa ao Devido Processo Legal, bem como à segurança jurídica e ao art. 5º, LV, da CF, o qual prevê expressamente que "**aos litigantes**, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral **são assegurados** o contraditório e ampla defesa, **com os meios e recursos a ela inerentes**" (grifei).

Atente-se, ainda, que não se admite ao intérprete a atuação como legislador positivo, a fim de modificar a finalidade da norma à sua conveniência.

Acrescente-se ao raciocínio a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, surgida posteriormente, quando se percebeu que eles encapsulavam os valores mais prezados pela sociedade, de modo que o foco não deve ser apenas a pretensão de um sujeito em face do Estado, mas a proteção de todas as relações que ocorrem na sociedade.

Assim, o Estado, sendo também um bem jurídico, tem substância de norma de direito fundamental, sendo sujeito de direitos fundamentais, tais como os de índole processual (Ampla Defesa, Contraditório, obtenção de decisão judicial fundamentada, entre outros). São direitos de que o Estado também é titular, podendo-os invocar mesmo contra um particular.

Se ficássemos estacionados na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (direitos do sujeito em face do Estado), seria inconcebível tal entendimento.

E não há como negar que a intervenção penal é medida de proteção de bens jurídicos, de modo que a previsão de mais um recurso a fim de perseguir a escorreita persecução penal também está em prol da sociedade.

INGO SARLET[147] sustenta que:

> a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

[147] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/11711/11776/11bae#JD_AJURIS109PG142-SUM2>.

Igualmente, aduz que:

> (...) dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém relembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares. Tal dever de proteção – para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais – pode ser também reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.

Anote-se, ademais, a compreensão do garantismo penal cunhado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, muito pregado na atualidade, o qual não pode ser considerado apenas em sua visão monocular, servindo, apenas, para beneficiar os processados ou os condenados, protegendo seus direitos fundamentais e individuais.

Defende-se o garantismo integral, o garantismo binocular, que visa resguardar os interesses não só do Acusado mas também da sociedade, devendo-se considerar que o processo penal também é medida de defesa social.

Segundo DOUGLAS FISCHER[148]:

> (...) Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. Se a onda continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constatarmos o equívoco em que se está incorrendo no presente ao se maximizar

[148] FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60553/garantismo_penal_integral.pdf>.

> exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do Garantismo Penal.

Portanto, reitero o que tem entendido esta Corte Superior, no sentido de que o Ministério Público Militar é parte legítima para opor Embargos Infringentes *pro societate*, tendo o mencionado dispositivo legal consagrado a paridade de armas entre os litigantes (isonomia processual) quanto à oposição desse Recurso, nos termos dos arts. 538 do CPPM e 119 e seguintes do Regimento Interno do STM.

Desse modo, não há que se cogitar da incompatibilidade constitucional do art. 538 do CPPM, não havendo que se falar em ofensa aos princípios suscitados, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal, segundo entendimento desta Corte. Confira-se:

> Embargos Infringentes do Julgado. Homicídio culposo (CPM, art. 206, § 1º). 1) Preliminar de não conhecimento arguida por Ministro do STM. Rejeição. O Ministério Público Militar tem legitimidade para opor Embargos Infringentes. O art. 538 do CPPM consagrou a paridade de armas quanto à oposição de embargos infringentes e de nulidade contra as decisões desta Corte, não unânimes, em sede de recurso em sentido estrito e de apelação. Precedentes do STM. (...) Rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, rejeitados os embargos. Decisão majoritária. (Embargos nº 2-59.2006.7.03.0203/DF, Relator Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, julgada em 2/4/2013, DJe de 3/5/2013);
>
> ABSOLVIÇÃO DE CIVIL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E MANUTENÇÃO NESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO PELO MPM. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL E DE INTERESSE RECURSAL, PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, REJEITADAS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. A legitimidade recursal do representante do MPM para oposição de Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado já foi amplamente discutida em sede de Agravo Regimental, ocasião em que esta Corte Superior de Justiça conheceu do aludido recurso *pro societate* e determinou o seu recebimento. (...) Recurso não acolhido. Decisão unânime. (Embargos nº 33-70.2010.7.02.0202/SP, Relator Min. Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, julgada em 30/10/2012, DJe de 28/11/2012).

De igual modo, também há doutrina convergente quanto ao ponto. Cito CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES e MARCELLO STREIFINGER[149], que ensinam que os Embargos "podem ser interpostos pelo Ministério Público e pelo réu (...) há, por assim dizer, a busca de uma paridade de armas".

---

[149] NEVES, Cícero Robson Coimbra; e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 887.

Por fim, a atuação dos membros do Ministério Público entre si, como é de todos sabido, é independente. Nesse sentido cito a jurisprudência do STF:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. ARTIGOS 288 (REDAÇÃO ANTERIOR), 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.613/98. (...) PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. (...) 3. A teratologia ou abuso de poder ou flagrante ilegalidade não se caracteriza pelo fato dos membros do Ministério Público legitimados para atuar perante a 1ª instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios alterarem a estratégia acusatória que fora adotada pelos agentes ministeriais legitimados para atuar perante o STJ e o TJDFT, uma vez que, independentemente de eventual subordinação administrativa, não há, quanto à atividade-fim, dado o princípio da independência funcional que é basilar à atuação do Ministério Público, qualquer espécie de vinculação técnica entre os membros da instituição que atuam perante instâncias diversas. 4. O princípio da independência funcional está diretamente atrelado à atividade finalística desenvolvida pelos membros do Ministério Público, gravitando em torno das garantias (a) de uma atuação livre no plano técnico-jurídico, isto é, sem qualquer subordinação a eventuais recomendações exaradas pelos órgãos superiores da instituição; e (b) de não poder ser responsabilizado pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções. 5. Consoante o postulado do promotor natural, a definição do membro do Ministério Público competente para oficiar em um caso deve observar as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições em um determinado foro de atuação, obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão por meio de eventuais designações especiais 6. A proteção efetiva e substancial ao princípio do promotor natural impede que o superior hierárquico designe o promotor competente bem como imponha a orientação técnica a ser observada. 7. Os subprincípios da imparcialidade e do livre convencimento são corolários do princípio da independência funcional assegurado aos membros do Ministério Público, sem qualquer prejuízo ao postulado da obrigatoriedade que, como regra, pauta a ação penal pública no sistema jurídico brasileiro. 8. Consectariamente, ostenta o membro do Ministério Público plena liberdade funcional não apenas na avaliação inicial que faz, ao final da fase de investigação, para aferir a existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória; como também no exame que realiza, ao final da instrução processual, quanto à

> comprovação dos indícios de autoria originariamente cogitados, sendo certo que a imparcialidade na formação da *opinio delicti* se efetiva na hipótese em que o membro do Ministério Público é efetivamente livre na formação de seu convencimento, o que implica dizer, por óbvio, que sua atuação de modo algum poderá ser vinculada a eventual valoração técnico-jurídica pretérita dos fatos sob avaliação, mesmo que proveniente de outro membro da instituição que possua atribuição para atuar em instância superior àquele primeiro. 9. *In casu*, é irrelevante que outros membros do Ministério Público com atribuição para atuar em instância superior, em virtude da análise dos mesmos fatos, tenham, anteriormente, oferecido denúncia de diferente teor em face do ora paciente, uma vez que, conforme devidamente reconhecido pelos órgãos jurisdicionais a que submetida a pretensão, não eram aqueles, porquanto incompetente o juízo, os promotores naturais para exercer a pretensão acusatória. Consectariamente, possuindo o promotor natural – aquele com atribuição para atuar na 1ª instância – entendimento jurídico diverso e não se encontrando tecnicamente subordinado àqueles primeiros, não há qualquer nulidade na alteração do teor da peça acusatória que fora por eles oferecida. 10. A nulidade alegada pela defesa de que sofrera prejuízo em decorrência do fato de que, por ter se pronunciado nas instâncias superiores anteriormente ao desmembramento da ação penal, adiantara suas exceções processuais e de mérito não se verifica. Isso porque, além da alegação defensiva ser incompatível com o princípio da independência funcional – já que é plena a liberdade do promotor natural para formar sua *opinio delicti*, independentemente dela, eventualmente, corroborar o alegado pela defesa em fases anteriores do processo –, não houve comprovação quanto a nenhum prejuízo concreto que o ora paciente possa ter sofrido em decorrência da cogitada valoração. 11. As nulidades reclamam, para seu reconhecimento, a comprovação de prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), vedada a presunção, com o escopo de se evitar excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional, na esteira da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, aplicável às nulidades absolutas e relativas. 12. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem, ante a ausência de teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso em habeas corpus lá impetrado. 13. Voto pela denegação da ordem de habeas corpus. (HC 137637, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2018 PUBLIC 25-04-2018).

Ante o exposto, não conheço da preliminar de incompetência do Ministério Público Militar para apresentar Recurso de Embargos Infringentes, suscitada pela Defensoria Pública da União.

É como voto.

MÉRITO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a parte não unânime do Acórdão desta Corte, proferido nos termos do voto do Ministro-Relator para o Acórdão Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, assim ementado:

> AMEAÇA A MILITAR. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJM. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NULIDADE DO PROCESSO DESDE O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. REJEITADA POR UNANIMIDADE. PROVAS FRÁGEIS. AUTORIA NÃO COMPROVADA. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. DECISÃO POR MAIORIA. Inexiste ofensa ao Princípio da Legalidade se a Sentença atacada está conforme a livre convicção motivada do Conselho de Justiça e fundamenta-se em jurisprudência, doutrina e interpretações adequadamente correlacionadas, perfazendo, dentro dos limites previstos, uma decisão harmônica em relação aos ditames constitucionais. Preliminar rejeitada por unanimidade. A fragilidade das provas carreadas as autos, que deixa lacunas no tocante ao esclarecimento da autoria do crime, impõe, à luz do Princípio *in dubio pro reo*, a absolvição do acusado. Decisão por maioria.

Requer o MPM a prevalência do entendimento minoritário firmado pelos dos Ministros Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ e Ten Brig Ar FRANCISO JOSELI PARENTE CAMELO, que mantinham incólume a Sentença que condenou WALLISON RIBEIRO DE FREITAS, ex-Sd FN, à pena de 11 (onze) dias de detenção, como incurso, por duas vezes, no art. 223, *caput*, c/ c o art. 48, parágrafo único, ambos do CPM, e art. 71 do CP.

Sustenta que, pelas ligações telefônicas ameaçadoras efetuadas pelo Réu, bem como pelo depoimento das duas testemunhas que afirmaram ter ele confessado a realização das mencionadas ligações telefônicas (fls. 100/102 e 97/99), estaria comprovada a prática do delito de ameaça.

Apurou-se, na Apelação nº 77-85.2015.7.10.0010/CE, a responsabilidade do Réu por ter ameaçado de morte, por duas vezes, o 1º TEN MIGUEL LEAL NETO, por intermédio de duas ligações telefônicas dirigidas à Escola de Aprendizes-Marinheiros do Ceará/CE – EAMCE, e por interpostas pessoas, por meio das palavras de baixo calão "Vou dar um tiro nesse Filho da Puta" e "Vou matar esse nojento", quando lhe informaram ao telefone que o 1º Tenente não se encontrava no local.

Consta que o Réu foi licenciado do Serviço Ativo da Marinha do Brasil pela conclusão do seu tempo de serviço, desincorporado por estar definitivamente

incapaz para o exercício do Serviço, devido a doença sem relação de causa e efeito com o serviço, de acordo com a Portaria nº 946/CPesFN, de 14 de setembro de 2015 (fls. 52/53).

A tentativa de contato com o 1º TEN (RM2-1) MIGUEL LEAL NETO teria ocorrido por ser este o assessor jurídico daquela OM, objetivando o Réu tratar de assuntos referentes a seu estado de saúde, habitação e do cancelamento do seu pagamento.

O Réu, embora negue as ameaças, confirmou ter efetuado os contatos telefônicos à procura do Ofendido, sem, contudo, localizá-lo.

Com efeito, a prova dos autos é exclusivamente testemunhal, não tendo sido superada a dúvida quanto ao uso das palavras supostamente ameaçadoras, uma vez que o Réu nega tê-las proferido, tendo dito que nem se recorda da data que ligou na OM à procura do Ofendido.

A Sentença condenatória fundamenta a condenação pela ótica do ônus da prova, segundo a qual, de acordo com o art. 296 do CPPM, caberia à Acusação o ônus de deixar patente a existência do crime, a autoria e a evidência do dolo, cabendo à Defesa comprovar os fatos desconstitutivos da Acusação.

Assevera o CPJ que o dolo ficou evidenciado pela simples descrição da forma e tom em que as palavras foram proferidas, não tendo a Defesa trazido elementos que pudessem desconstituir tal evidência.

No entanto, em termos processuais, não cabe à Defesa comprovar que o Acusado não cometeu o crime. A resistência passiva do Acusado já se mostra suficiente a reclamar do Acusador que se desincumba do ônus da prova. Isso decorre da garantia inafastável da presunção de inocência.

Ademais, a simples dúvida incutida no julgador, em não sendo vencida, redunda na decisão *pro reo*. Desse modo, vislumbro ser esse o caso dos autos, o qual, como se vê, se resume ao dito pelo não dito, não tendo a Acusação efetuado todas as diligências necessárias e possíveis no caso.

Além disso, as testemunhas relataram as ligações telefônicas, mas não comprovaram a autoria, que foi negada pelo Réu.

E, nesses termos, bem pontuou o voto condutor do Acórdão desta Corte, *in verbis*:

> Note-se que, mesmo assim, não foi quebrado qualquer sigilo telefônico para obter dados passíveis de relevância.
>
> Diante da ausência de gravações, nenhum teste de voz foi dedicado às falas ameaçadoras, podendo, na verdade, terem sido realizadas por terceiros.

> Tampouco em relação ao telefone da OM, obtiveram-se os números dos aparelhos de quem teria ligado nas datas correlatas às condutas que foram atribuídas ao réu: 1º e 6.10.2015.
>
> Não houve a confrontação das datas para deslegitimar a incerteza alegada pelo réu. Da mesma forma, as contradições havidas entre os depoimentos do réu e da sua esposa quanto aos telefones dos quais teriam partido as ligações desferindo ameaças também não foram elucidadas.
>
> Inexiste suporte a desvaler a legitimidade dos depoimentos das testemunhas, ambas integrantes da Marinha. Entretanto, faltam dados cabais que esclareçam, sem qualquer margem de dúvida, se a pessoa interlocutora, do outro lado daquelas ligações telefônicas, era ou não o réu.
>
> Nesse contexto, o MPM não carreou aos autos as provas que seriam essenciais para confirmar a imputação inserta na Denúncia.
>
> É de se lamentar a fragilidade das provas que deixa lacunas no tocante ao esclarecimento da autoria do crime, impondo-se, à luz do princípio *in dubio pro reo*, a absolvição.

Assim, diante das dúvidas e da ausência de maiores diligências, não se pode aceitar como incontroverso o fato de ter o Acusado cometido o delito em exame, fazendo-se imperiosa a aplicação do Princípio do *In Dubio Pro Reo*, que deve prevalecer para impedir a responsabilização do Acusado enquanto restar dúvida sobre a materialidade ou autoria do crime, ou mesmo certeza acerca da culpabilidade.

Certo é que as provas carreadas aos autos não foram capazes de apontar, com firmeza, a ocorrência do crime, tampouco sua autoria. E, dada essa insuficiência, deve prevalecer o citado Princípio. Deixando a instrução probatória receio, desconfiança ou suspeições quanto aos fatos, impõe-se a absolvição do Acusado por insuficiência de provas.

Acerca do tema, posiciona-se esta Corte, como aponta o seguinte julgado:

> MPM. EMBARGOS INFRINGENTES. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ART. 251, C/C O ART. 30, INCISO II, AMBOS DO CPM). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. (...) O principio do *in dubio pro reo* implica que na dúvida interpreta-se em favor do Acusado. É a consagração da presunção da inocência e destina-se a não permitir que o agente possa ser considerado culpado de algum delito enquanto restar dúvida sobre a sua inocência. Embargos rejeitados. Decisão unânime. (STM. APELAÇÃO nº 133-34.2010.7.12.0012/DF. Relator Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Julgado em 2/8/2016. Publicado em 10/8/2016).

Portanto, não sendo superada a dúvida quanto à materialidade dos crimes ou mesmo sua autoria, atrai-se a aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*, impondo-se, no caso, a manutenção da absolvição.

Ante o exposto, voto pela rejeição dos Embargos Infringentes do Julgado opostos pelo Ministério Público Militar para manter íntegro o Acórdão recorrido 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 José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em não conhecer da preliminar de incompetência do Ministério Público Militar para apresentar Recurso de Embargos Infringentes, suscitada pela Defensoria Pública da União. No mérito, **por maioria**, em rejeitar os Embargos Infringentes do Julgado, mantendo íntegro o Acórdão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 10 de maio de 2018 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE DO MINISTRO

Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO
Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 77-85.2015.7.10.0010-DF

Votei convergindo com meus eminentes pares, em julgamento que, por unanimidade, rejeitou a preliminar de inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM suscitada pela Defensoria Pública da União.

Em análise dos autos, verifica-se que os presentes Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado foram opostos pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar em face de Acórdão não unânime da Corte, proferido nos autos da Apelação nº 77-85.2015.7.10.0010/CE, que, no mérito, deu provimento ao apelo da Defesa do ex-Sd FN **WALLISON RIBEIRO DE FREITAS**, para reformar a Sentença recorrida e absolver o Apelante da prática do crime de ameaça.

Nas razões recursais, o ilustre representante ministerial postulou a prevalência do Voto Vencido da lavra do Eminente Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, para que fosse "(...) reformado o decreto absolutório, mantendo-se a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau" (Evento 1 - Doc 20- INIC).

Preliminarmente, entretanto, a Defensoria Pública da União, em **contrarrazões**, suscitou a **inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM**, na parte que permite a interposição dos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado pela acusação, pugnando pelo não conhecimento do recurso, uma vez que utilizado pelo "custos legis" atuando como acusação.

A DPU defendeu a tese da inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM, sob o pretexto de que os Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado são recursos exclusivos da defesa, conforme previsão contida no Código de Processo Penal comum, afirmando, ainda, que "É notória afronta ao texto constitucional e aos regramentos infraconstitucionais, como também a

tratados internacionais como o Pacto São José da Costa Rica, (...)" (Evento 1 - Doc 13-CONTRAZ).

Passando à análise dos argumentos aduzidos pela Defensoria Pública da União, saliento que **totalmente descabida é a pretensão da Defesa de aplicação**, ao caso *sub examine,* **do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal**[150], tendo em vista que a Lei Adjetiva Castrense possui dispositivo específico acerca do cabimento do recurso de Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, inexistindo lacuna penal a ser suprida pela legislação comum.

O art. 538 do CPPM revela-se como norma especial e, ao expressamente prever que "**O Ministério Público e o réu poderão opor embargos** de nulidade, **infringentes do julgado** e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar" (grifo nosso), afasta a incidência da norma geral, por força do princípio da especialidade ("lex specialis derogat legi generali").

Aliás, no que diz respeito às diferentes redações encontradas quando se comparam os dispositivos da legislação processual penal comum (Decreto-Lei nº 3.689, de 3/10/1941) e da legislação processual penal militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21/10/1969), **é evidente que o legislador especial não foi omisso quanto às hipóteses de cabimento dos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado**, ao contrário, foi bastante enfático ao assegurar a possibilidade de serem manejados tanto pela acusação quanto pela defesa.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, julgando habeas corpus impetrados contra Acórdãos proferidos por esta Corte, fez consignar, **especificamente** quanto ao **princípio da especialidade**, que:

– STF, HC 91225/RJ, Segunda Turma, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 19/6/2007, publicado em DJe 10/8/2007:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. REVELIA DECRETADA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 292 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.**
>
> 1. Alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa, fundada na recusa em aplicar, subsidiariamente, o artigo 366 do CPP, no que prevê a suspensão do processo quando o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado.

[150] Código de Processo Penal
Art. 609. (...)
Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

> 2. O artigo 292 do Código de Processo Penal Militar dispõe a propósito da decretação da revelia quando o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado.
>
> 3. O artigo 366 do Código de Processo Penal Comum preceitua que 'se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional'.
>
> 4. **A transposição de normas mais benéficas de um para outro sub-ordenamento não se justifica. Não se a pode consumar já no plano normativo se ela não foi anteriormente consumada no plano legislativo. No julgamento do HC n. 86.854, a 1ª Turma desta Corte decidiu 'não ser possível mesclar os regimes penais comum e castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao réu, sob pena de se gerar um hibridismo normativo, incompatível com o princípio da especialidade'.**
>
> **Ordem denegada.** (grifos nossos e no original).

– STF, HC 108420/PE, Primeira Turma, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 16/8/2011, publicado em DJe 31/8/2011:

> Ementa: HABEAS CORPUS. **PROCESSUAL PENAL MILITAR**. CITAÇÃO POR EDITAL. REGRA DO ART. 292 DO CPPM. **PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. LEGALIDADE**. RÉU QUE PERMANECEU FORAGIDO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EVENTUALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE O *WRIT* CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. SUPERAÇÃO DOS ARGUMENTOS RELACIONADOS À PRISÃO CAUTELAR. RÉU CUMPRINDO PENA POR CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **ORDEM DENEGADA**.
>
> **I - Na hipótese, a norma de regência está prevista no art. 292 do Código de Processo Penal Militar, não sendo o caso de se invocar a regra geral da matéria, prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, por força do princípio da especialidade.**
>
> II - Afastada a alegação de nulidade da citação por edital porque não teriam sido esgotados todos os meios de encontrar o paciente, uma vez que este foi considerado foragido durante toda a ação penal, sendo, inclusive, acusado por outro crime de roubo a um posto de gasolina, cometido pouco antes do delito objeto desta impetração.
>
> III - As escutas telefônicas realizadas durante as investigações, devidamente autorizadas, não chegaram, conclusivamente, ao paradeiro do paciente, não sendo crível a afirmação de que ele, por todo esse tempo, estivesse em seu endereço principal aguardando a definição do seu processo.
>
> IV - Ação penal que teve regular processamento, sendo o paciente patrocinado pela Defensoria Pública da União, que apresentou todas as peças defensivas, entre elas o recurso de apelação e os respectivos embargos declaratórios.

> V - Esta Suprema Corte, ademais, tem entendimento consagrado no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie.
>
> VI - Como tenho reiteradamente assentado, salvo em hipóteses excepcionais de evidente teratologia ou de flagrante cerceamento de defesa, que impliquem em grave prejuízo para o réu, considero que o habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal.
>
> VII - Superada a alegação de ausência de fundamentos para a prisão cautelar do paciente, que, atualmente, se encontra preso em virtude de condenação transitada em julgado.
>
> VIII - **Ordem denegada**. (grifos nossos).

No ponto em que a DPU invoca o **controle de convencionalidade**, aduzindo, levianamente, que o art. 538 do CPPM está em conflito com **tratados internacionais**, compete tecer os esclarecimentos a seguir.

A Defesa não se desincumbiu de indicar o dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ou de outro tratado internacional que estaria sendo alvo de afronta pela legislação processual penal militar.

Entretanto, não me furto ao enfrentamento da matéria, para **reforçar** a constitucionalidade do art. 538 do CPPM.

Após a leitura do **texto integral** da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22/11/1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, fica **corroborado** que o art. 538 do CPPM está em perfeita consonância com o texto constitucional vigente, bem como com a mencionada convenção, uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê a especialidade da Justiça Militar, conferindo à legislação penal militar regras particulares.

Em **recente decisão**, a própria Suprema Corte Constitucional, ao examinar pedido de habeas corpus, impetrado "(...) com o intuito de se discutir a constitucionalidade e não convencionalidade do crime de desacato aplicado a civis no âmbito da Justiça Militar da União", externou o seu posicionamento nos termos da ementa abaixo transcrita:

– STF, HC 141949/DF, Segunda Turma, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/3/2018, publicado em DJe 23/4/2018:

> HABEAS CORPUS. 2. Crime de desacato a militar (art. 299 do Código Penal Militar). 3. **Controle de constitucionalidade** (arts. 1º; 5º, incisos IV, V e IX, e 220 da Constituição Federal) **e de convencionalidade** (art. 13 da **Convenção Americana de Direitos Humanos** (**Pacto de São José da Costa Rica**). 4. Alegada ofensa à liberdade de expressão e do pensamento que se rejeita. 5. **Criminalização do desacato que se**

> **mostra compatível com o Estado Democrático de Direito**. 6. Ordem denegada. (grifos nossos).

Nesse ponto, em virtude dos **relevantes esclarecimentos** acerca do **atual modelo brasileiro de controle das normas pátrias**, que comporta, além do controle de constitucionalidade, também um controle de convencionalidade das mesmas, pertinente transcrever trecho do inteiro teor do Acórdão lavrado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus 141949/DF:

> Sabe-se que os tratados de direitos humanos têm para nós significado ímpar, extraindo da Constituição Federal a sua condição de validade. Sobre a incorporação dos tratados ao direito interno, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, possibilitou-se elevar aqueles relativos a direitos humanos ao patamar das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição). Para tanto, devem esses tratados ser aprovados pelo Poder Legislativo (posteriormente, ratificados pelo Executivo) por três quintos dos votos de cada uma das suas Casas, em dois turnos de votação.
>
> Registre-se que já anteriormente à referida EC, a partir de decisões do STF, elevou-se o *status* dos tratados de direitos humanos a patamar superior ao das leis ordinárias, evoluindo relativamente às decisões anteriores (desde a década de 70, no RE 80.004/SE) que equiparavam os tratados internacionais (quaisquer que fossem, de direitos humanos ou não) ao nível da legislação ordinária.
>
> Assim, se os tratados de direitos humanos podem ser (i) equivalentes às emendas constitucionais (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), se aprovados pelo Legislativo após a EC 45/2004, ou ainda (ii) supralegais (segundo o entendimento atual do STF RE 349.703/RS), se aprovados antes da referida Emenda, o certo é que, estando acima das normas infraconstitucionais, hão de ser também paradigma de controle da produção normativa doméstica.
>
> Destarte, para além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro atual comporta, também, um controle de convencionalidade das normas domésticas.

Interessante notar, a título de comentário, que **não passa despercebido que a** invocada **convenção internacional**, ao abordar o tema "Liberdade de Associação", **igualmente impõe** que seja conferido **tratamento diferenciado aos militares integrantes das Forças Armadas**:

> ARTIGO 16
>
> Liberdade de Associação
>
> 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

> **2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas** ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
>
> **3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas** e da polícia. (grifos nossos).

Por fim, de modo a afastar eventual dúvida que porventura possa remanescer, **precisamente** quanto à **plena adequação do art. 538 do CPPM ao texto constitucional**, encontramos entendimento do **Pretório Excelso** que, na decisão cautelar proferida, no dia 12/6/2012, nos autos do Habeas Corpus nº 113753/SP, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, publicada em DJe 19/6/2012, **defendeu a constitucionalidade do art. 538 do CPPM**:

> **DECISÃO: 1.** Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de WANESSA MOLINA, contra acórdão do Superior Tribunal Militar que, em agravo regimental, conheceu dos Embargos Infringentes nº **33-70.2010.7.02.0202**, interpostos pelo Ministério Público Militar.
>
> Segundo a impetração, a paciente foi absolvida pelo Conselho Permanente da Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM quanto a imputação do crime previsto no artigo 251, § 3º, do Código Penal Militar.
>
> Inconformado com a absolvição, o Ministério Público interpôs apelação, desprovida por maioria no Superior Tribunal Militar.
>
> Contra esse acórdão o Ministério Público Militar interpôs embargos infringentes, amparado no artigo 538 do CPPM.
>
> Em decisão monocrática o relator não conheceu dos embargos infringentes, ao fundamento de que, ao se referir à 'sentença', o art. 538 do CPPM só seria aplicável em decisões proferidas pelo STM em processo originário.
>
> Contra a decisão, o Ministério Público interpôs agravo regimental, a que foi dado provimento para conhecer dos embargos infringentes.
>
> **Alega, aqui, a defesa, que o art. 538 do CPPM só se aplica, de fato, aos processos originários do STM. Aduz, ainda, ser inconstitucional norma que permita a interposição de embargos infringentes pelo órgão de acusação.** Sustenta violação ao princípio da igualdade no prisma substancial, pois a existência dos embargos infringentes se justifica pela necessidade de conferir maior grau de certeza às decisões condenatórias não-unânimes.
>
> Requer, liminarmente, seja determinado o sobrestamento do processo em trâmite no STM. **No mérito, requer seja declarada a impossibilidade da propositura de embargos infringentes pela acusação, assim como, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 538 do CPPM.**

> **2.** Não é caso de liminar.
>
> **A possibilidade de oposição de embargos infringentes pela acusação não deriva de entendimento jurisprudencial ou do Regimento Interno do STM, mas de norma legal expressa. Eis o inteiro teor do artigo 538 do CPPM:**
>
> **"Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar."**
>
> **Apesar de a redação do artigo 538 do CPPM fazer referência a "sentenças finais" proferidas pelo Superior Tribunal Militar, não se pode concluir, a priori, que os embargos de nulidade, infringentes e de declaração somente seriam cabíveis em processo originários do STM, nos quais, a propósito, também se prolatam acórdãos. A prevalecer tal interpretação, seria impossível a interposição de embargos infringentes até pela defesa.**
>
> Não vislumbro, ainda, a alegada inconstitucionalidade do artigo 538 do CPPM, por violação do princípio da igualdade. A princípio, a existência de determinação legal para admissibilidade de embargos pela acusação e defesa não ofende a paridade de armas - o que fatalmente ocorreria na hipótese de a legislação prever recurso exclusivo da acusação, por exemplo.
>
> Assim, sem prejuízo de melhor análise por ocasião do julgamento de mérito, não vislumbro razoabilidade jurídica no pedido.
>
> **3.** Isto posto, **indefiro a liminar**. (grifos nossos e no original).

A respeito da apreciação do mérito da ação constitucional, cumpre registrar que, em consulta ao andamento processual no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, na decisão de 5/3/2015, publicada no DJe em 9/3/2015, o Ministro-Relator do Habeas Corpus nº 113753/SP julgou prejudicado o pedido, em virtude da ocorrência da perda de objeto da referida ação, e determinou o arquivamento.

Entretanto, relevante notar que, quanto ao mérito, foi acostada a manifestação do douto **Ministério Público Federal**, que, no exercício de sua atribuição constitucional de fiscal da lei, no Parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. MARIO JOSÉ GISI, opinou pela denegação da ordem:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. VIOLAÇÃO AO PROCESSO LEGAL E À PARIDADE DE ARMAS. INOCORRÊNCIA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - ART. 538 DO CPPM. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARIDADE DE ARMAS. TANTO A DEFESA COMO O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR ENCONTRAM-SE AUTORIZADOS

A VALER-SE DO RECLAMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

- Parecer pela denegação da ordem.

(...)

A pretensão defensiva não comporta acolhimento.

A possibilidade de oposição de embargos infringentes pelo Ministério Público Militar decorre de expressa previsão legal, consoante se observa do art. 538 do CPPM:

> "Art. 538. O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar."

Sobre o tema, vejamos os escólios da doutrina:

> "Cabem embargos de nulidade e infringentes do julgado, opostos pelo MP e pelo réu: contra decisão não unânime proferida em recurso em sentido estrito e em apelação; contra decisão não unânime proferida em processo oriundo de Conselho de Justificação; contra decisão definitiva, ou com força de definitiva, unânime ou não, proferida pelo Tribunal em ação originária; decisão unânime ou não proferida em representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para com o oficialato. Os embargos opostos contra decisão não unânime proferida no recurso em sentido estrito ou em apelação, somente serão admitidos quanto à parte do acórdão em que não tenha havido unanimidade (arts. 497 do CPPM e 119, I a III e § 1°, do RISTM).
>
> Se for unânime a condenação, mas houver divergência quanto à classificação do crime, quantidade, ou natureza da pena, os embargos serão admitidos na parte em que não houver unanimidade. Não cabem embargos de acórdão proferido em grau de embargos, salvo de declaração (arts. 538 e 539 do CPPM).
>
> Diversamente do CPPM, o CPP só admite embargos do réu contra decisão não unânime, que lhe for desfavorável (art. 609 do CPP), opinando Tourinho Filho que 'melhor seria fosse tal recurso extensivo, também à acusação' (Processo Penal, vol. 4, pág. 331)."[151]

Como se vê, **inadmissível a tese segundo a qual os embargos infringentes limitam-se às ações penais originárias de competência do Superior Tribunal Militar. Caso prevaleça o entendimento esposado na impetração, tanto a Defesa como o Ministério Público Militar encontrar-se-iam impossibilitados de valer-se, inclusive, dos embargos de declaração nas ações advindas da primeira instância, o que certamente não retrata a vontade do legislador. Infere-se daí que a**

[151] LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 606.

expressão "sentenças finais" equivale a acórdãos e, por consequência, aplicáveis às decisões proferidas pelo Colegiado.

E mais. **Diferentemente do Código de Processo Penal comum, que prevê a interposição de embargos infringentes tão-só pela Defesa, a legislação castrense, em atenção à paridade de armas, também legitima a Acusação a valer-se do referido reclamo**.

A propósito, insta assinalarmos que a função precípua dos embargos infringentes é a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais. Oportuniza-se, dessa forma, que a tese vencida/minoritária, a depender da autoridade dos seus fundamentos, venha a prevalecer. Sobre o tema, vejamos o que diz a doutrina:

> "O julgamento dos embargos infringentes e de nulidade pode dar azo ao que a doutrina convencionou chamar de voto médio. O voto médio consta na adoção de um critério para a obtenção da vontade da maioria, quando os votos dos membros do órgão colegiado são discrepantes entre si.
>
> Como exemplo, temos a divergência sobre o quantitativo da pena base aplicada a um acusado. O critério indicado pode variar conforme se adote a média aritmética das penas votadas pelos membros do tribunal, a pena que se situe em permeio às demais ou, ainda, a sanção que seja mais favorável ao acusado.
>
> A adoção do voto médio não dispensa o cuidado na tomada das votações dos membros do tribunal de maneira sistematizada, primeiramente os votos relativos às matérias pertinentes ao juízo de admissibilidade recursal e, depois, os votos referentes às matérias de direito material.
>
> Assim é que do acórdão constará sempre se o tribunal conheceu do recurso ou não (por maioria ou por unanimidade), bem como se, uma vez conhecido, o recurso foi provido ou improvido (por maioria ou por unanimidade).
>
> Com esse cuidado, tem lugar o que assevera, a propósito, Júlio Fabbrini Mirabete, vale dizer, o tribunal, ao apreciar os embargos, 'pode ficar com os votos vencedores ou com os vencidos (ou vencido) ou adotar uma terceira solução intermediária, entre ambas', tal como se dá quando 'há um voto negando provimento ao recurso, outro dando provimento integral e um terceiro dando provimento parcial', devendo prevalecer este último 'como voto médio'. Se houver empate, porém, deve prevalecer, em matéria criminal, a solução mais favorável ao acusado."[152]

Logo, **não há que se cogitar acerca da inconstitucionalidade do art. 538 do CPPM, eis que o referido dispositivo legal acaba por**

[152] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 1.024.

> **disponibilizar a ambas as partes, Defesa e Acusação, os mesmos mecanismos a tutelar seus respectivos interesses junto à Corte de Justiça Castrense. o que nada mais é que paridade de armas entre os litigantes (isonomia processual)**.
>
> Ante o exposto, **opinamos pela denegação da ordem.** (grifos nossos).

Nesse viés, além disso, é o reiterado posicionamento desta Superior Corte das Armas, conforme se verifica nos seguintes julgados:

– STM, Embargos 167-38.2012.7.12.0012/DF, Relator(a): Min. Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julgado em 18/10/2016, publicado em DJe 10/11/2016:

> **EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. MPM**. ART. 303 DO CPM. PECULATO. **PRELIMINAR DA DPU DE INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS OPOSTOS PELO MPM POR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, POR SEREM INCONSTITUCIONAIS, E POR SE TRATAR DE PEÇA EXCLUSIVAMENTE DA DEFESA. REJEIÇÃO**. ART. 102 DO CPM. AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL PARA ALTERAR DECISÃO EXPRESSA DO CONSELHO DE JUSTIÇA DE NÃO APLICAÇÃO DA PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. *REFORMATIO IN PEJUS,* VEDADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. MANUTENÇÃO *IN TOTUM* DO ACÓRDÃO EMBARGADO. MAIORIA.
>
> **Não há omissão no que diz respeito à oposição de Embargos Infringentes e de Nulidade perante esta Corte, tanto pelo MPM quanto pela Defesa, prevalecendo o entendimento de que o Órgão Ministerial possui legitimidade para opor Embargos Infringentes contra Acórdão proferido em recurso de Apelação, consoante o princípio da paridade das armas, consagrado no art. 538 do CPPM.**
>
> Ademais, **na qualidade de *custos legis*, pode o Procurador-Geral da Justiça Militar postular e requerer o que de direito, não havendo falar em ausência de interesse recursal, de conformidade com o que preceitua o art. 123 da Lei Complementar nº 75. Preliminar rejeitada por falta de amparo legal. Unânime**.
>
> (...) (grifos nossos e no original).

– STM, Embargos 2-59.2006.7.03.0203/DF, Relator(a): Min. Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, julgado em 2/4/2013, publicado em DJe 3/5/2013:

> **EMENTA:** Embargos infringentes do Julgado. Homicídio culposo (CPM, art. 206, § 1º). **1) Preliminar** de não conhecimento arguida por Ministro do STM. Rejeição. **O Ministério Público Militar tem legitimidade para opor Embargos Infringentes. O art. 538 do CPPM consagrou a paridade de armas quanto à oposição de embargos infringentes e de nulidade contra as decisões desta Corte, não unânimes, em sede de recurso em sentido estrito e de apelação. Precedentes do STM. 2) Mérito:** Crime comissivo por omissão ou

> omissivo impróprio. Nexo causal. Princípio do *in dubio pro reo*. Para atribuição de uma conduta típica ao agente, nos crimes comissivos por omissão, é indispensável, também, que seja demonstrada a relação de causalidade entre a omissão e o resultado ao bem jurídico tutelado. As provas testemunhal e pericial não conseguiram demonstrar, indene de dúvidas, que a conduta médica da ré ocasionou ou poderia evitar o resultado fatal, impondo-se, assim, a aplicação do Princípio *in dubio pro reo*. **Rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso** e, no mérito, rejeitados os embargos. Decisão majoritária. (grifos nossos e no original).

– STM, Embargos 36-04.2010.7.03.0103/DF, Relator(a): Min. Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgado em 14/11/2012, publicado em DJe 10/12/2012:

> **EMBARGOS INFRINGENTES. MPM. ESTELIONATO. REJEIÇÃO DE PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. *IN DUBIO PRO REO*.**
>
> **1. A legislação processual penal militar e o Regimento Interno do Superior Tribunal Militar possibilitam a oposição de Embargos Infringentes e de Nulidade pelo MPM.**
>
> 2. A inexistência de obrigação legal de comunicação à Administração Militar do óbito de ex-pensionista, por descendente direto, e a ignorância quanto à tipicidade penal de sua conduta de sacar os valores erroneamente depositados impedem a comprovação do dolo específico, obtenção de vantagem indevida, e conduzem à aplicação do Princípio *do in dubio pro reo*.
>
> **Recurso não provido. Decisão por maioria.** (grifos nossos e no original).

– STM, Agravo Regimental 33-70.2010.7.02.0202/DF, Relator(a) p/ o Acórdão: Min. Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, julgado em 12/2/2012, publicado em DJe 2/5/2012:

> EMENTA: **AGRAVO REGIMENTAL. MPM. DECISÃO QUE NÃO ADMITE OS EMBARGOS POR FALTA DE LEGITIMIDADE. EMBARGOS ADMITIDOS. AGRAVO REGIMENTAL ACOLHIDO.**
>
> **Não há que se falar, com base em legislação processual penal comum, na falta de legitimidade do Ministério Público Militar para oposição de Embargos Infringentes, pois tanto o subsistema processual penal comum quanto o militar apresentam as suas respectivas especificidades, com a diferença destacada no art. 538 do CPPM, que consagrou a paridade de armas no que diz respeito à oposição de embargos infringentes e de nulidade contra as decisões desta Corte, não unânimes, em sede de Recurso em Sentido Estrito e de Apelação.** Agravo Regimental deve ser acolhido para admitir os Embargos opostos pelo órgão ministerial.
>
> Agravo Regimental acolhido. Decisão majoritária. (grifos nossos e no original).

– STM, Embargos 10-38.2006.7.10.0010/DF, Revisor e Relator(a) p/ o Acórdão: Min. Gen Ex ANTONIO APPARICIO IGNACIO DOMINGUES, julgado em 12/5/2009, publicado em DJe 28/10/2009:

> Embargos Infringentes. Estelionato. **Arguição de inconstitucionalidade do art. 538 do CPPM.** Declaração falsa. Dolo.
>
> **Rejeitada preliminar da Defesa de arguição de inconstitucionalidade do art. 538 do CPPM.**
>
> Decisão por maioria.
>
> Declaração falsa prestada por militar com objetivo de receber verbas indenizatórias em montante superior ao que realmente teria direito, caracteriza o dolo antecedente à obtenção da vantagem indevida.
>
> A responsabilidade civil do agente, consubstanciada em previsão legal de devolução dos valores percebidos indevidamente, não o exime de responder pelo fato quando caracterizada a tipicidade da conduta.
>
> Embargos acolhidos.
>
> Decisão por maioria. (grifos nossos).

Assim, imperiosa é a aplicação do princípio da especialidade, prevalecendo o disposto no Código de Processo Penal Militar, que mantém inalterada e em pleno vigor a redação contida no art. 538 do CPPM.

Diante do exposto, votei pela rejeição da preliminar de inconstitucionalidade parcial do art. 538 do CPPM.

Redijo a presente Declaração de Voto Convergente para que integre o Acórdão, nos termos do art. 51, § 9º, do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 10 de maio de 2018.

Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro-Revisor

_____



Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 7000159-98.2018.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Paciente: Salim Ermison dos Santos Almeida, 2º Sgt Mar.

Impetrante: Cristiano Manoel de Castro Alves da Silva.

Impetrado: Juiz(a)-Auditor(a) Substituto(a) da Auditoria da 9ª CJM – Justiça Militar da União – Campo Grande.

EMENTA

HABEAS CORPUS. DEFESA. CONFLITO ENTRE MILITARES EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE. LESÃO CORPORAL LEVE. FATO OCORRIDO EM ÁREA ESTRANHA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. EVENTO PARTICULAR. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU). ART. 9º, II, A, DO CPM. REJEIÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. O embate entre militares em situação de atividade – independente do local da ocorrência – amolda-se à hipótese prevista na alínea "a" do inciso II do art. 9º do CPM, restando, por reflexo, competente a JMU para apreciar e julgar os fatos.

2. O dispositivo supramencionado não traz, como as demais alíneas do mesmo artigo, nenhuma condicionante, bastando, para a sua configuração, que a situação envolva militares em situação de atividade, em face da gravidade da conduta e dos possíveis reflexos na execução dos serviços prestados pelas Forças Armadas (FFAA).

3. A definição e o alcance da expressão "militares em situação de atividade" estão delineados no Estatuto dos Militares (E1), em seu art. 6º, o qual equipara as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em atividade militar". Em outras palavras,

contrapõem-se à situação de militar em inatividade, quais sejam, os da reserva e os reformados.

4. A necessidade de melhor exegese ao art. 9º do CPM resguarda as FFAA, evitando que desavenças possam se estender para o interior do quartel, com nocivo reflexo no convívio entre companheiros de caserna.

Habeas Corpus conhecido e negada a Ordem. Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu do **habeas corpus** e denegou a Ordem, por falta de amparo legal, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Antônio de Farias. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 26/4/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado por advogados constituídos pelo 2º Sgt FN[153] SALIM ERMISON DOS SANTOS ALMEIDA, em face de Decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), o qual recebeu a Denúncia em desfavor do Paciente e determinou o prosseguimento da Ação Penal Militar (APM) – mesmo após instado em sentido contrário –, confirmando a competência da Justiça Militar da União (JMU) para julgar o fato.

Nesse passo, os Impetrantes requerem, liminarmente, a suspensão da APM e a declaração da incompetência da JMU. No mérito, pedem a ratificação da liminar e a remessa dos autos para a Justiça Estadual do Mato Grosso do Sul.

Em síntese, narram os causídicos que, em 1º.10.2017, por volta das 22h00, nas dependências do Clube "Taberna", na cidade de Corumbá/MS, o Paciente, militar da ativa, acompanhado de seu cônjuge, estava confraternizando com o 2º Sgt FN GILSON DA SILVA ALVES e a sua esposa.

[153] Segundo-Sargento Fuzileiro Naval.

Em determinado momento, o Sd FN[154] TIAGO TADEU MENDES NEPOMUCENO SALLES, militar da ativa e também fuzileiro naval, aproximou-se do local onde estavam os graduados e as suas esposas, e, aproveitando-se da ausência temporária do 2º Sgt FN GILSON, convidou o cônjuge do citado militar para dançar, sendo advertido pelo Paciente.

Em resposta, o Soldado tê-lo-ia desrespeitado e proferido palavra de baixo calão, resultando, na sequência, em "vias de fato" com lesões corporais leves no Sd FN MENDES. Nesse contexto, foram denunciados pelo *Parquet* Militar: o Paciente como incurso no art. 209 – "lesões corporais leves" – e o Soldado no art. 216 – "injúria" –, ambos do Código Penal Militar (CPM).

Recebida a Denúncia, foi marcada a audiência de instrução.

A DPU, postulando em favor de ambos os envolvidos, formulou pedido de "reconsideração", dirigido ao Juízo Castrense, em face da suposta incompetência da JMU, argumentando que os fatos narrados não se subsumiam a crime militar, pois ocorreram fora de área sob a Administração Militar.

O pleito foi negado à unanimidade pelo Colegiado de Justiça *a quo*.

Diante dessa Decisão, Advogados particulares, constituídos pelo 2º Sgt Mar SALIM, impetram o presente *Writ* sustentando que a situação em apreço não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 9º do CPM.

Em suas Razões, argumentam:

> Os denunciados no caso em epígrafe apesar de serem militares da Marinha não estavam de serviço, missão, ou em área sob a administração militar. Estavam em ambiente civil localizado em cidade diversa de onde exercem suas atividades militares. Ademais disso, os fatos praticados pelos denunciados não ferem nenhum valor militar não põe em risco a disciplina ou hierarquia militar, e para além disso não atingem (sic) nenhum bem jurídico tutelado pelo Código Penal Militar.

Para tanto, reproduzem Decisão desta Corte, da lavra do Exmo. Sr. Ministro Dr. FLÁVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH, nos autos do Processo nº 2009.01.007617-0/RJ, além de julgados oriundos do STF.

Os autos vieram instruídos com cópia do IPM instaurado para apurar o evento em discussão, bem como da APM em curso.

Considerando os dados prestados pelos Impetrantes, indeferi o pleito liminar por entender ausentes os pressupostos ensejadores para a sua concessão. Na ocasião, determinei, ainda, a emenda da inicial – pela inexistência de assinatura dos Impetrantes –, a vinda das "Informações" e a abertura de vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM).

---

[154] Soldado Fuzileiro Naval.

A Inicial foi emendada (evento "10" do E-Proc).

Encontram-se acostadas aos autos as "Informações" da Autoridade apontada como coatora (evento "12" do E-Proc).

A PGJM, em Parecer do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ALEXANDRE CONCESI, pugna pela denegação da Ordem (evento "14" do E-Proc).

É o Relatório.

VOTO

O presente Habeas Corpus satisfaz os requisitos de admissibilidade.

Em linhas gerais, trata-se de episódio envolvendo militares da ativa – frise-se, ambos fuzileiros navais e servindo na mesma Unidade Militar –, em lugar estranho à Administração Militar, que culminou em xingamentos e vias de fato.

Instaurado IPM para apurar as circunstâncias do evento, este resultou em APM, a qual tramita na Primeira Instância desta Justiça Especializada.

Em síntese, a Defesa impetra o presente *Writ* atacando a competência da JMU para apreciar e julgar a situação descrita, argumentando que o local onde ocorreu o incidente não se situa em área sujeita à Administração Militar; nenhum dos envolvidos estava em serviço, manobra ou exercício; e que os fatos não têm relação com a condição de militar, incapaz, portanto, de trazer prejuízo ao "militarismo", consubstanciado na hierarquia e na disciplina.

Ainda em suas considerações, aponta a inaplicabilidade da alínea "a" do inciso II do art. 9° do CPM. Para tanto, assinala julgado isolado desta Corte, assim como reproduz precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF).

Não assiste razão aos Impetrantes.

A competência da JMU, em tempo de paz, está bem delineada pelo art. 9° do CPM, *in verbis*:

> **Crimes militares em tempo de paz**
>
> 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 e os previstos na legislação penal, 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;
>
> f) revogada.
>
> 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. (negrito no original e grifo nosso).

A despeito do aduzido pela Defesa, conforme a alínea "a" do inciso II do referido dispositivo, basta que o fato envolva o embate entre 2 (dois) militares da ativa para a competência ser desta Justiça Especializada. Isso porque, inexiste, na referida alínea, outra condicionante para a fixação da competência da Justiça Castrense, à exceção do fato de serem militares da ativa.

Significa dizer, não há a necessidade de nenhuma outra circunstância – como exigível nas demais alíneas e incisos constantes do referido artigo – para a configuração da competência da JMU, não podendo o julgador atuar *contra legem*.

Nesse aspecto, é fácil notar, a partir das outras situações elencadas, que a norma penal quando quer impor exigências, o faz de forma manifesta, como, por exemplo, nas alíneas "b" e "c", que requerem, respectivamente, a

realização do fato em "lugar sujeito à administração militar" e "atuando em razão da função". Semelhante raciocínio deve ser aplicado às demais alíneas e incisos do referido artigo.

Comentando a esse respeito, destaca ROSSETO[155]:

> **O critério adotado aqui é *ratione personae*. O militar em atividade é o militar da ativa e o militar em inatividade é o inativo.** O conceito pode ser extraído do art. 3º, § 1º, do Estatuto dos Militares, Lei 6.880, de 09.12.1980, que define os militares da ativa como os de carreira, os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar, os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados, os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva e, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas. **Militar em situação de atividade é aquele que está no serviço ativo ("na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em atividade"), não importa se de folga, de férias, à paisana ou mesmo em local não sujeito à administração militar. Assim, se de folga o militar vier a cometer contra outro militar fato definido como crime no Código Penal Militar, o delito será castrense. Silvio Martins Teixeira, ao comentar o art. 6º, II, a, do CPM de 1944, cuja redação é semelhante à alínea a, ora em exame, explica que surgiram divergências no seio da Comissão elaboradora do Código Penal Militar de 1944, vencendo a maioria que entendeu que todos os crimes entre militares têm origem ou refletem na vida militar, não importando se o crime foi praticado por militar em situação de atividade ou não.**
>
> (...)
>
> Nossa posição. O conceito de crime militar é *ex vi legis*. Com efeito, impõe-se que se atenda à lei: o fato é previsto como crime no Código Penal Militar e, sendo o autor e a vítima militares da ativa, dispensa-se a circunstância de estarem de folga e o motivo do crime. Não importa o motivo pessoal do crime. Pelo critério legal *ratione personae*, desde que previsto como crime no Código Penal Militar, o fato havido entre militares da ativa quando praticados fora das dependências do quartel, não importa que tenha ocorrido quando estavam de folga, subsume-se no art. art. 9º, II, a, do CPM. Aqueles que não aceitam ou ignoram o critério legal adotado pelo Código Penal Militar, com a argumentação, por exemplo, de que o crime não é de caráter militar porque sua motivação é estranha à administração militar, estão julgando ao arrepio da lei penal militar, que não tem palavra inútil e a ela nada se pode acrescentar. Inarredável, queiramos ou não, que a regra legal art. 9º, II, a, do CPM considera o crime militar, em tempo de paz, aquele praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma

[155] ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 108/110.

> situação. O militar encontra-se em situação de atividade quando está no serviço ativo, que tem por oposto o militar na inatividade, vale dizer, na reserva ou reformado. Assim o militar de férias, de folga ou fora das dependências do quartel encontra-se em situação de atividade. **Com o devido respeito, decisões que levam em conta o motivo do crime para afastar a competência da Justiça castrense não se ativeram ao texto legal, que, adequado ou não ao sabor do intérprete, deve-se ser observado, sobe pena de se transformar o texto legal em letra morta e de ser substituída a intenção do legislador**. (negrito nosso).

Igual entendimento se observa dos ensinamentos de NUCCI[156]:

> 53. Militar contra militar: a expressão em situação de atividade, em nosso entendimento, significa encontrar-se o militar na ativa, portanto, não se encontra na reserva, nem reformado. **Parece-nos que, fosse outro o objetivo da lei, deveria constar no exercício da função ou apenas em atividade (como, aliás, consta da alínea c: em serviço)**. A situação de atividade remete ao militar da ativa. (negrito nosso).

E continua o mencionado professor de forma elucidativa e didática:

> Os tribunais divergem nessa interpretação, ora adotando a tese de ser o militar da ativa, ora de ser o militar em serviço. Observa-se, no entanto, predominar a visão de se cuidar de militar da ativa, em oposição ao que se encontra reformado ou na reserva. E é o correto, pois essa ótica é fiel ao disposto pelo Código Penal Militar, além de atender à efetiva tutela ao bem jurídico primário dos delitos militares: hierarquia e disciplina.
>
> **Assim como o magistrado, que deve ter reputação ilibada e comportamento digno, mesmo fora da atividade jurisdicional, vale dizer, em sua vida privada, o militar deve demonstrar zelo disciplinar e respeito aos valores das Forças Armadas em todos os momentos da vida. Diante disso, o militar em situação de atividade, envolve quem está ativo no serviço militar, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade. Ser militar envolve inúmeras responsabilidades distintas da vida civil, justamente o motivo de existência da Justiça Especializada para julgar os delitos militares. Em qualquer cenário, o militar que agride o militar, ambos na ativa, deve ser julgado na Justiça castrense**. (negrito e grifo nosso).

Nessas circunstâncias, o julgador deve pautar-se pela *mens legislatoris*, considerando, sobretudo, as peculiaridades da legislação extraordinária.

Por se tratar de diplomas que compõem sistema jurídico específico, o CPM, tal qual o CPPM, devem ter seus dispositivos interpretados de forma literal – não comportando exegese "extensiva" ou "restritiva", salvo quando expressamente indicada –, sob pena de se desfigurar a norma e desvirtuar a intenção do legislador.

---

[156] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43/44.

Alinhada a essa compreensão, vale transcrever norma que, embora de natureza processual, bem indica a exegese a ser aplicada diante da especialidade do ordenamento jurídico castrense:

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

Nesse contexto, a norma prevista no art. 9º do CPM define de forma clara qual o Juízo Natural para aquelas situações descritas. Diante disso, conflitos envolvendo militares da ativa devem ser apreciados e julgados perante a JMU. Trata-se de interpretação harmonizada com a lei e em resguardo aos princípios que se busca proteger: a Hierarquia e a Disciplina militares.

Entender de forma diferente é fazer ruir o sistema em que se apoiam as Forças Armadas, pois o simples fato de se tratar de militares em atividade já é o bastante para que as desavenças possam se estender para o interior do quartel, com nocivos reflexos no convívio entre companheiros de caserna.

Repise-se que a situação alcança outros contornos se os envolvidos no conflito forem oficiais, mormente quando se tratar do Comandante da Unidade Militar. Ademais, caso o fato fosse tratado na Justiça comum, os reflexos seriam nefastos para a manutenção da disciplina militar, diante de instrumentos de transação previstos da legislação ordinária inaplicáveis em uma ação penal pública, na qual o interesse violado transcende a questão particular.

Em outra vertente, deve-se consignar que o Estatuto dos Militares (E1), em seu art. 6º, define a expressão "militar em atividade" como equiparada à militar "da ativa" ou "na ativa", reforçando o entendimento de que a norma penal visou, sobretudo, resguardar os princípios norteadores da atividade castrense, sem as quais não subsiste uma Força Militar.

Nesse ponto, reproduzo o disposto do E1 referenciado:

> Art. 6º **São equivalentes as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em atividade militar",** conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas. (negrito nosso).

Com efeito, da conjugação do art. 9º do CPM com o dispositivo acima referenciado aflora, inequivocamente, a competência da JMU para julgar os conflitos envolvendo militares em atividade ou da ativa, independentemente de se conhecerem; de estarem em local sujeito à Administração Militar; ou, ainda, em serviço, manobra ou exercício.

Em que pese o entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), recentemente essa temática foi submetida à apreciação em sede de Recurso de Habeas Corpus nº 91.473/RJ, cujo Relator Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, ao analisar situação envolvendo Policiais Militares em evento particular de confraternização de fim de ano – caso bastante semelhante ao ora analisado –, em Decisão monocrática confirmou a competência da Justiça Castrense Estadual.

Transcrevo parte desse *Decisum* qualificado:

> Quanto à alínea "a" do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, a jurisprudência desta Corte Superior consigna que "militar em situação de atividade quer dizer 'da ativa' e não 'em serviço', em oposição a militar da reserva ou aposentado (CC n. 96.330/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves, 3ª S., DJe 20/5/2009).
>
> (...)
>
> Esclarecem, assim, que "não se deve confundir a expressão 'em situação de atividade' com a expressão 'em serviço', sendo aquela mais abrangente que esta, porquanto é possível estar na ativa sem estar no serviço militar" (op. cit., p. 274).
>
> (...)
>
> Assim, observa-se, da doutrina e da jurisprudência, que não é necessário que o agente e a vítima, ambos militares da ativa, estejam em serviço no momento da prática delitiva, motivo pelo qual não verifico a apontada incompetência da Justiça Militar, uma vez que, como já relatado, tanto o recorrente quanto as vítimas eram policiais militares da ativa, embora o acusado estivesse de folga durante a prática delitiva.

Nesse processo, destaca-se, também, a Manifestação da Procuradoria da República:

> 11. Como se observa, a conduta delituosa sob análise consistiu no crime de ameaça, por policial militar da ativa, contra outro policial militar igualmente em situação de atividade, o que evidencia a ocorrência de crime militar, de acordo com o previsto no art. 9º, inciso II, "a", do Código Penal Militar. Dispõe o referido artigo:
>
> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> (...)
>
> 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;
>
> 12. Interpretando o dispositivo legal transcrito, a e. Corte Superior firmou o entendimento de que "militar em situação de atividade" é o oposto de militar em inatividade (como os militares da reserva), não

> tendo relação com a circunstância de o militar estar ou não "em serviço", "no exercício de suas funções", por ocasião da prática delituosa.
>
> 13. Isso posto, a Justiça Militar julga os crimes denominados propriamente militares e os considerados impropriamente militares. Os crimes propriamente militares são aqueles que só podem ser praticados por militares, como a covardia, a deserção, o desrespeito a superior, etc. Os denominados impropriamente militares são os que podem ser cometidos tanto por civil como por militar, tomando características de crime militar quando praticados nas circunstâncias previstas no art. 9o, incisos II e III do Código Penal Militar.
>
> 14. Nesse sentido, os seguintes julgados dessa e. Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:
>
> [...]
>
> 15. **Assim, como tanto o autor da conduta criminosa quanto o ofendido são militares em situação de atividade, há de ser afastada a alegação de incompetência absoluta da Justiça Militar, afigurando-se irrelevante, para fins de definição de competência, o fato de o recorrente estar de folga, em trajes civis e em local não sujeito à administração militar quando do cometimento do delito** (...). (negrito nosso).

Tais considerações atestam-se suficientes para formar uma convicção da competência da JMU para analisar casos envolvendo embate entre militares da ativa. A par disso, vale acrescentar passagem do bem elaborado Parecer da PGJM:

> **Com efeito, a alegada incompetência da Justiça Militar não resiste a mais simples das análises, uma vez que se trata de crime cometido por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, sendo ambos conhecedores de tais condições pessoais. O que a lei considera como crime militar de modo a atrair a competência da Justiça Militar para processar e julgar o autor do fato é a circunstância de serem, em casos da espécie, ambos militares da ativa, sendo desnecessário que estejam de serviço**.
>
> Desse modo, configurada uma das hipóteses previstas no art. 9º do CPM, e estando a conduta tipificada no diploma penal castrense ou na legislação penal comum, o crime será considerado militar, firmando-se, portanto, a competência da Justiça Castrense. (negrito nosso).

Aliás, esse tema já foi abordado quando de minha Declaração de Voto por ocasião do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 184-47.2016.7. 11. 0211/DF, cujo Relator foi o Min. Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgado em 22.8.2017. Por esmiuçar com inúmeros exemplos práticos os reflexos negativos de se afastar *contra legem* a competência da JMU em casos desse jaez – envolvendo conflitos entre militares da ativa –, transcrevo o referido voto, adotando os mesmos argumentos como razões de decidir também neste processo:

(...) o tema desperta diversas considerações em relação à JMU, a qual, diante do atual cenário, precisa ser melhor compreendida.

O primeiro passo, nesse objetivo cívico, ruma no sentido de se captar que o Poder Constituinte Originário (PCO) investiu na infraestrutura da JMU em defesa da supremacia do interesse coletivo da mais alta relevância, o qual atende a todos os brasileiros, independentemente de quem seja.

À luz de sua base principiológica, a JMU não tutela os militares ou, estritamente, as Forças Armadas. Embora pareça simples questão de semântica, na verdade há espectro muito mais amplo e útil. Ela existe para tutelar **o serviço** que as Forças Armadas prestam à sociedade, conforme a sua destinação constitucional.

Não se pode permitir que a alusão a cicatrizes do passado complete o seu intento de confundir. Conclama-se a coesão de todos, para que o País reúna as suas energias e o seu potencial num futuro mais promissor.

Nesse aspecto, torna-se necessário que os brasileiros compreendam o alcance da referida tutela exercida pela JMU. Trata-se de preservar, em situações de extremada crise, a última chance de proteção do patrimônio conquistado pelos nacionais. Nesse arcabouço, incluem-se aspectos materiais e imateriais.

A mentalidade indispensável a ser construída na caserna, no sentido de defenderem a sociedade e os seus componentes a qualquer custo, não pode ser paulatinamente atacada. Isso ocorre porque complexos valores, capazes de fazer o soldado entregar a sua vida em prol de seu povo, não são introjetados no militar da noite para o dia.

Nesse contexto, a competência da JMU deve ser bem identificada. Mediante o entendimento do exercício de sua jurisdição, a consolidação efetiva da defesa e da segurança de todos terá êxito, em última instância.

A proprietária das Forças Armadas é, em última análise, a sociedade, sendo esta a interessada direta no tocante à manutenção dos valores e dos princípios regentes da atuação constitucional de sua *ultima ratio*.

Os crimes praticados contra as Forças Armadas merecem repressão não porque ferem o ego dos soldados, mas sim porque atingem o último recurso do Estado, escudo derradeiro de nossa população.

Quando os segmentos sociais cooperam com as operações militares, estão fazendo prevalecer os seus próprios e vitais interesses.

Contudo, o resgate da razão de existir da JMU não compõe discursos fantasiados de vanguarda, aos quais interessa sempre reavivar fissuras que desservem aos interesses nacionais.

A dinâmica atual exige urgente aproximação técnica entre o STF e o STM, pois eventual distanciamento de percepções nesse campo pode

gerar efeitos muito deletérios para o País, e não, na óptica daqueles que pensam de forma diminuta, somente para as Forças Armadas, e, numa visão ainda menor, aos militares.

Ultimamente, muitas distorções têm havido sobre a competência da JMU, inclusive quanto à submissão de civis à sua jurisdição, tema este que, também, carece de premente aprofundamento.

Ora, focando-se no presente caso, verifica-se que o debate alcança limites inimagináveis, o qual, a priori, não teria razão de ser. Levou-se o capítulo da competência para crimes nos quais o autor e a vítima são militares da ativa. Criam-se condições ilógicas para confirmar ou afastar a competência da JMU, as quais inexistem no art. 9º, II, "a", do CPM:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: (...)
>
> 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; (...) (grifei).

A razão de **inexistir** condições no referido dispositivo, diferentemente de outras alíneas, é, como se verá, essencial para o serviço que as Forças Armadas prestam à sociedade. Noutras palavras, não perfaz apenas uma questão formal, indo infinitamente além. Resulta, como reflexo de sua destinação constitucional, na qualidade da tutela, ou seja, no desempenho e na eficácia da JMU.

Assim, não para açodar posições, mas apenas provocando reflexões indispensáveis por parte de todos os operadores de Direito, deve-se esmiuçar pontos relevantes sobre o tema.

Impressionante, após assistir as imagens dos autos (fls. 55/56), que os fatos tenham deixado dúvidas sobre a competência da JMU. Inclusive, **em tese**, há **indícios** não apenas de lesões corporais, mas sim de cumulação com os crimes de violência contra superior – art. 157 do CPM – e contra inferior – art. 175 do CPM.

Como dito, tratando-se de militar contra militar, o art. 9º, II, "a", do CPM não faz qualquer exceção. Assim fez o legislador porque, em primeiro lugar, a JMU se debruça na potencial repercussão dessas agressões para todos os demais militares e para a rotina dos quartéis.

Se dois militares agridem-se em qualquer lugar do mundo, a JMU, como consequência de sua intencional e bem alinhavada extraterritorialidade incondicionada, mantém a sua competência para dirimir, de forma especializada, a contenda.

Criou-se a errônea ideia de que se as agressões não tiverem como alvo bens ou assuntos da caserna, então a JMU seria incompetente para o feito. Há que se ter cautela. Essa falsa concepção pode ir além do erro em sede de crimes perpetrados entre militares, sob o perigo de ser aplicada, no futuro, para considerar que, mesmo em área sob a Administração

Militar, com base em condições não previstas no CPM, a competência seria da Justiça comum.

Infelizmente, olvida-se que as relações entre os militares, envoltas em crimes castrenses, estão abarcadas diretamente pela competência da JMU, pois esta tutela, como reflexo de sua destinação constitucional, o serviço que as Forças Armadas prestam para a sociedade.

A título de exemplo, se um Major agride um General para obter um lugar melhor numa fila de um banco fora da OM, compete à JMU processar e julgar esse crime, mesmo que desavisados digam ser de cunho estritamente particular. Somente pessoas totalmente insensíveis ao interesse da preservação da ferramenta máxima de segurança da sociedade poderiam sintetizar, em casos como este, contra o interesse público. Ou seja, no rumo de que o fato nada teria afetado as instituições militares, pois ocorreu na esfera particular dos envolvidos.

No dia seguinte, esses mesmos Oficiais poderão estar determinando ou recebendo ordens e, muitas delas, em sede de missões armadas. Por isso há a JMU, especializada, aparelhada com o escabinato e caracterizada pela sua celeridade em apenas duas instâncias (inexistem Tribunais Regionais Militares Federais).

Num caso real, dois soldados brigaram a facas num churrasco fora da OM. O eminente Ministro do STF, Relator do HC nº 118.708, monocraticamente, afastou a competência da JMU. É de se lamentar, pois, acertadamente, o legislador percebeu que, no dia posterior ao crime, esses soldados podem cumprir, juntos, serviço de escala e armados. Além disso, há todos os cânones de previsão geral, em relação aos demais militares, independentemente de seus postos ou de suas graduações, que foram abandonados pela referida Decisão. Não cabe ao Juizado Especial transacionar nesses casos, o que seria perigoso para o estamento militar. É inimaginável que valores tão caros pudessem ser manipulados durante a negociação de uma transação penal, às vezes entre superiores e subordinados e balizada pelo interesse privado dos envolvidos. A relação atingida fere bens intocáveis e, justamente por isso, que todas as ações penais, calcadas no CPM, são públicas.

Assim, quando se trata de militar contra militar e havendo tipo penal na parte especial, nada pode afastar a competência da JMU. Aliás, na dúvida, deve-se manter a competência da Justiça Especializada, ao invés de deslocar processos para o abarrotado ramo comum.

Nesse ângulo, criar regras ou condições não previstas em Lei, afeta vetores castrenses. Quando o crime envolve militares, mesmo que estejam, no momento da conduta, agindo conforme os seus interesses privados, o processo é da competência da JMU, devido às vastas consequências no âmbito público.

Detecte-se que, no art. 9º, II, "a", do CPM, não constam quaisquer condições complementares. Assim ocorre porque as relações entre os integrantes das Forças Armadas, estremecidas pelo crime, necessitam de

ser restabelecidas mediante o exercício da competência especial da JMU, nos termos do art. 124 da CF/1988.

Ainda para ilustrar, suponha-se que o Soldado "A" furte o Soldado "B" **dentro da OM** e o Almirante "C" **fora da OM**. No primeiro caso, o Soldado "A" (autor do crime) sentirá os rigores da JMU, mas, no segundo, no qual o Almirante foi a vítima, contará com uma série de flexibilidades da Justiça Comum. Os valores da JMU não se dissipam porque o furto foi praticado 1 (um) metro antes do limite territorial de uma OM ou 1 (um) metro depois dela (área não militar), muitas vezes sequer murada. Tratando-se de dois militares, os valores das Forças Armadas permanecem atacados em ambos os locais. O fato não deixa de ser da alçada da JMU e nem o interesse transmuda-se de público (ações penais públicas) para privado (queixa ou representação) porque o local do crime entre o Soldado "A" contra o Almirante ocorreu alguns passos para cá ou para lá do limite da OM.

Some-se que há crimes perpetrados entre militares e fora das OM que provocam repercussões muito mais graves que outros ocorridos dentro delas. Novamente, sugerindo exemplos, considere-se que um Marinheiro agrida e lesione gravemente um Almirante num shopping no centro da cidade e dois Cabos pratiquem lesões leves num jogo de futebol dentro da OM.

Em ambos os casos hipotéticos, as repercussões são consideráveis. Entretanto, como instrumento mortal para a consistência da hierarquia e da disciplina, a ocorrência entre o Marinheiro e o Almirante seria fatal. Todavia, ainda constam arestos pondo condições inexistentes no art. 9º, II, "a" do CPM, o que gera toda sorte de distorções e afrontas institucionais.

Notável Ministro do STF, sem pedir informações para o STM, afastou a competência da JMU no HC nº 127.543, que tratou de furto qualificado entre militar autor e militar vítima. Disse que o caso era estranho às hipóteses do art. 9º do CPM, porque não teria afetado as organizações militares das Forças Armadas e nem comprometido os valores da hierarquia e da disciplina. Acrescentou que, se o crime é praticado fora da OM, sem estar de serviço e tampouco em missão externa, a competência da JMU esvazia-se.

Como já esclarecido anteriormente, essas condições inexistem no art. 9º, II, "a", do CPM.

Outrossim, mesmo que as referidas condições estivessem naquele dispositivo, a interpretação da Justiça Especializada seria exatamente a contrária daquela exarada pelo eminente Ministro do STF.

Se um Soldado pratica furto qualificado contra um Brigadeiro, fora da OM, alguém, realmente, conhecedor da base principiológica da Justiça Especializada, acreditaria que os valores da hierarquia e da disciplina não teriam sido atingidos? E se o Brigadeiro for agredido com um soco? Voltariam ambos feridos para o expediente na OM, dizendo que o crime não estaria relacionado com as instituições militares? Que a hierarquia e a

disciplina permaneceram incólumes, como disse o Relator em sede do HC nº 127.543?

Deve-se notar que as interpretações distorcidas, nos casos em que dois soldados ou cabos são agentes e vítimas, serão aplicadas, sem qualquer consideração, para todos os postos ou graduações. Frisa-se que, quanto mais modernos forem os militares, mais cresce a preocupação em face da execução dos serviços e das missões armadas de forma conjunta.

Contudo, parece que muitos operadores do Direito, por não conhecerem a lida da atividade militar com ou sem armas, desconsideram esses aspectos. Entendem que, a depender do local do crime praticado entre militares, as bases da Administração Militar (Pública), dentre estas a hierarquia e a disciplina, estão ou não presentes. Esse raciocínio é, no mínimo, institucionalmente inaceitável.

Naturalmente que agentes em confronto, percebendo essa inusitada ótica, revidarão diferenças e marcarão duelos fora da OM, pois lá os valores da hierarquia e da disciplina, segundo o entendimento de alguns magistrados e promotores, não estariam sendo atingidos!

Daí porque o legislador, no tocante aos crimes envolvendo militares, não dispôs de quaisquer condicionantes. Se esses valores fossem desprezados para ceder espaço para regras não previstas no art. 9º, II, "a", do CPM ("sabe ou não sabe", "teve ou ainda não teve repercussões", "é ou não é área militar" etc.) e absortas de princípios, **a JMU não teria sentido para existir**.

A questão de haver ou não repercussões paras as instituições militares, no caso do art. 9º, II, "a", do CPM, deve ser tomada de forma presumida. O julgador não pode aquilatar, por vezes até mesmo sem o recebimento de denúncia, se a citada repercussão está presente.

Deve-se ter em mente que essa repercussão não marca hora para ocorrer, evidenciando-se logo após ou muito tempo depois do crime. Nesse ímpeto, o preciso legislador, no dispositivo sob análise, rechaçou condições e presumiu que sempre haverá repercussões intramuros.

Por que esses casos deveriam ser afastados da JMU? Por que os autores de crimes que atingem o derradeiro instrumento de proteção da população civil mereceriam responder perante a Justiça Comum, sem o emprego da Especializada, a qual é sustentada pelo Estado justamente para esse mister?

Imagine-se um General numa mesa de transação penal com o soldado que lhe desferiu um soco! Isso representaria enorme prejuízo para a prevenção geral dentro dos quartéis, afetando a ligadura que dá higidez às tropas e as tornam capazes de defender os civis: os vetores da hierarquia e da disciplina.

A JMU labora para atrair competência administrativa, mas perde, a cada dia, a penal que lhe foi constitucionalmente confiada. Por que, em crimes aviltantes contra a base principiológica, afastar a sua competência?

Há quem analise erroneamente se o militar em confronto sabia ou não que o outro era também militar. Se prevalecesse a teoria de que a competência seria firmada conforme o agente militar soubesse ou não da condição da vítima (outro militar), as consequências poderiam ser as mais variadas.

Por exemplo, dentre tantos outros, aquele que furtasse uma pistola das Forças Armadas, se alegasse não saber a quem pertencia, a competência da JMU também seria afastada?

Ora Senhores, não é o autor do crime, declarando que sabia ou não sabia, quem firmará ou afastará a competência da JMU para julgar os fatos. Não depende dele, o autor, escolher em que Justiça quer comparecer! A competência da JMU é definida pelo art. 9º, II, "a", do CPM sem nenhuma condicionante de lugar ou de subjetividade (se sabia que a área era militar ou se sabia que a vítima era militar).

A competência processual possui, prioritariamente, regras objetivas. Se o feito dependesse de o agente saber ou não que a vítima era militar, então a marcha processual seria extremamente sinuosa. Obtida uma prova no sentido de que sabia, os autos iriam para a JMU. Contudo, se depois outra prova sobrepujasse a anterior, então os autos retornariam para a Justiça Comum. Isso poderia ser manobrado pela Defesa em busca de eventual prescrição ou de processo mais leniente ao acusado. Naturalmente, essas situações seriam inadmissíveis e, justamente por isso, que a lógica está na forma como o art. 9º, II, "a", do CPM foi publicado.

A JMU preserva as relações entre os militares da ativa e, havendo crime militar, ocorrido entre eles, em qualquer lugar, à JMU caberá restabelecer a ordem. Se não for assim, quando surgirem situações reais, inexistirá tempo para retomar a mentalidade de respeito pela carreira que esses agentes aderiram por suas próprias opções ou por imposição constitucional. Por isso, na hipótese anterior, mesmo que o Marinheiro dissesse não saber, na hora do crime, que a vítima era um Almirante, o caso seria da competência da JMU.

Os processos que causam essa dúvida geralmente envolvem pequenas lesões. Todavia, essa desastrosa lógica valeria para todos os tipos penais. Não haveria justificativa para incidir em determinados crimes e em outros não. O que se dizer, por exemplo, se um militar – Soldado – matar o Comandante de alguma OM sem saber que ele é militar? Será da competência da Justiça Comum? Não afetaria as instituições militares?

Se nos crimes contra pessoas essa ideia prevalecesse, então quando o agente furtasse uma pistola, munições pesadas, viaturas de uma Força Armada, sem saber a quem tais bens pertenceriam, esses processos também iriam para a Justiça Comum? Está claro que não. A competência processual a ser mantida intacta para o pessoal militar (agente e vítima)

deve ser a mesma quando há dano ou subtração de material sob a Administração Castrense.

Imagine-se um soldado que agrediu o Comandante da OM, mas ainda não sabia, não reparou na hora ou nunca notou a sua função e ser ele militar. Iriam os dois, por lesões corporais ou por tentativa de homicídio, para o Juizado de Pequenas Causas ou o Tribunal do Júri para resolverem as suas pendências. Na OM, quais explicações o Comandante, enquanto expusesse os seus hematomas em formaturas, daria para a tropa?

O tema nos faz recordar um exemplo prático fornecido pelo Subprocurador-Geral da Justiça Militar aposentado Dr. José Carlos Couto de Carvalho: um militar de férias numa praia da China agride outro militar, sem saber da sua condição. **Solução apresentada: é crime militar, pois o art. 9º, II, "a", do CPM não faz qualquer distinção de lugar ou de ciência dos agentes nesse caso, tampouco se, individualmente, a vítima sentiu-se ou não ofendida, sendo puramente *ratione legis* a competência da JMU**. No aspecto, a inteligente Lei Penal Militar considera que os envolvidos aderiram à carreira especial, nos rigores do Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 9.12.1980 – e a repercussão de seus atos transpõe qualquer fronteira delimitada por interesses privados. Mesmo que esse agente não soubesse que a vítima também era militar, a competência seria da JMU. O interesse público vem antes dos relativos aos agentes e às vítimas. Os casos de subordinados agredirem superiores, de superiores agredirem subordinados ou mesmo de delitos castrenses entre familiares militares atraem a competência da JMU, por atingirem bens públicos materiais e imateriais, valores estes que mantêm as Forças Armadas íntegras e aptas às suas adequadas funcionalidades em defesa dos interesses nacionais.

O militar que pratica crime contra outro militar, sabendo ou não de sua condição, fere o sistema castrense. Visões ditas "modernas" e pouco aprofundadas não podem diluir princípios e valores milenares, os quais, hoje, parecem estar cada vez mais imperceptíveis em face do desconhecimento dos reflexos de fatos criminosos para o equilíbrio interno das Forças Armadas.

Da mesma forma, quanto aos crimes praticados entre marido e mulher, ambos militares, indeclinavelmente há postos e graduações em jogo. Não se trata de invadir a vida pessoal dos contendores, mas tão somente de preservar o equilíbrio interno de Instituição especial e armada. Como deveria reagir o soldado que visse a tenente, companheira de um capitão, ferida por golpes, cuja união estável havia acabado no último final de semana? O soldado, embora punido por cama mal arrumada, poderia ver impune esse crime sob o argumento de estar na esfera do interesse privado do ex-casal? Geralmente, os casais servem na mesma Organização Militar, complicando ainda mais o equilíbrio dessas relações.

Não se pode declinar à Justiça Comum crimes aparentemente menos ofensivos, para, no futuro, diante de outro de maior gravidade, se dar conta da necessidade de mantê-los sob a Jurisdição Militar.

Nesse ângulo, assim como às vezes querem declinar crimes de furto ou de estelionato entre casais militares, também o fariam diante de eventual tentativa de homicídio, mesmo cometida no lar, para o Tribunal do Júri? Observe que a hipótese não é a do parágrafo único do art. 9º do CPM, pois a vítima não seria civil.

Se a sargento e o cabo casados, ao praticarem crimes entre si, em seu lar, fossem julgados na Justiça comum, então o Comandante de qualquer unidade ou o General casado com uma sargento, ao perpetrar lesões corporais graves, em sua residência, cometida contra o cônjuge feminino, também seguiria o mesmo rumo? Não haveria repercussão à hierarquia e à disciplina? Se isso procedesse para postos e graduações inferiores, também assim o seria para patamares superiores, pois em todos os casos esses princípios seriam menosprezados.

O que se dizer da união estável de curta duração entre casais militares ou aquelas, repetidamente, rompidas e reatadas? Durante a união de militares, tal relação seria da Justiça Comum e, conforme fossem sendo rompidas, da Justiça Militar? Deveríamos instaurar um processo administrativo para verificar quais as ofensas seriam da JMU e da Comum, conforme as agressões tivessem sido realizadas durante a união estável ou após o seu rompimento?

Não é por acaso que os art. 181 e 182 do Código Penal Comum **isentam os agentes de certos crimes praticados no seio familiar**:

> Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)
>
> I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
>
> II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.
>
> Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)
>
> I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
>
> II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
>
> III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Esses dispositivos inexistem no CPM, justamente porque os militares aderem à carreira muito especial, não se liberando dela mesmo quando estão no recôndito do lar. Sabem que os seus atos, a partir do ingresso na Força, têm sérias consequências institucionais, quanto mais em relação à prática de eventuais crimes castrenses, tais como lesões corporais, homicídios e tentativas de homicídios.

A Lei Penal Militar foi bem menos tolerante quanto à violência em relação ao CPB ou à Lei de Contravenções Penais.

O CPM, ao tratar da violência, abarca até mesmo as vias de fato, pois considera que os contendores fazem parte do mesmo sistema militar, cujas obrigações são incomparáveis à seara comum.

Diversamente, no CPB, a violência não abrange as vias de fato, as quais estão previstas como contravenção e não crime (Decreto-Lei nº 3.688, de 3.10.1941):

> Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitue crime.

Pelo contrário, a violência, mesmo praticada sob a forma de simples vias de fato, está inserida nos mais graves tipos penais do CPM. Assim consta em relação à violência contra superior (art. 157), pessoal de serviço (art. 158) e inferior (art. 175), todos do CPM:

> Violência contra superior
>
> Art. 157. Praticar violência contra superior:
>
> Pena - detenção, de três meses a dois anos.
>
> Formas qualificadas
>
> § 1º Se o superior é comandante da unidade a que pertence o agente, ou oficial general:
>
> Pena - reclusão, de três a nove anos.
>
> § 2º Se a violência é praticada com arma, a pena é aumentada de um têrço.
>
> § 3º Se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da violência, a do crime contra a pessoa.
>
> § 4º Se da violência resulta morte:
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
>
> § 5º A pena é aumentada da sexta parte, se o crime ocorre em serviço.
>
> Violência contra militar de serviço
>
> Art. 158. Praticar violência contra oficial de dia, de serviço, ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão:
>
> Pena - reclusão, de três a oito anos.
>
> Formas qualificadas
>
> § 1º Se a violência é praticada com arma, a pena é aumentada de um têrço.

§ 2º Se da violência resulta lesão corporal, aplica-se, além da pena da violência, a do crime contra a pessoa.

§ 3º Se da violência resulta morte:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Ausência de dôlo no resultado

Art. 175. Praticar violência contra inferior:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se da violência resulta lesão corporal ou morte é também aplicada a pena do crime contra a pessoa, atendendo-se, quando fôr o caso, ao disposto no art. 159. (...)

Deve-se considerar que eventuais distorções do CPM poderão dar ensejo a futuras interpretações no tocante aos crimes praticados entre membros militares da mesma família. Assim, depois dos casais, poder-se-ia incluir toda forma de relações, tais como as famílias anaparentais e parentais. Por exemplo, dois irmãos ou camaradas militares que morassem juntos e se ofendessem dentro ou fora de OM. Esse caso poderia, perigosamente, abrir a possibilidade de ser interpretado como envolto pelo interesse estritamente privado, erronia que estaria voltada a afastar a competência da JMU para processar e julgar o feito penal.

Portanto, interpretações distorcidas, no tocante ao art. 9º, II, "a", do CPM, poderiam afastar a competência da JMU para processar e julgar fatos criminosos que são considerados, no corpo da tipologia castrense, da mais alta gravidade.

O Pleno do STM, em duas oportunidades, julgando recursos de apelação, foi contundente ao firmar, por unanimidade de votos, a competência da JMU:

Ementa APELAÇÃO DEFENSIVA. **CRIME DE HOMICÍDIO COMETIDO ENTRE MILITARES DA ATIVA**. **PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEITADA POR UNANIMIDADE**. (...) RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. **Mesmo que os agentes desconheçam a condição mútua de serem militares, o fato ocorra fora de área militar, ou aconteça entre casais, ambos militares, em suas residências, a competência é da Justiça Militar da União (JMU).** (...) **Para a competência da JMU, basta que os militares, agente e vítima, sejam da ativa, independentemente do lugar do mundo onde estejam ou de que saibam da condição um do outro. O interesse público, nesse sentido, é crucial para o Estado. Nessas situações, sempre haverá repercussões negativas dentro dos quartéis, cabendo à JMU dar resposta proporcional aos fatos criminalmente danosos à coesão dos efetivos das Forças Armadas. (...) Preliminar rejeitada por unanimidade. Recurso da**

Defesa não provido. Decisão unânime. (Apelação nº 135-24.2012.7.02.0202/SP. Decisão: 28.10.2014. Data da Publicação: 10.11.2014. Ministro Relator Fernando Sérgio Galvão. Ministro Revisor José Barroso Filho.) (grifei).

Ementa APELAÇÃO DEFENSIVA. VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JMU (...) REJEITADAS POR UNANIMIDADE. AUTORIA COMPROVADA. OFENDIDO SUPERIOR E EX-NAMORADO DA RÉ. INDISPONIBILIDADE DOS POSTOS E DAS GRADUAÇÕES. REPULSA A AGRESSÃO NÃO COMPROVADA. (...) RECURSO NÃO PROVIDO. (...) **Para a competência da Justiça Militar da União (JMU), basta que os militares, agente e vítima, sejam da ativa à época do crime castrense, independentemente de comporem a mesma unidade familiar, de saberem da condição um do outro e do local do delito. Se, após o licenciamento dos agentes, a competência não fosse da Justiça Militar da União, então teríamos a situação teratológica de a Justiça comum processar e julgar civis pela prática de crimes propriamente militares. A Justiça Militar da União existe para proteger a integridade da ultima ratio do Estado, punindo qualquer militar ou civil que afete as Forças Armadas, as quais não funcionam sem os seus valores e princípios. Estas não pertencem aos militares, nem são regidas conforme os seus interesses privados. Pelo contrário, devem ter todas as condições para operar, justamente porque estão incumbidas de prover a segurança do País. Os seus integrantes, completamente submetidos ao interesse público, são ferramentas de defesa postas à disposição de todos os brasileiros, inclusive, se necessário, com o sacrifício de suas próprias vidas - art. 31 do Estatuto dos Militares. Nos crimes castrenses praticados entre casal de militares, a competência da JMU deve ser mantida. O móvel dos agentes, no sentido de terem ou não a consciente intenção de ofender as instituições militares, e o local do crime não perfazem condições insertas no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, pois sempre há repercussões intra muros, inclusive eles têm a previsibilidade das consequências de seus atos. Erra quem, para definir a competência da Justiça Militar da União, se reduza à análise superficial de os agentes terem ou não a consciente intenção de ofender as instituições militares. Se há agressões, mesmo entre casais em suas residências, obviamente que, tão logo a notícia adentre os portões de OM, dá-se o abalo às instituições, aspecto sob a total previsibilidade dos agentes. Há fatos ocorridos entre militares em suas residências que podem ser bem mais nefastos às Instituições Castrenses do que outros dentro de uma OM.** (...) O crime de violência contra superior consuma-se pelo simples toque no ofendido, independentemente de haver lesões corporais. **Os casais de militares não podem, usando o manto protetor da**

> **família, dispor indevidamente de postos e de graduações. Esses primados constitucionais requerem interpretação sistêmica equilibrada. No crime praticado entre ex-namorados, ambos militares, o sujeito passivo de primeiro grau é o Estado e, em segundo grau, o ofendido, sendo que a ação penal militar não se submete ao interesse privado deles,** principalmente quando perpetrado dentro de Organização Militar (OM). (...) **Os amplos conceitos de famílias parentais e anaparentais não podem ser utilizados para, sob a alegação de interesse estritamente privado, afastar a competência da JMU, a qual também deve processar e julgar os crimes castrenses praticados no cerne dessas relações.** (...) Preliminares rejeitadas por unanimidade. Recurso da Defesa não provido. **Decisão unânime.** (Recurso de Apelação nº 47-24.2014.7.12.0012/AM. Decisão: 17.8.2016. Data da Publicação: 29.8.2016. Ministro Relator Marco Antônio de Farias. Ministro Revisor José Barroso Filho.). (grifei).

Para encorpar o assunto, a transcrição de parte dos arestos acima mostra-se muito pertinente, os quais abordaram as consequências da questão para o serviço que as Forças Armadas prestam à sociedade:

> (...) **PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO**
>
> A PGJM, preliminarmente, sustenta a nulidade do processo, por entender ser incompetente a JMU para o feito, pelo que deveria ser remetido ao **Tribunal do Júri da Justiça Comum Estadual de SP**.
>
> Sobre o tema, ressalte-se que, em 11.12.2012, o Juiz de Direito Dr. Marco Antônio Montemór, da Vara do Júri da Comarca de Taubaté/SP, declinou da competência em favor da Justiça Militar da União (JMU) (fl. 209 - V.1). Note-se que a matéria, ora trazida pela PGJM, já foi considerada pela Justiça Comum de Taubaté/SP, a qual, acertadamente, viu-se incompetente para processar e julgar o feito.
>
> Realmente, tratando-se de crime entre militares da ativa, o art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, é **cristalino** quanto à competência da JMU.
>
> Mesmo quando os agentes desconhecem a condição mútua de serem militares, o fato tenha ocorrido fora de área militar, ou tenha acontecido entre casais, ambos militares, em suas residências, a competência é da JMU. Com mais razão neste caso, em que o agente, militar à época dos fatos, conhecia a condição de soldado da vítima, embora a área não fosse castrense.
>
> Não se pode, na dúvida, esvaziar a competência da JMU, remetendo os seus processos para outros assoberbados ramos do Poder Judiciário. Se admitido isso, os investimentos e os misteres constitucionais declinados à Justiça Castrense restarão comprometidos.

Assim, basta que os militares estejam na ativa para se concretizar a competência da Justiça Militar, **independentemente do lugar do mundo onde estejam ou de que saibam da condição um do outro**.

Os militares, ao assumirem a importante posição pública de defensores da pátria, sabem que deverão preservar os valores institucionais. Portanto, o interesse público, nesse sentido, é crucial para o Estado. Sempre haverá repercussões negativas dentro dos quartéis em todas as citadas situações, cabendo à JMU dar resposta proporcional aos fatos criminalmente danosos.

A tendência, no sentido de afastar a competência da Justiça Militar, reflete mais questões políticas do que dogmáticas. Inexiste sentido em deslocar causas inerentes à Justiça Militar para a Comum, podendo redundar no descaso da sociedade em relação aos valores castrenses, algo difícil de ser recuperado em curto prazo, quando situações reais o exigirem.

Inclusive, o art. 124 da CF/1988 e o CPM não admitem a exceção proposta. Deduzir algo não previsto na Lei, em especial no que tange à competência constitucional do Poder Judiciário, é literalmente invadir a missão do Poder Legislativo, sem qualquer motivo relevante.

Por considerar pertinente, acrescente-se que não se pode comparar a Justiça Militar do Brasil com a de outros países em que há Corte Marcial, esta composta apenas por militares na função de juízes do colegiado e, às vezes, pertencentes ao Poder Executivo.

No Brasil, a Justiça Militar é a mais moderna do mundo, pois integra o Poder Judiciário, sendo possibilitada à Defesa a interposição de todos os recursos e em todas as instâncias, até mesmo o Extraordinário, dirigido ao STF. A composição do STM está prevista no art. 123 da Constituição Federal/1988, em sintonia com os demais Tribunais.

No presente caso, o crime ocorreu fora de área castrense, sabendo o agente, então Cabo do Exército, da condição de militar da vítima.

O Pleno do STM, julgando o HC 99-26.2013.7.00.0000, impetrado pela DPU em 18.6.2013, tendo como Relator o Ministro Ten Brig Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA, assim decidiu:

(...) PROCESSO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. ART. 209, § 1º, DO CPM. DELITO PRATICADO EM LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. AGENTE E OFENDIDO MILITARES DA ATIVA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. CRITÉRIO *RATIONE PERSONAE*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

> MILITAR DA UNIÃO. A conduta praticada pelo Paciente contra o Ofendido, ambos militares em serviço ativo das Forças Armadas, ainda que em ambiente estranho à Caserna, amolda-se ao tipo penal militar descrito no artigo 209, § 1º, do CPM, em razão do que, pelo critério ratione personae descrito no artigo 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, compete a esta Justiça Especializada o processamento e o julgamento do feito, como decorrência do comando constitucional insculpido no art. 124 da Constituição Federal. Em que pese a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mitigar o conceito de crime militar em caso de práticas delituosas levadas a efeito fora do contexto da atividade militar por inexistir ofensa às Instituições Militares ou às suas funções típicas de defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem, conforme insculpido no art. 142, caput, da Constituição da República, esse entendimento não tem o condão de afastar a incidência do art. 124 da Constituição Federal, sob pena de ser violado o Princípio da Especialidade. (...)

Diante dessa Decisão, a DPU impetrou o HC 118.708 no STF. Monocraticamente, o Ministro Dr. Marco Aurélio, em 4.6.2014, assim decidiu a liminar:

> (...) 2. De início, a competência da Justiça Militar é de direito estrito. Delimita-a o Código Penal Militar. Pois bem, conforme denúncia, o crime teria sido praticado na casa do ora paciente quando estava em confraternização com colegas. O disposto na alínea "a" do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar não abrange o quadro retratado neste processo. A competência da Justiça Militar, considerado o delito cometido por militar contra outro militar, pressupõe situação de atividade ou assemelhada. A tanto não equivale um churrasco de confraternização em residência particular.
>
> 3. Defiro a liminar pleiteada e suspendo, até o julgamento definitivo deste habeas corpus, a eficácia do pronunciamento condenatório do paciente, formalizado pelo Superior Tribunal Militar. (...).

A Decisão não considerou, nesse tópico, o art. 6º do Estatuto dos Militares, Lei Ordinária nº 6.680/80:

> **(...) Art. 6º São equivalentes as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em atividade militar", conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas. (...).**

Ao não diferenciar as referidas expressões, o Estatuto está conforme a preservação da competência da JMU para bem manter a sua missão constitucional (...).

Ou seja, basta que os envolvidos estejam "na ativa", expressão sinônima à "de atividade", utilizada de forma equivocada pelo Exmo. Min. Dr. Marco Aurélio.

Inclusive, a expressão "ou assemelhado", que consta do art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, diz respeito à revogada legislação que atraía a competência da JMU para processar e julgar funcionários civis integrantes das Forças Armadas, despida, portanto, de qualquer relação com o tema. Observe-se, sobre o assunto, a citação de Jorge Alberto César de Assis ("Comentários ao Código Penal Militar". 7. ed. Editora Juruá, p. 66/67):

> (...) Célio Lobão Ferreira (1975: 24/28) esclarece bem a questão lembrando que esse preceito vem da Constituição de 1934 quando previu que os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. De lá para cá, repetiu-se nas Constituições posteriores até 1969.
>
> E alertou que o problema do assemelhado não é novo. Quando em vigor o Código Penal da Armada, Macedo Soares ensinava que "assemelhados são todos aqueles que, não sendo combatentes, fazem parte do Exército e da Armada, sujeitos às leis militares, gozando dos direitos, vantagens e prerrogativas dos militares, tais são os que fazem parte das classes anexas... inválidos e asilados, os reformados e os oficiais honorários, quando em serviço militar etc.".

Portanto, o assemelhado tinha as seguintes características:

1ª. Fazer parte das Forças Armadas, isto é, qualquer pessoa incorporada às Forças Armadas; 2ª. subordinar-se aos regulamentos militares; 3ª. gozar de direitos e vantagens e prerrogativas de militares; 4ª. não fazer parte da classe dos combatentes.

Seriam, portanto, à época do Código Penal da Armada, os "médicos, farmacêuticos, capelães, auditores, oficiais da fazenda da armada, empregados da contadoria de guerra".

Ensina ainda o autor que, entrando em vigor o Código Penal Militar de 1944, o conceito de assemelhado ficou restrito aos funcionários civis dos ministérios militares. Porém, o Decreto 23.203, de 18.06.1947 (art. 4º), revogou a alínea "b" do Decreto 23/42 (Regulamento Disciplinar do Exército), de modo a excluir o conceito de **assemelhado** da legislação militar e, consequentemente, não sujeitando mais os funcionários civis à disciplina militar, mas sim, ao seu respectivo estatuto, (in: Ap. 34.156, DJ da Guanabara, de 28.06.1967, p. 156)

Portanto, a partir de 1947, o funcionário público civil não poderia ser conceituado como assemelhado, por não estar sujeito à disciplina militar. E, se tal não acontecesse, ao entrar em vigor a Lei

1.711, de 28.10.1952, essa exclusão seria fatal, porquanto os servidores públicos civis da União ficaram subordinados, exclusivamente, aos preceitos disciplinares dessa lei.

Hoje, revogada a Lei 1.711/52, os servidores públicos civis da União estão subordinados aos preceitos disciplinares da Lei 8.112, de 11.12.1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Com isso, não só dispositivos do Código Penal Militar como também os da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170, de 14.12.1983) e os do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (Dec. 76.322, de 22.09.1975) estão revogados em relação ao que dispuseram sobre **assemelhados.**

Nesta linha correta de raciocínio, a Lei 8.457, de 04.09.1992, que organizou a Justiça Militar da União e regulou o funcionamento de seus serviços auxiliares, dispõe em seu art. 84, que "os funcionários dos Serviços Auxiliares da Justiça Militar estão sujeitos ao regime disciplinar estabelecido no Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União, observadas as disciplinas desta lei". (grifei).

Se um soldado, durante evento em área não militar, ferisse o Comandante de uma das três Forças Armadas, a solução seria a mesma? Poder-se-ia admitir esses envolvidos compondo danos junto à Justiça Especial Criminal, ao invés da resposta pronta e efetiva da JMU? Esses aspectos, tão evidentes, não estão sendo detectados no referido caso submetido ao STF – HC 118.708.

Mesmo diante de ofensa entre os próprios integrantes das Forças Armadas, a sociedade investiu a JMU para que a reprima, sem qualquer distinção de posto ou de graduação. Observe-se que, quanto menores os postos e as graduações, ainda mais a JMU deve estar atenta para resolver conflitos capazes de desestabilizar as relações entre os integrantes das Forças Armadas. Os soldados, como aqueles envolvidos no HC nº 11.708/STF, são os que, com maior frequência, cumprem serviços armados.

Aliás, a título de elucidação, **se fosse adotada neste processo a visão por ora aplicada ao referido caso** (HC 118.708/STF), vias de fato de subordinado contra superior, ou de superior contra subordinado, fora de área militar – um oficial Superior e um soldado – nem crime seria, mas sim apenas contravenção. Contudo, na verdade, seja em área militar ou não, tratando-se militares da ativa (ou em "situação de atividade", que são expressões equivalentes, como se viu na Lei Ordinária nº 6.880/80 – Estatuto dos Militares), esses casos redundam em crimes castrenses de elevada gravidade contra a autoridade ou a disciplina militar (Título II do CPM), previstos nos arts. 157 e 175 do CPM – violência contra superior e contra inferior –, respectivamente. Fatos dessa ordem criam reflexos negativos na caserna, para os quais a JMU, com celeridade, deverá apresentar pronta resposta à sociedade.

Assim, a competência da JMU não pode ser tratada com tanta flexibilidade, podendo transformar situações que estão bem costuradas pelo zeloso legislador em consequências por demais nefastas ao equilíbrio interno dos efetivos armados do Estado.

Por isso, o legislador constitucional não considerou onde os militares contendores estejam, ou mesmo se saibam da condição mútua de militar, sempre mirando as consequências e nos reflexos de seus atos para as Forças Armadas. Nestas, não se admite a perturbação da disciplina e da hierarquia, sob pena de comprometer a regularidade do vetor militar como instrumento do Estado.

O risco de se afastar a competência da JMU, como feito por ora no HC nº 118.708/STF, é o de que tal decisão liminar, se prevalecer, não valerá apenas para crimes menos graves, como o de lesões corporais, mas até para o de homicídio doloso, como o presente caso. A interpretação dispensada na decisão não difere o crime, apenas diz que ocorrido entre militares, não estando estes no desempenho de seu expediente e fora da área militar, não será competente a JMU para o feito.

Decisões como a citada demonstram a necessidade de a JMU vigorar, pois o desconhecimento dos reflexos de fatos criminosos para o equilíbrio interno das Forças Armadas é latente e preocupante. A ausência dessa percepção, em relação aos efetivos das OM, é impressionante.

Como se pode declarar a incompetência da JMU apenas porque o fato criminoso não foi em área militar e os contendores não estavam cumprindo missão castrense, vedando-se os olhos em relação à gravidade de cada caso, como no presente?

Ora, porque dois militares se empurram dentro do quartel poderá ser violência contra superior – art. 157 do CPM. Mas, se brigarem com facas, causando lesões, desta vez fora da área militar e do expediente de sua OM, nessa linha, poderá ser crime de menor potencial ofensivo! Nítido o ataque ao interesse público indisponível em visões tão ingênuas e contra a competência da JMU, a qual foi muito bem delineada pelo legislador constitucional, sempre focado em tutelar, por todos os lados, de possível vilipêndio, as Forças Armadas, ultima ratio de controle e de efetivação da paz social.

(...)

Note-se que, afinado à base principiológica da JMU no contexto do Estado brasileiro, resta clarividente o interesse público indisponível na forma como ora interpretada a presente preliminar**. Não se trata de corporativismo, muito pelo contrário, a severidade constatada na JMU é proporcional ao grau de exigência atribuído aos postos e às graduações. Ou seja, quanto mais elevados, maior o peso da responsabilidade.**

Assim, inexiste razão de cunho processual, tampouco prático, para insistir na competência da Justiça Comum para julgar o presente feito.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade do processo por incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela PGJM. (...) (Recurso de Apelação nº 135-24.2012.7.02.0202/SP) (...) (grifei).

(...) **PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JMU PARA PROCESSAR E JULGAR CIVIS**

A Defesa, preliminarmente, arguiu a incompetência absoluta da JMU para processar e julgar civis (fls. 414/416 - V.3).

A Constituição Federal, em seu art. 124, fixou a competência da Justiça Militar da União para o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei, in verbis:

> 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.

O Poder Constituinte Originário não fez distinção entre os autores de crimes a serem processados e julgados pela Justiça Militar da União, justamente devido ao critério ratione legis. Delegou ao legislador ordinário o estabelecimento dos crimes militares (e não os crimes dos militares) e de suas condicionantes.

Assim, o julgamento de civis, perante a Justiça Militar da União, é perfeitamente constitucional, principalmente quando se trata de crimes propriamente militares (praticados enquanto na ativa), desde que a situação esteja insculpida numa das hipóteses constantes do art. 9º do CPM.

De acordo com o critério ratione legis, é considerado crime militar todo aquele com previsão expressa, em tempo de paz, no art. 9º e em tipo da Parte Especial do CPM.

O art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, apresenta a perfeita subsunção do fato à norma. Como desdobramento do critério ratione legis, incide o personae, pois o delito foi praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> (...)
>
> 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;

Assim, no momento do fato, como a ré e o ofendido eram militares em situação de atividade, a competência para processar e julgar o presente feito pertence à Justiça Militar da União, não obstante a apelante agora seja civil.

O entendimento do STF ruma no mesmo sentido, conforme o seguinte julgado:

> EMENTA: **HABEAS CORPUS. CRIMES DE DESRESPEITO A SUPERIOR HIERÁRQUICO** (ART. 160 DO CPM) **E AMEAÇA** (ART. 223 DO CPM). **PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS POR MILITAR DA ATIVA CONTRA VÍTIMA TAMBÉM MILITAR DA ATIVA. ALÍNEA "A" DO INCISO II DO ART. 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.** (...) 4. **Na concreta situação dos autos, tanto o paciente quanto a suposta vítima ostentavam a condição de militar da ativa, por ocasião dos atos supostamente ilícitos. O que deflagra a incidência da regra da alínea "a" do inciso II do art. 9º do CPM.** Dispositivo que mereceu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpretação no sentido de que, "mesmo não estando em serviço o militar acusado, o crime é militar, na forma do disposto no artigo 9º II, "a", do Cod. Penal Militar. Competência da Justiça Militar. C.F./67, art. 129; C.F./88, art. 124" (RE 122.706, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido, veja-se o CC 7.021, da relatoria do ministro Carlos Velloso. 5. **Ordem denegada**. (**HC 107.829** / **PB - Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 2.8.2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação** 1º.2.2012) (grifei).

A jurisprudência do STM tem se mostrado uníssona:

> **Ementa** APELAÇÃO. DEFESA. (...) **1. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar crimes praticados por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, com supedâneo no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, ainda que o Acusado venha a ser licenciado posteriormente das Forças Armadas.** (...) **Decisão unânime**. (Ap nº 29-03.2014.7.12.0012/AM. Decisão: 3.11.2015. Data da Publicação: 19.11.2015. **Ministro Relator** Artur Vidigal de Oliveira. **Ministro Revisor** Marcus Vinicius Oliveira dos Santos) (grifei).

> **Ementa** (...) LICENCIAMENTO DE MILITAR. REJEIÇÃO. (...) ABANDONO DE POSTO. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE (...) COMPROVADAS. (...) DECISÃO UNÂNIME. (...) **Nesse aspecto, a legislação castrense não estabelece para os crimes em comento a obrigatoriedade da condição de "militar" para que o feito seja processado e julgado. Dessa forma, o licenciamento do réu nada interfere na sequência do processo, tampouco obsta sua eventual responsabilidade penal. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.** (Ap nº 49-81.2013.7.07.0007/PE. Decisão: 15.12.2015. Data da Publicação: 21.12.2015. **Ministro Relator** Fernando Sérgio Galvão. **Ministra Revisora** Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha) (grifei).

> **Ementa** APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. (...) LICENCIAMENTO DO MILITAR DO SERVIÇO ATIVO. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. **O licenciamento do agente do serviço ativo das Forças Armadas** em delito de tráfico, posse ou uso de entorpecente **não obsta o prosseguimento da ação tampouco macula a sanção penal eventualmente aplicada, uma vez que o delito foi cometido enquanto militar da ativa** e em local sujeito à Administração Militar. Negado provimento ao Recurso. Unanimidade. (Ap nº 98-88.2014.7.07.0007/PE. Decisão: 23.9.2015. Data da Publicação: 8.10.2015. **Ministro Relator** Cleonilson Nicácio Silva. **Ministro Revisor** Artur Vidigal de Oliveira) (grifei).

E não poderia ser diferente. Se os agentes soubessem que, após o licenciamento, a competência não seria da Justiça Militar da União, então teríamos a situação teratológica de a Justiça comum processar e julgar civis pela prática de crimes propriamente militares. Por exemplo, dentre muitos outros, o de violência contra superior – art. 157 do CPM –, no qual um militar tivesse assassinado o seu Comandante e, durante o processo, já fosse civil. **Ou seja, a Justiça Militar da União, embora claro todo o respaldo constitucional, seria indevidamente substituída pela comum, esta desprovida do necessário conhecimento da profissão castrense.**

Pensar diversamente retrata desconhecimento sobre as atividades castrenses e os reflexos negativos para a sociedade. Reflete opiniões pessoais para afastar os reais motivos de a CF/1988 ter tutelado, especialmente, as Forças Armadas, as quais, focadas na segurança de todos, principalmente na dos civis, não podem ser gradualmente desconsideradas.

Os integrantes das Forças Armadas, para bem cumprirem os seus encargos, os quais estão a serviço dos próprios civis, precisam da cooperação de todos os brasileiros. A Constituição Federal dispôs estrutura própria à Justiça Militar da União, justamente para respaldar as atividades das Forças Armadas, em prol do patrimônio material, humano e moral do País.

A tendência, no sentido de afastar a competência da Justiça Militar da União, reflete mais questões políticas do que dogmáticas. Inexiste sentido em deslocar causas inerentes à Justiça Militar da União para as assoberbadas Federal e Estadual comuns, podendo redundar no descaso da sociedade em relação aos valores castrenses, algo difícil de ser recuperado em curto prazo quando situações reais exigirem.

Ao prever a possibilidade de a JMU processar e de julgar os civis, o legislador reforçou que integram o Sistema de Defesa Nacional, pois também, como os militares, devem respeitar e permitir que a *ultima ratio* do Estado cumpra o seu múnus constitucional, aspecto indispensável para o sucesso das operações.

O segmento civil e o militar, como resultante da soberania do país, devem permanecer harmônicos, pois a sintonia de ambos influencia no desenrolar das atividades castrenses de grande vulto, em benefício dos próprios interesses da sociedade em geral.

O sistema constitucional, declinado à Justiça Militar da União, não visou à categoria dos réus – civis ou militares – mas sim aos valores intrínsecos a serem mantidos para a segurança interna e externa do país.

A CF/1988 e o CPM não admitem as exceções propostas pela Defesa. Deduzir algo não previsto na Lei, em especial no que tange à competência constitucional do Poder Judiciário, é literalmente invadir a missão do Poder Legislativo, sem qualquer motivo relevante.

Focar na questão de dever ou não o civil responder por crimes na Justiça Militar distorce o raciocínio. A CF/1988 não visou ao civil, mas à qualquer pessoa que afete o investimento social realizado nas Forças Armadas, em especial a sua credibilidade. Os civis e os militares são submetidos à Justiça Militar da União e ambos à comum, logo a isonomia está garantida.

As Forças Armadas podem ter seus bens jurídicos alvejados por militar ou por civil, devendo ambos ser julgados nos termos das normas especiais – CPM/CPPM – e autorizadas pela Constituição Federal.

Ao processar e julgar civis por crimes militares, mesmo quando praticados enquanto ainda estavam na ativa, a Justiça Militar da União não se mostra corporativista, tampouco parcial no sentido de dar, em qualquer circunstância, razão aos integrantes das Forças Armadas.

Na verdade, a Justiça Militar da União existe para proteger a integridade da *ultima ratio* do Estado, punindo qualquer militar ou civil que afete as Forças Armadas, as quais não funcionam sem os seus valores e princípios base. Estas não pertencem aos militares, nem são regidas conforme os seus interesses privados. Pelo contrário, devem ter todas as condições para operar, justamente porque estão incumbidas de prover a segurança do País. Os seus integrantes, completamente submetidos ao interesse público, são ferramentas de defesa postas à disposição de todos os brasileiros, inclusive, se necessário, com o sacrifício de suas próprias vidas – art. 31 do Estatuto dos Militares.

Embora não seja obrigatório rebater todas as teses da Defesa, mostra-se interessante a breve análise de algumas delas.

A Defensoria Pública da União destaca a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que, interpretando o art. 8º da CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos), ao dispor sobre as garantias judiciais em sede do caso Fernandez Ortega contra o Estado do México, estabeleceu de forma clara que "A Justiça militar deve ser utilizada apenas para julgar militares ativos pelo suposto cometimento de crimes de função em sentido estrito".

Contudo, a Defensoria Pública da União olvida que a assertiva inserida na CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) pode ser válida para países nos quais as justiças militares integram os respectivos poderes executivos, na forma de cortes marciais.

O Tratado de Direitos Humanos, formalizado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), tem, na ótica do Ministro do STF Dr. Gilmar Mendes, status supra constitucional. Todavia, deve ser interpretado à luz da sistemática da Lei Maior, a qual estruturou a Justiça Militar da União, com todo o aparato necessário, para observar, na íntegra, os princípios e os valores estabelecidos em seu texto, dentre estes os do contraditório e da ampla defesa.

Movidos por comparações descabidas e tomando como referência países que têm estruturas diametralmente dessemelhantes, por vezes sem o garantismo verificado no Brasil, muitos juristas embasam a incompetência da JMU para processar e julgar civis.

Os Juízes-Auditores da JMU, os membros do Ministério Público Militar da União e a Defensoria Pública da União, esta postulando em prol de réus necessitados, atuam sob nítido respaldo constitucional, e tomam posse somente depois de acirrados concursos públicos.

Não se pode comparar a Justiça Militar da União com as de outros países, nos quais há cortes marciais, compostas apenas por militares na função de juízes do colegiado e, às vezes, pertencentes ao Poder Executivo. No Brasil, a JMU integra o Poder Judiciário, sendo possibilitada à Defesa a interposição de recursos em todas as instâncias, até mesmo o Extraordinário dirigido ao STF, sem diferenciar autores – militar ou civil – nesse devido processo legal constitucional.

Ademais, a composição do STM está em sintonia com os demais Tribunais – art. 123 da CF/1988. As justiças militares de outros países latinos, utilizadas como paradigma pela Defesa e alvo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em nada correspondem à estruturada no Brasil.

A DPU argumenta que "tratando-se de crime militar praticado por civil, deve-se atentar para a questão da competência, **se havia a intenção do agente civil em atingir a instituição militar em algumas de suas funções constitucionais**. Caso contrário, o crime terá natureza comum, atraindo a competência da JUSTIÇA COMUM." (fl. 422 - V. 2) (grifei).

Ora, no presente caso a ré foi condenada, em primeira instância, pelo crime de violência contra superior, tipo que atenta contra a autoridade ou disciplina militares. Ou seja, sendo militar à época dos fatos, a ré defende-se, dentre os crimes propriamente militares, de tipo penal que pode ser da mais alta gravidade. Assim, a referida assertiva da DPU não encontra respaldo lógico-jurídico. (...).

Outro aspecto refere-se à DPU afirmar que: "A reação estatal de condenação deveria ter sido contemporânea ao fato, ainda mais num feito singelo. Manter uma pena agora é medida inútil, desproporcional e injusta. (fl. 425 - V. 2).

Fosse como afirma a DPU, então todos os crimes propriamente militares – incluído o de violência contra superior –, praticados às vésperas ou no dia de licenciamentos, teriam, sob o fomento do próprio Estado, "carta branca". Dessa forma, a hierarquia e a disciplina restariam inexistentes, ou seja, a regularidade e a permanência das Forças Armadas estariam ameaçadas. Logo, não se pode, porque a agente foi licenciada, estabelecer tempo diferenciado para o trâmite de seu processo, como a Defesa quer.

Centralmente no tocante ao crime de deserção e à condição de prosseguibilidade, sabe-se que o STM divide-se em duas correntes, mas estritamente ao tipo penal previsto no art. 187 do CPM. O Pleno do STM entende – por unanimidade de votos e em todos os demais crimes propriamente militares – que, mesmo quando o agente estiver na condição de civil, o processo e o julgamento devem prosseguir perante a JMU.

Eventuais penas aplicadas a civis devido à prática de crimes castrenses, fossem ou não militares à época dos delitos, são essenciais à manutenção da disciplina e da hierarquia, em especial quando se trata de componentes da reserva mobilizável, sendo exatamente essa a situação da ré.

Neste caso, em que a ré era militar e cometeu o suposto crime dentro de OM, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade estão perfeitamente atendidos. Isso ocorre porque, havendo tipicidade conglobante, a sociedade também se vale desses mesmos princípios para manter a ordem, pendendo a balança para o lado da proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal.

A DPU colaciona decisões relativas às justiças militares estaduais, todavia estas, diversamente da JMU, têm previsão constitucional de apenas processar e julgar os integrantes das PM e dos CBM, excluídos os civis – art. 125 da CF/1988.

Ressalte-se que, tendo a JMU competência para processar e julgar civis, com bem maior razão aqueles, à época dos fatos, integrantes das Forças Armadas.

A DPU, ainda, cita a Decisão em sede de liminar referente ao HC 106.171, julgado pelo Ministro Dr. Celso de Mello pelo STF:

> Não se tem por configurada a competência penal da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, **se a ação delituosa, a eles atribuída, não afetar**, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e **a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados**. (grifei).

Naturalmente que, em relação aos crimes de violência contra superior, com a gravidade de ter sido cometido dentro de uma OM, a referida assertiva jamais estaria munida de qualquer nexo de valores.

Destaca-se Decisão unânime do Pleno do STM, firmando a sua competência para o processo e o julgamento de crime militar praticado entre casal de militares:

> **Ementa** Apelação da Defesa. **Crime de Ameaça. Preliminar. Incompetência.** Provas. Depoimentos. Documentos. Vítima. Intimidação. **Independentemente da circunstância ou do lugar do crime, da condição de serviço ou de qualquer outra, se autor e vítima forem militares da ativa, o delito será militar, conforme estabelece o art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM**. **Ademais, apesar da alegação Defensiva no sentido de que os acontecimentos se deram no âmbito familiar e até mesmo na intimidade do casal, eles também tiveram desdobramentos na Caserna, uma vez que os fatos geradores da condenação ocorreram quando a Ofendida estava de serviço na OM e na presença de outros militares, o que inevitavelmente atrai a competência desta Justiça especializada para o julgamento do feito**. Na hipótese, o delito de ameaça encontra-se delineado e provado, não só por força dos depoimentos neles constantes, como também em razão das provas documentais anexadas. Para a configuração do tipo em tela, cujo núcleo constitui o verbo "ameaçar", é necessário, ainda, que a vítima se sinta intimidada e atemorizada a ponto de ter sua liberdade psíquica violada. Também esse requisito restou mais do que evidente no processo. **Rejeição da Preliminar. Desprovimento do Apelo da Defesa. Unânime.** (Ap nº 18-08.2013.7.02.0102/SP. Decisão: 10.9.2014. Publicação: 24.9.2014. Ministro Relator Luis Carlos Gomes **Mattos.** Ministro Revisor **Olympio** Pereira da Silva Junior) (grifei).

Essa Decisão, em sede do Habeas Corpus nº 125.836, foi submetida a julgamento no STF, o qual refletiu, também por unanimidade de votos, a mesma ótica exarada pelo STM:

> EMENTA Habeas corpus. Processual Penal Militar. Ameaça (CPM, art. 223, *caput*) praticada por militar contra militar em situação de atividade em local sujeito à administração militar. Crime militar caraterizado. Competência da Justiça Castrense (CPM, art. 9º, inciso II, alínea a). Precedentes. Ordem denegada. **1. O crime praticado por militar contra militar em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, inevitavelmente, atrai a competência da Justiça Castrense, por força do art. 9º, inciso II, alínea a, do Código Penal Militar**. **Precedentes. 2. Ordem denegada.** (HC 125.836/SP Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 3.3.2015. **Órgão Julgador: Primeira Turma. Decisão unânime.** COATOR: Superior Tribunal Militar). (grifei).

O STF, em sede do HC nº 103.812/SP, decidiu que o assassinato de um TC da PM/SP, praticado por sua esposa, Sd PM feminino, tratava-se de crime comum. Lamentável, pois, nitidamente, não se deve, no tocante à competência, pautar pelo móvel do agente, este reduzido ao campo da

tipicidade, mas sim pela nítida e objetiva ofensa à Instituição Militar que a agente optou integrar. Todo militar sabe do tamanho da repercussão e do prejuízo para as instituições militares de crimes dessa natureza.

A Justiça Militar da União é de fundamental importância para a manutenção dos princípios castrenses. Por isso, o legislador, no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, não submeteu o crime de militar contra outro militar a nenhuma condicionante. Do contrário, haveria o esvaziamento da competência da Justiça Militar da União.

Mesmo nos crimes praticados no interior de suas residências, cometido entre militares, a competência da Justiça Militar da União deve prevalecer, pois indubitavelmente há repercussões intra muros. Erra quem, para definir a competência da Justiça Militar da União, se reduza à análise superficial de os agentes terem ou não a consciente intenção de ofender as instituições militares. Se há agressões, mesmo entre casais em suas residências, obviamente que, tão logo a notícia adentre os portões de OM, dá-se o abalo às instituições, aspecto sob a total previsibilidade dos agentes. Aliás, há fatos ocorridos entre militares em suas residências que podem ser bem mais nefastos às Instituições Castrenses do que outros dentro de uma OM.

Importante ressaltar que todas as ações penais, potencialmente previstas no CPM, são públicas.

O sujeito passivo de primeiro grau é o Estado, ou seja, materializado nas Forças Armadas e, apenas em segundo grau, o ofendido (1º Sgt Alcântara). Trata-se, portanto, de bens jurídicos indisponíveis, os quais, para serem tutelados, independem do interesse dos ofendidos no sentido de quererem ou não a propositura de ação penal militar. Eventual jurista desavisado poderia supor que o caso estaria reduzido à esfera de interesse do ofendido ou do casal, esquecendo-se de todos os valores destacados pela CF/1988, a ponto de munir a Justiça Militar da União do mister de tutelar, especialmente, a regularidade e a permanência das Forças Armadas.

A Defesa afirmou, em relação ao ofendido que (fl. 437):

> É de pretender que a proteção à hierarquia do direito penal militar se volte à proteção de um cafajeste (Homem que engana a esposa se relacionando com outras mulheres). O diálogo registrado às fl. 289/304, entre a recorrente e a esposa do suposto ofendido, mostra duas mulheres indignadas com o execrável comportamento moral. São traduzidas à baila outras situações que revelam um comportamento incompatível coma condição de militar.
>
> Ora, justamente porque o Estado é o sujeito passivo de primeiro grau que o vago conceito do ofendido, dito cafajeste pela Defesa, fica em segunda prioridade, pois os demais militares, dentro da OM, testemunharam desrespeito à sua graduação, a qual não lhe pertence.

> Se o ofendido merece alguma reprimenda na seara administrativa ou, por intermédio de iniciativa da própria ré, na penal comum, nada disso interfere na necessidade de os valores do Estado, duramente vilipendiados, serem restabelecidos mediante a competência da Justiça Militar da União.
>
> Da mesma forma, justamente por ser o Estado o sujeito passivo de primeiro grau, que o licenciamento posterior da agente não tem o condão de afastar a competência da Justiça Militar da União.
>
> Embora o caso tenha origem em problema particular relacionado à ré e ao ofendido, o interesse ou a ótica destes resta em segundo plano, no momento em que o legislador tutelou bem jurídico público da máxima importância, ou seja, a hierarquia nas Forças Armadas, ultima *ratio* do Estado.
>
> Nesses termos, num viés democrático e garantista, a submissão de civis à Justiça Militar da União, ainda que trate da relação conjugal entre agente e ofendido, encontra total respaldo constitucional, porque integra o Poder Judiciário, sem nenhum contorno de corte marcial. Com maior razão, quando a ré era militar ao tempo do crime castrense ora sob análise – art. 5º do CPM.
>
> Portanto, o princípio do juiz natural está integralmente preservado.
>
> Assim, rejeito a preliminar de nulidade absoluta, suscitada pela DPU, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito. (...) (Recurso de Apelação nº 47-24.2014.7.12.0012/AM) (...) (grifei).

Certas soluções parecem, primeiramente, atrativas sob o ponto de vista jurídico, mas, quando se estudam as normas de forma sistemática, muitas das vezes detectamos enormes danos ao Sistema Castrense de Princípios. Deve-se, em cada decisão, submetê-la a outras situações hipotéticas, para checar a sua resistência lógica em diversas circunstâncias. Na análise jurídica, muitas ideias surgem, embrionariamente, iluminadas por falso impulso, mas, quando desdobradas em variados "testes", podem revelar nefasta sombra para o sistema que pretenderam respeitar.

Qualquer crime entre militares (furto, homicídio, lesões etc.) atinge o serviço que a Marinha, o Exército e a Aeronáutica prestam para a sociedade, exatamente no tocante à necessária estabilidade das relações dos integrantes da *ultima ratio* armada.

O Estado não pode fomentar a violência, deslocando casos que atacam frontalmente o Sistema Castrense à Justiça Comum. Pior, deixando os contendores, militares (agentes e vítimas), excluídos da Justiça Especializada, porém portando armas, confrontando-se em serviços diários nas OM.

A JMU não pode ser e nada tem de corporativista. Por compor o Judiciário, muito difere das Cortes Marciais observadas no cenário internacional.

A higidez da competência da JMU interessa não apenas aos militares, mas sim ao serviço que eles prestam à sociedade. Contribui, numa prevenção geral, para que os militares não saiam dos limites das regras de engajamento e de seus deveres funcionais.

Ao contrário do que muitos pensam, os militares que se tornam réus, conhecedores do rigor da JMU, preferem ser processados e julgados pela Justiça comum, na qual, inclusive, poderiam se valer dos juizados especiais. Perante a JMU, quanto mais altos os postos e as graduações, maiores as penas impostas aos condenados. O foco da JMU nunca foi ou será o conforto de réus militares, os quais, geralmente, temem as suas duras reprimendas.

Portanto, os réus militares não se sentem mais protegidos perante a JMU, mas, sim, intensamente cobrados em face do investimento gasto pelo Estado em suas formações profissionais. Esses acusados temem o escabinato da JMU porque, em sua composição, há juízes aptos a descobrir as exatas obrigações que foram desprezadas pelos agentes e as tornaram condutas criminosas.

Nas Forças Armadas há profissionais oriundos de vários campos científicos, sendo que, além de seus códigos de ética, seguem os primados da profissão castrense. O escabinato conhece, detalhadamente, as minúcias das obrigações inerentes à técnica de cada função desempenhada mediante a ocupação de postos e de graduações. A atividade castrense está sempre acompanhada de valores indisponíveis e que regem as atribuições estatutárias.

A JMU não existe para proteger militares, pois esse jamais será o seu mister. Pelo contrário. Cabe-lhe, em sede processual, verificar se tanto o militar quanto o civil atuaram criminosamente contra o instrumento mais eficaz de defesa de todos os brasileiros. E puni-los, se for o caso, na forma da Lei. As Forças Armadas não pertencem aos militares de qualquer posto, mas sim aos nacionais que por elas são protegidos.

É certo dizer que a JMU acaba sendo ferramenta muito útil dos comandos militares. Mediante a prevenção geral que dela emana, os subordinados agem mais atentos aos limites da legalidade e da segurança da população. Os precedentes da JMU pairam como permanentes advertências aos integrantes de todas as operações realizadas pelas Forças Armadas.

Pensar que a manutenção da competência da JMU somente interessa ao Juízo Militar representa total desvirtuamento da realidade. A JMU tem jurisdição para processar e julgar civis e militares que afrontem a *ultima ratio* do Estado, o que não será efetivado para o beneplácito de eventuais criminosos.

Por ser composta por apenas 2 (duas) instâncias, a JMU, sem transacionar os crimes castrenses, dispõe de notável celeridade, provendo rápidas respostas aos agentes, à tropa e à sociedade como um todo. Ressalte-se que está dotada das informações técnicas da profissão militar

> para reprimir, proporcionalmente, condutas que aviltem contra patrimônio tão vital – os meios de defesa da sociedade. (grifos no original).

Se isso não bastasse, a situação em comento agrava-se haja vista que os militares se conheciam e, frise-se, serviam na mesma Unidade Militar, conforme bem pontuou a autoridade apontada como coatora, *in verbis*:

> Na hipótese, é certo que se vislumbrou a competência da Justiça Castrense por intermédio do inc. II do art. 9º do CPM, posto que ambos os envolvidos e hoje réus são militares em atividade da Marinha do Brasil, pertencentes à mesma Unidade Militar. Ressalte-se que os autos evidenciam de forma peremptório que ambos se conheciam e previamente tinham ciência da mútua condição de militar da ativa da Marinha do Brasil. Muito embora os fatos tenham ocorrido em local diverso do ambiente militar, é fato que, ao menos em tese e numa mera análise preambular, afetam bens jurídicos substanciais relacionados às Forças Armadas.
>
> (...)
>
> Se já está devidamente demarcado nos autos que o 1º Sgt FN SALIM ERMISON DOS SANTOS ALMEIDA e o Sd FN TIAGO TADEU MENDES NEPOMUCENO SALLES. se conheciam e tinham uma relação de superior e subordinado (ainda que não diretamente, mas por força das graduações), pertencente ao mesmo aquartelamento (Grupamento de Fuzileiros Navais de Ladário-MS) e, ainda assim, protagonizaram em tese os fatos descritos na Denúncia, desponta daí uma afetação direta aos bens jurídicos mais valiosos para as Forças Armadas, erigidos, inclusive, à categoria de bens jurídicos constitucionais, quais sejam a Hierarquia e Disciplina. Hierarquia e Disciplina não deve reger as relações entre os militares tão somente no interior do quartel, mas em todos os seus momentos de vivência social. Mais ainda em uma cidade pequena, onde todos se conhecem e onde a própria dignidade da Força, no caso a Marinha do Brasil, fica em questionamento quando seus militares se envolvem em ocorrências entre si no meio social.

Nessas circunstâncias, não há que se falar em Justiça Estadual do Mato Grosso do Sul. Não remanesce qualquer dúvida a respeito da competência da JMU para apreciar e julgar o fato.

Noutra vertente, impacta que a Defesa questione a competência da JMU em caso no qual se mostra nítida. Cabe ressaltar que o cenário atual aponta para a ampliação da jurisdição castrense, na medida em que a Lei nº 13.491/2017 redimensionou, potencialmente, o número de crimes a ser processado e julgado perante esta Justiça Especializada.

Ante o exposto, conheço do presente *Writ* 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 do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade de votos**, em conhecer do Habeas Corpus e negar a Ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 26 de abril de 2018 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator.

_____



Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 154-87.2015.7.07.0007-PE

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Recorrente: O Ministério Público Militar.

Recorrido: Walter Werleys Souza Costa.

Advogados: Drs. Gabriel Albuquerque Dantas da Silva, Henrique de Azevedo Mesquita, Piero Monteiro Sial e Ulysses Augusto Barros Verçosa.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VIATURA MILITAR E VEÍCULO CIVIL. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE SOLDADO DURANTE SERVIÇO DE ESCOLTA. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.

Inconformismo do MPM ante a Decisão do Juízo "a quo" que rejeitou a Denúncia oferecida, por falta de justa causa.

Na fase preliminar de recebimento da Exordial, cabe ao juiz apenas verificar se foram preenchidos os requisitos exigidos pelos artigos 77 e 78 do CPPM.

Os outros aspectos de ordem material ou processual deverão ser sopesados durante o processo, no qual o denunciado, pautado nas garantias constitucionais, terá a oportunidade de provar sua inocência.

Ademais, com base no art. 6º da Lei nº 6.880/1980, equivale a estar no exercício da função militar, membros das Forças Armadas designados para cumprir missão junto à Presidência da República.

Denúncia que se encontra revestida das formalidades legais.

Recurso do "Parquet" Militar Provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso ministerial, para, desconstituindo a Decisão recorrida, receber a Denúncia oferecida contra o Civil Walter Werleys Souza Costa, como incurso no art. 210 do CPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito, nos termos do voto do Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi. O Ministro William de Oliveira Barros não participou do julgamento. Presidência do Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, e os Advogados da Defesa, Drs. Piero Monteiro Sial e Gabriel Albuquerque Dantas da Silva.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 20/3/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MPM contra a Decisão do Juízo da Aud/7ª CJM, proferida nos autos do IPM nº 154-87.2015.7.07.0007, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do civil WALTER WERLEYS SOUZA COSTA, como incurso no art. 210 do CPM, por lesão corporal culposa.

Narra a Exordial Acusatória que:

> No dia 27 de abril de 2015, por volta das 14:40h horas, na Rodovia BR- 101, Km 50, no centro de Abreu e Lima/PE, durante o treinamento de uma escolta para a então Presidente da República Dilma Rousseff, **o Sd EP ROBSON, do 10º Pelotão de Polícia do Exército conduzia uma motocicleta militar da marca Honda, modelo XRE 300, (...), pertencente ao Exército Brasileiro** e estava na função de ponta de lança por ocasião da atividade, sendo responsável pelo controle de trânsito a frente da escolta.
>
> Em determinado momento do treinamento, o **Sd EP ROBSON** teve que se deslocar a frente para controlar e balizar o trânsito, pois observou uma senhora atravessando a pista da esquerda para direita e naquele momento fez sinais para que a senhora não atravessasse a pista, e quando voltou as vistas para frente, a motocicleta já havia colidido com o

automóvel de marca FIAT, modelo UNO (...) de propriedade da Locadora FlORI LTDA, sendo locado pelo Sistema Penitenciário de Pernambuco, conduzido pelo Sr. WALTER COSTA que vinha no sentido contrário ao da motocicleta, porém, em princípio na faixa exclusiva para ônibus.

Após a colisão, o militar foi socorrido por equipe de resgate do SAMU que estava enquadrada no comboio, foi conduzido ao Hospital Miguel Arraes, onde foi submetido a uma cirurgia, permanecendo por 2 (dois) dias em observação, sendo posteriormente transferido para o Hospital Militar de Área de Recife (HMAR), onde permaneceu por mais 10 (dez) dias.

Já o civil, que não sofreu nenhum ferimento, ficou no local aguardando as devidas perícias, que foram conduzidas pela equipe de perícia do 4º Batalhão de Polícia do Exército e da Polícia Rodoviária Federal, que registrou o Boletim de Acidente de Trânsito (fls. 96/103). (...).

(...).

Com o objetivo de elucidar os fatos narrados, foi instaurada **Sindicância** (fls. 52/ 132) (...), a qual concluiu que o acidente (...) não configuraria crime militar, tampouco transgressão disciplinar, no que diz respeito ao (...) **Sd EP ROBSON**, conforme **Relatório de Sindicância (fls. 131/132)**.

(...).

Diga-se que o Laudo Pericial (fls. 120/127) reflete as declarações das testemunhas Sd EP ROBSON e Sd SOARES, divergindo, pois, das declarações do Sr. WALTER COSTA (...). Ademais, diga-se que a conclusão a que chegou o Encarregado do Parecer Técnico foi de que "as avarias são decorrentes por falha pessoal", indicando que **Sr. WALTER COSTA** agira com imprudência (...), de acordo com a conclusão do Laudo Pericial, conduzido por peritos do 4º Batalhão de Polícia do Exército (...).

Relatada a Sindicância (fls. 131/132), foi instaurado **Inquérito Policial-Militar**, conforme Portaria (...) do Comandante da 10ª Brigada de Infantaria Motorizada (...) com o objetivo de ratificar e/ou retificar o que foi apurado em Sindicância. (...).

Às fls. 31/32, o Sd EP ROBSON ratificou (...) que houve uma reunião para explicar como seria a missão; que, quem ministrou a reunião foi o Subcomandante do 4º CPE e que havia a presença de representantes de instituições externas ao Exército Brasileiro (Polícia Rodoviária Federal – PRF, Companhia de Trânsito e Transporte Urbano – CTTU, Polícia Militar de Pernambuco – PMPE, Corpo de bombeiros Militar de Pernambuco – CBMPE, Polícia Civil de Pernambuco – PCPE, e Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU) (...).

(...).

Às fls. 134/139, o Relatório do IPM concluiu que o fato-objeto do presente Inquérito Policial Militar (IPM), conforme as declarações e os documentos constantes do próprio IPM e da Sindicância, não demonstraria indícios de crime militar, tampouco de transgressão disciplinar por parte do **Sd EP ROBSON**, do 10º Pelotão de Polícia do Exército.

Em conformidade com o Laudo Pericial (...) (fls. 120/127), o Sr. WALTER COSTA, é indicado como "causa determinante do acidente", gerando indícios de um crime militar, além da responsabilidade administrativa pelos prejuízos causados na viatura motocicleta militar (...) pertencente ao Exército Brasileiro, (...) devendo o **Sr. WALTER COSTA** ser informado pelo 10º Pelotão de Polícia do Exército sobre a responsabilidade administrativa que lhe foi imputada (...).

Às fls. 147/224, observou-se uma celeuma a respeito da competência da Justiça Militar da União para analisar o caso em relação ao Sr. WALTER COSTA, e do MPM para atuar no mesmo, decidindo o Superior Tribunal Militar, ao final, que **a Justiça Militar e o *Parquet* castrense são competentes para atuarem no caso concreto**.

Posteriormente, o *Parquet* militar ofereceu Cota (fls. 285/287), requerendo que o indiciado Sr. WALTER COSTA fosse novamente inquirido, desta vez, na qualidade de indiciado, devendo constar na intimação que o referido indiciado tinha o direito de se fazer acompanhado de defensor de sua exclusiva e livre escolha, e que, quando do comparecimento, o indiciado deveria ser alertado de sua condição de indiciado, e advertido do direito de permanecer calado.

(...).

Às fls. 298/299, o *Parquet* castrense ofereceu Cota, requisitando a juntada de Laudo Pericial Traumatológico, após realização de Exame de Corpo de Delito Indireto (com arrimo na interalidade do prontuário médico da vítima do acidente), com fotografias das lesões e com a indicação das consequências médico-legais decorrentes do acidente (...), para se aferir **a prova da ocorrência, da extensão e das consequências** da lesão corporal suportada pelo ofendido.

Às fls. 313/349, foi juntada toda a **documentação médica** a respeito do **Sd ROBSON**, decorrente do acidente:

a) À fl. 313, **o Laudo para Solicitação de Autorização de Internação**, do SUS, demonstra que o paciente havia sido vítima de colisão entre moto e carro (...). Refere dor em joelho e tornozelo esquerdos. O procedimento indicado foi o "tratamento cirúrgico da lesão(...)membro inferior joelho (...) (e) tornozelo)";

b) À fl. 314, **o Resumo da Classificação de Risco**, do Hospital Miguel Arraes, demonstra que o "paciente deu entrada (...) com SAMU, colisão carro e moto, em parte do joelho, perda de tecidos moles, e corte contuso (...) sangrante";

c) À fls. 315/316, **o Resumo de Atendimento e a Ficha de Internação**, ambos do Hospital Miguel Arraes (HMAR), demonstram que a fratura exposta necessitava de procedimento cirúrgico:

d) À fl. 317, **a Ficha de Cirurgia Descritiva** esclarece o diagnóstico: "fratura exposta na tíbia esquerda + lesão extensa de partes moles (...)". Indica ainda o procedimento cirúrgico: "Limpeza cirúrgica + instalação de fixador externo tubo-a-tubo":

e) Às fls. 318/321, **Evolução Médica, instruções pós-cirurgia** prescrita por ortopedista. **Comprovante de Alta Hospitalar do Paciente e Guia de Transferência/ Encaminhamento**, todos do Hospital Miguel Arraes, encaminhando, 02 (dois) dias após a cirurgia, o militar para o Hospital Militar de Área do Recife – HMAR;

f) À fl. 322, **Ficha de Internação do paciente**, no HMAR, onde ficou internado por cerca de 10 (dez) dias;

g) À fl. 323, **Resumo de Internação Hospitalar**, do HMAR, indicando a causa da internação (cirurgia no Hospital Miguel Arraes após colisão entre carro e moto):

h) Às fls. 324/331, **Relatórios de Enfermagem**, do HMAR, de 29/04/2015 a 06/05/20 15;

i) Às fls. 332/333, **Relatórios do Exame Diário**, do HMAR, de 30/04/2015 a 05/05/2015;

j) Às fls. 334/335, **Fichas de Controle de Prescrição de Antimicrobianos**, do HMAR;

k) À fl. 336, **Cadastro de Beneficiário do FUSEx**:

(...)

o) Às fls. 343/349, **fotos das cicatrizes das lesões** no militar **Sd EP ROBSON**.

À fl. 359, em cumprimento à Cota de fls. 298/299, foi confeccionado Laudo Pericial Traumatológico-Ortopédico (fl. 359), que concluiu: (1) que o **Sd EP ROBSON** foi operado no Hospital Miguel Arraes para tratamento de fratura exposta da perna esquerda e extensa lesão de partes mole no joelho esquerdo, sendo tratado com fixador externo na perna e permanecendo internado por dois dias, período após o qual foi transferido para o HMAR, permanecendo internado por mais alguns dias, durante os quais realizou tratamento com antibióticos e curativos; **(2)** que o **Sd EP ROBSON** recebeu alta em 07/05/2015. permanecendo em tratamento fisioterápico; **(3)** que o fixador externo colocado no **Sd EP ROBSON** foi retirado em 10/10/2015, após a consolidação da fratura da tíbia, realizando até a presente data fisioterapia em períodos alternados, mas ainda sentido dores no tornozelo esquerdo (...) e "formigamento" (parestesia) na perna esquerda; **(4)** que ao exame físico, o **Sd EP ROBSON** estava lúcido (...) apresentando cicatriz cirúrgica no joelho, cicatriz no orifício do fixador externo e

cicatriz cirúrgica (...) da perna esquerda. (...) **(6)** que o **Sd EP ROBSON** apresentava discreta atrofia muscular na perna esquerda, e no tornozelo esquerdo apresentava dor à palpação dos ligamentos, porém sem instabilidade articular; **(7)** que, realizada radiografia das pernas, incluindo tornozelo, (...) observou-se um processo degenerativo na superfície articular do tornozelo (...) **(8)** que se observou a consolidação da fratura da tíbia; **(9)** que há hipótese diagnóstica de artralgia por desgaste mecânico da articulação do tornozelo, com prognóstico de evolução para artrose do tornozelo, (...); **(10)** (...) que as lesões no **Sd EP ROBSON** produziram perigo de morte por embolia pulmonar por causa da fratura exposta, que as lesões deixaram a **vítima** incapaz para ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, e que as lesões produziram enfermidade incurável, pois apresenta prognóstico de artrose do tornozelo.

(...)

QUANTO AO DANO CULPOSO

Está configurado um dano culposo, conduta esta atípica nas esferas penais militar e comum, de sorte que, quanto a tal fato, o *Parquet* D'Armas promoverá o arquivamento da inquisa em tela.

QUANTO À LESÃO CORPORAL CULPOSA

É robusto o conjunto de provas que apontam para o denunciado como autor do crime militar "lesão corporal culposa" (art. 210 do Código Penal Militar), visto que a oitiva das testemunhas, o interrogatório do indiciado, os Laudos Periciais e Médicos, e todas as demais provas apresentadas demonstram cabalmente que o acidente foi causado por imprudência do **Sr. WALTER COSTA**.

Ora, as testemunhas foram harmônicas em suas oitivas, descrevendo a ocorrência do acidente e as circunstâncias nas quais o mesmo ocorreu, além das providências tomadas imediatamente após o fato.

Ainda, de acordo com Laudo Pericial (fls. 120/127), o acidente foi causado "por falha pessoal" do **Sr. WALTER COSTA**, e que sua imprudência foi causa determinante do acidente", e as consequências médicas advindas do acidente causado são graves, conforme se observou do Laudo Ortopédico (fl. 359), que esclareceu que as lesões produziram perigo de morte por embolia pulmonar por causa da fratura exposta, além de deixarem a vítima incapaz para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, e que tais lesões produziram enfermidade incurável, pois apresenta prognóstico de artrose do tornozelo.

Levando-se em conta que a lesão ocorreu como resultado de um acidente de trânsito, no qual o **Sr. WALTER COSTA** agiu com **imprudência**, trata-se aqui de **fato típico descrito no art. 210 do *Codex* castrense**.

> Isto posto, o Ministério Público Militar espera seja a presente **DENÚNCIA** recebida em todos os seus termos para os fins de processar, julgar e condenar o civil **WALTER WERLEYS SOUZA COSTA**, como incurso no **art. 210 do Código Penal Militar (lesão corporal culposa), por haver, por imprudência, ofendido a integridade corporal e a saúde do Sd ROBSON**.

Cabe lembrar nesse instante que, anteriormente, o MPM, ao oficiar no presente feito, durante a fase de inquérito, havia interposto Recurso em Sentido Estrito, perante este Tribunal, contra Decisão da Magistrada Titular da Aud/7ª CJM, que não acolheu a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar da União, apresentada também nos autos do IPM nº 154-87.2015.7.07.0007, referente ao mencionado civil WALTER COSTA.

Na ocasião, em 12/4/2016, esta Corte Superior, contrariando a pretensão ministerial, reconheceu a competência da Justiça Militar para julgar esse processo ora em colação. Entendeu, ainda, essa Egrégia Corte, quando julgou a arguição de incompetência desta Justiça, que a função de natureza militar deve ser analisada de forma ampla, de modo a compreender todas as atividades legitimamente desempenhadas pelas Forças Armadas, dentre elas, a segurança da sociedade e das mais altas autoridades de nosso país, como a então Presidente da República.

Contra o Acórdão desse Tribunal, que confirmou, por unanimidade, a competência da JMU para julgar o feito, o MPM impetrou "Habeas Corpus" junto ao STF, buscando anular o julgamento dessa Corte de Justiça Militar. Após analisar o Remédio Heroico, aquela Suprema Corte negou o pleito do "Parquet" Militar.

Após o julgamento realizado por este Tribunal, os autos foram devolvidos ao Juízo de primeiro grau para o prosseguimento do feito. Ato contínuo, concluída a fase investigatória, o "Parquet" Militar ofereceu Denúncia contra o civil WALTER COSTA, com base no art. 210 do CPM, por entender que ele incorreu no crime de lesão corporal culposa contra o militar do Exército Brasileiro.

Ocorre que, ao analisar a peça Inicial, o Juízo da Aud/7ª CJM decidiu rejeitar a Denúncia, por falta de justa causa. Mas, antes, acolheu a manifestação ministerial e determinou o arquivamento do IPM, relativamente aos danos causados na motocicleta pertencente ao 4º Batalhão de Polícia do Exército, com fulcro no art. 397 do CPPM, sem prejuízo das medidas cíveis ou administrativas para a reparação do dano causado à União.

Quanto ao delito de lesão corporal, a Magistrada ressaltou que, se de um lado, na montagem da operação militar de escolta de autoridade, deve ser previsto todo e qualquer infortúnio que possa surgir no trajeto – com treinamento para trajetórias e procedimentos alternativos –, de outro, não se

enxergava, nestes autos, que a conduta adotada pelo ora denunciado, após acatar as orientações de um dos batedores, tenha sido contemplada pela previsibilidade, requisito exigido para o reconhecimento da conduta culposa na Peça Inicial.

Assim, entendeu que não se trata de crime militar, a ser analisado por esta Justiça Especializada ou pela Justiça Comum, ante a ausência de previsibilidade na conduta do civil, devendo os danos morais ou materiais decorrentes do acidente serem tratados na esfera administrativa ou na seara civil, se assim entender necessário o ofendido.

Mencionou ainda, aquela Magistrada, que um dos requisitos essenciais para a deflagração da ação penal é a existência de justa causa e a possibilidade mínima de a ação penal ser próspera, o que não se via "in tela", em virtude da ausência de previsibilidade na conduta do indiciado. Aduziu, também, que o Ministério Público Militar não se desincumbiu do ônus de descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias.

Por essas razões, a magistrada rejeitou a Denúncia, quanto ao crime previsto no art. 210 CPM, com base no art. 395, inciso III (falta de justa causa), do Código de Processo Penal Brasileiro, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal Militar.

Irresignado, o MPM interpôs, tempestivamente, novo Recurso em Sentido Estrito, ora em exame (fl. 131). Desta vez, por entender que a Juíza-Auditora adentrou, e muito, no próprio mérito da causa, julgando antecipadamente a ação penal. Sustentou que a Inicial Acusatória deve ser recebida em razão da existência de elementos de prova que tornam certas não apenas a autoria do crime imputado ao recorrido, mas também o seu modo imprudente de agir. Disse que a Denúncia se pautou em Laudo Técnico, com forte credibilidade probante.

Consignou, ainda, o Membro do "Parquet", que o referido Laudo afirma que o responsável pelo acidente – lesionando o militar – foi o civil WALTER COSTA, ao tentar fazer uma ultrapassagem, que, pela descrição, equivale à imprudência, conforme o mencionado Laudo Pericial. Salientou não haver dúvidas de que aquele civil foi o autor do delito de lesão corporal culposa, por ter dirigido com imprudência, ocasionando o acidente que vitimou o "batedor" do Exército Brasileiro. Por fim, aduziu que a Peça Vestibular se reveste dos requisitos legais exigidos, razão pela qual deve ser recebida, por ter preenchido integralmente os requisitos elencados no art. 77 do CPPM.

Em contrarrazões, a Defesa pugnou pelo conhecimento e desprovimento do Recurso em Sentido Estrito apresentado pelo MPM, ante a inépcia da Denúncia e ausência de justa causa, a fim de que seja realizado o arquivamento.

O Juízo da mencionada Auditoria, entendendo que a Decisão deveria ser mantida, determinou que os autos fossem encaminhados a esta Egrégia Corte.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, representada pela Subprocuradora-Geral Dra. HERMINIA CÉLIA RAYMUNDO, em Parecer, pediu vênia para sustentar que a Decisão guerreada, definitivamente, mergulha no exame do próprio mérito da Ação Penal Militar ora proposta, como argumentou o nobre Promotor de Justiça Militar em seu arrazoado. Mencionou que não há fundada razão para abortar uma proposta acusatória embasada em sólidas provas colhidas no curso de IPM, as quais apontam para a autoria e a materialidade da prática do delito. Salientou que, no caso, não se vislumbra presente qualquer causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade.

Ressaltou que somente na instrução criminal poderá ser analisado o fato de maneira plena e, havendo indicativos mínimos de prova do fato delituoso e indícios de autoria, são estes suficientes, como justa causa, para a instauração da competente Ação Penal Militar, a exemplo do caso em comento. Aduziu que, nessa fase de juízo de prelibação da Peça Vestibular, o Juiz deve averiguar, apenas, se estão presentes a prova da existência do fato que, em tese, constitua crime e indícios suficientes de autoria para iniciar o processo.

Por isso, opinou pelo recebimento da Denúncia em desfavor do acusado WALTER WERLEYS SOUZA COSTA, como incurso no art. 210 do CPM.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso deve ser conhecido.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Decisão de Primeira Instância que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do civil WALTER WERLEYS SOUZA COSTA, como incurso no art. 210 do CPM, por lesão corporal culposa.

Compulsando os autos, verifica-se que assiste razão ao MPM, uma vez que existe justa causa para iniciar a ação penal, como restou demonstrado no Recurso.

Na fase preliminar de recebimento da Denúncia, cabe ao juiz verificar tão somente se a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelos artigos 77 e 78 do CPPM. No caso dos autos, pode-se observar que a Denúncia oferecida se encontra revestida das formalidades legais e, por isso, deve ser recebida.

Os demais aspectos, sejam materiais ou processuais, deverão ser sopesados durante o processo, ocasião em que o denunciado terá oportunidade de se defender das acusações a ele imputadas, à luz das garantias constitucionais do devido processo legal.

Cumpre lembrar também que, em caso de dúvidas, nesse primeiro momento, deve prevalecer o princípio do "in dubio pro societate". Ainda mais quando o lastro probatório mínimo se mostra suficiente para deflagrar a ação penal, como é o caso dos autos.

Dessa forma, querer discutir, nesse instante, a conduta atribuída ao denunciado seria antecipar julgamento de mérito, que, aliás, vem sendo rechaçado por esta Egrégia Corte.

Certo é que, corroborando o entendimento da Subprocuradora da Justiça Militar Dra. HERMINIA CÉLIA RAYMUNDO, todos os indícios constantes dos autos carream no sentido de que o referido civil, de fato, incorreu no crime previsto no art. 210 do CPM.

Não se deve olvidar que os fatos em colação dizem respeito a acidente de trânsito provocado por civil, que, além de produzir lesão corporal em militar de serviço, atingiu patrimônio pertencente à Administração Castrense, o que, por si só, já define os fatos como sendo de natureza militar.

Aliás, verifica-se que a competência para julgar a conduta perpetrada pelo denunciado está disposta na Parte Geral e na Parte Especial do CPM, bem como no Estatuto do Militares.

Na parte geral da Legislação Substantiva Castrense, o inciso III do art. 9º prevê que:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares (...):
>
> **III – os crimes praticados** (...) **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;
>
> **(...)**
>
> c) contra **militar** em (...) **exercício** (...) **ou** manobras;
>
> d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra **militar em função de natureza militar, ou** no desempenho de serviço (...) quando legalmente requisitado para aquele fim, **ou** em obediência a determinação legal superior. (Grifo nosso).

Quanto à Parte Especial, também é possível observar que os fatos se enquadram perfeitamente no art. 210 CPM.

Ao corroborar com a Legislação Castrense, a Lei nº 6.880/1980, que trata do Estatuto dos Militares, no art. 6º, deixa claro que:

> São equivalentes as expressões "na ativa", "da ativa", "em serviço ativo", "em serviço na ativa", "em serviço", "em atividade" ou "em

> atividade militar", conferidas aos militares no desempenho de cargo (...), **incumbência ou missão**, **serviço** ou **atividade militar** ou considerada de natureza militar **nas organizações militares das Forças Armadas**, bem como **na Presidência da República**, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei (...). (Grifo nosso).

Vê-se, então, que equivale a estar no exercício de função de natureza militar, membros das Forças Armadas que prestam serviços à Presidência da República, à Vice-Presidência da República, ao Ministério da Defesa e aos demais órgãos previstos em norma específica.

Dessa forma, está claro nos autos que o Sd ROBSON estava exercendo a função militar ao ser atingido pelo civil WALTER – quando este tentava realizar uma ultrapassagem – haja vista que se encontrava em exercício para proceder na escolta da comitiva Presidencial ou, no mínimo, obedecendo ordem superior, o que já credencia esta Justiça para analisar o caso.

Igualmente, insta salientar que o próprio civil declarou, em depoimento, ter visto o comboio se aproximando e os batedores sinalizando para que os motoristas reduzissem a velocidade.

Ora, se tivesse acatado as orientações dos batedores, como afirma a Juíza-Auditora em sua Decisão, o civil, em vez de buzinar, como aliás o fez, ou, ainda, ter tentado realizar uma ultrapassagem em local indevido, como também, comprovadamente, o fez, deveria ter estacionado ou encostado seu veículo ou, no mínimo, oferecido condições para que o Sd ROBSON seguisse abrindo caminho, já que declarou ter visto a aproximação da comitiva.

Torna-se necessário esclarecer que o caso em exame é diferente de outros semelhantes por esta Corte julgados, em que a viatura apenas transportava militares de uma Unidade Militar para outra e se envolve em acidente de trânsito.

Também difere dos casos em que o batedor já havia encerrado a missão de escolta e, ao retornar para o quartel, envolve-se em acidente de trânsito com a motocicleta da Corporação.

No caso dos autos, o Sd ROBSON estava em pleno exercício da atividade-fim de "batedor", qual seja, fazer escoltas e realizar a segurança, em via pública, de comboios e comitivas, quando se envolveu no acidente.

Some-se a isso o fato de que, em decorrência do acidente de trânsito, a motocicleta – que, frise-se, é patrimônio sob a Administração Militar igualmente protegido pelo art. 9º do CPM – ficou bastante danificada, uma vez que houve a necessidade de trocar várias peças, conforme parecer técnico.

Ademais, se o legislador castrense quisesse que o crime de lesão corporal culposa, provocado por civil contra militar, em serviço, não caracterizasse crime militar, assim teria previsto no Código Penal Militar.

Até onde se sabe, não há, até o momento, nenhuma alteração no referido Diploma Legal nesse sentido. Pelo contrário, o que se observou, com as recentes mudanças no art. 9º do CPM, por meio da Lei nº 13.491/2017, foi uma forte tendência em ampliar, consideravelmente, a competência da Justiça Militar, suprimindo, inclusive, em alguns casos, a competência da Justiça Comum para serem julgados no âmbito castrense.

Por isso, ao contrário do que afirma a magistrada, o ato praticado pelo denunciado caracteriza crime militar. Até porque, a considerar as provas dos autos, existiu a presença de previsibilidade por parte do civil, devendo ser, portanto, analisada sua conduta perante a Justiça Castrense, o que, obviamente, não impede que se busquem os danos materiais decorrentes do acidente na esfera administrativa ou civil, se assim entender necessário a parte interessada.

Assim, como bem ressaltou o Órgão Ministerial, percebe-se, de fato, que a Juíza-Auditora enfrentou o mérito da causa, julgando antecipadamente a ação penal, o que não se deve admitir, merecendo, dessa forma, que a Decisão seja revista por essa Corte Superior.

Conclui-se, então, que a Denúncia deve ser recebida porque, além de se revestir dos requisitos legais exigidos pela Lei Adjetiva Castrense, pautou-se, notadamente, dentre as provas, em Laudo Técnico, o qual apontou o denunciado como sendo o responsável pelo acidente que lesionou o militar lotado no 10º Batalhão de Polícia do Exército, razões que nos levam a crer que existe justa causa para iniciar a Ação Penal Militar.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ministerial, para, desconstituindo a Decisão recorrida, receber a Denúncia oferecida contra o civil WALTER WERLEYS SOUZA COSTA, como incurso no art. 210 do CPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Vice-Presidente, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em dar provimento ao Recurso Ministerial, para, desconstituindo a Decisão recorrida, receber a Denúncia oferecida contra o Civil Walter Werleys Souza Costa, como incurso no art. 210 do CPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito.

Brasília, 20 de março de 2018 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.



Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE Nº 0000147-43.2017.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Representante: Procurador-Geral da Justiça Militar.

Representado: Marcio Domeneck Salgado.

Advogado: Mário Rebello de Oliveira Neto.

EMENTA

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/ INCOMPATIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. INTERPOSIÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL VISANDO À DISCUSSÃO DO *QUANTUM* DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. ESTELIONATO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS NO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES. ADULTERAÇÃO DE ORDENS BANCÁRIAS PARA EFETIVAÇÃO DE CRÉDITO EM CONTAS DE "LARANJAS". VIOLAÇÃO DE PRECEITOS MILITARES. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. UNANIMIDADE.

Não obstante a tramitação paralela de revisão criminal, a Defesa não logrou êxito em demonstrar a existência de questão prejudicial hábil a obstar o curso da Representação. Aliás, a tese contida no pedido revisional, relacionada ao *quantum* da pena fixada, sequer foi conhecida por esta Corte, a qual foi ainda ratificada em embargos de declaração.

Incorre na violação dos preceitos contidos no Estatuto dos Militares Oficial Superior que, valendo-se da facilidade proporcionada pelo exercício de suas funções no âmbito da Seção

de Finanças da 1ª Região Militar, adultera ordens bancárias para efetivação de créditos nas contas-correntes de parentes e amigos, dos quais recebia antecipadamente os respectivos cheques para consolidar a apropriação dos valores públicos desviados.

Os crimes patrimoniais praticados por Oficiais, no exercício de suas funções, revelam a inaptidão moral e inidoneidade desses profissionais, principalmente quando em detrimento do Erário, pois deles se espera que atuem com integridade e lisura no trato da coisa pública. A apropriação de valores públicos se traduz em conduta abjeta, de modo a merecer o repúdio da sociedade.

O grau da violação dos valores militares não se avalia pelo número de atos ou tempo da sua prática, mas pela audácia e disposição de ferir esses padrões legalmente previstos.

Preliminar de prejudicialidade que se indefere. Decisão por unanimidade.

Acolhida a Representação para declarar o Oficial indigno e condená-lo à perda do posto e da patente. Decisão unânime.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar defensiva de sobrestamento da Representação, em face da Decisão desta Corte, proferida em 31 de agosto de 2017, que não admitiu a Revisão Criminal nº 51-28.2017.7.00.0000, a qual foi ratificada no julgamento dos Embargos de Declaração, de numeração respectiva, em 4 de abril de 2018. **No mérito**, **por unanimidade**, acolheu a Representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar para declarar o Cel R1 Ex Marcio Domeneck Salgado indigno para o Oficialato, determinando, por consequência, a perda do posto e da patente, nos termos do voto do Relator Ministro William de Oliveira Barros. Declarou-se suspeito o Ministro Marco Antônio de Farias, nos termos do art. 136 do RISTM. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, e o Advogado da Defesa, Dr. Mário Rebello de Oliveira Neto.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 24/5/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça Militar, com fundamento no art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal, c/c o art. 112 do RISTM, a fim de ser declarada a Indignidade para o Oficialato do Cel R1 Ex MARCIO DOMENECK SALGADO e determinada, por consequência, a perda do posto e da patente.

O Cel DOMENECK foi denunciado por ter, na condição de integrante da Seção de Finanças da Primeira Região Militar (1ª RM), em parceria com outros denunciados, desviado valores pertencentes ao Exército Brasileiro em benefício próprio e de terceiros. Para tanto, o Oficial adulterava os dados constantes nas Ordens Bancárias destinadas ao pagamento das despesas com pessoal e serviços no âmbito da 1ª RM, indicando as contas bancárias de "laranjas" (familiares e amigos) para efetivação desses créditos, os quais, posteriormente, eram a ele repassados. Em outras ocasiões, o Oficial simulava situações de despesas, de forma a gerar as respectivas ordens bancárias, com os dados desses correntistas. As condutas do ora Representado e dos demais envolvidos causaram um prejuízo ao Erário contabilizado em R$ 10.863.486,30 (dez milhões, oitocentos e sessenta e três mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e trinta centavos), conforme perícias e Tomadas de Contas. Todos os envolvidos foram incursos na figura típica do artigo 303, c/c os arts. 53 e 80, tudo do CPM (Proc. nº 7000329-70.2018.7.00.0000 - dependente, evento 1, doc. 10/11/12-DENÚNCIA, fls. 8.462/ 8.663).

Em Sentença proferida pelo Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM no dia 30 de julho de 2009, o Colegiado de Primeira Instância julgou procedente a denúncia para condenar o Representado à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime inicial fechado, como incurso, por desclassificação, no art. 251 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum (e-Proc, evento 1, doc. 9-ANEXO, fls. 1.105/1.135).

No recurso de Apelação interposto pela Defesa, esta Corte, em 12 de maio de 2011, embora tenha considerado a agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, proveu parcialmente o apelo para reduzir a pena imposta ao Cel R1 Ex MARCIO DOMENECK SALGADO para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado (e-Proc, evento 1, doc. 9-ANEXO, fls. 1.284/1.337). A Decisão foi ratificada, em 20 de outubro de 2011, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Defesa (e-Proc, evento 1, doc. 9-ANEXO, fls. 1395/1405).

O Acórdão confirmatório da condenação transitou em julgado no dia 10 de dezembro de 2016, após a ratificação, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário interposto pela Defesa, nos autos do Agravo em RE nº 715454,

relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO (e-Proc, evento 1, doc. 9-ANEXO, fls. 331/341), conforme se verifica da certidão anexada aos autos (e-Proc, evento 1, doc. 9-ANEXO, fl. 357).

Nos argumentos da Representação, o eminente Procurador-Geral da Justiça Militar enfatiza a comprovação de ter o Cel DOMENECK, na condição de chefe da Seção de Finanças da 1ª RM, assinado várias ordens bancárias que beneficiaram diversas pessoas sem qualquer vínculo com o Exército Brasileiro, entre as quais algumas que mostravam estreito vínculo familiar e afetivo com o Representado. No entendimento do Representante, essa conduta, além de caracterizar gravíssima infração penal, consubstancia em clara violação do dever de fidelidade para com a instituição onde o nominado Oficial serviu. Assevera que o grau de censurabilidade de seus atos está relacionado com o montante considerado das quantias desviadas, e não apenas com o período do cometimento das ações penalmente ilícitas. Salienta que as ações desonrosas do Cel DOMENECK em nada se coadunam com os preceitos éticos que norteiam a relação entre o militar e a Força a qual está vinculado, violando os incisos I, II, IV, VI, VII, XII, XIII, XVII e XIX do art. 28 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares). Pede, ao final, a procedência da Representação, a fim de ser o Cel R1 Ex MARCIO DOMENECK SALGADO declarado indigno para o Oficialato e condenado à perda do posto e da patente que ostenta (e-Proc, evento 1; 2-INIC fls. 2/6).

Atendendo ao preceito contido no art. 113 do RISTM, determinei a citação do Representado, para que apresentasse defesa escrita, a qual veio aos autos no prazo regulamentar (e-Proc, evento 1, 5-VOLUME, fls. 25/26).

Em seus argumentos, ofertados em 25 de outubro de 2017, a Defesa contesta a Representação, afirmando ter o Cel DOMENECK contribuído por apenas três meses e vinte e um dias com a empreitada criminosa, o que não é o bastante para declará-lo indigno. Sustenta a existência de erros na Sentença condenatória, ao agravar a pena do Oficial com base em circunstâncias elementares do tipo, o que se constitui em *bis in idem*. Por essa razão, alega a existência de questão prejudicial que impede o julgamento do presente feito, tendo em vista o ajuizamento da Revisão Criminal nº 51-28.2017.7.00.0000 nesta Corte objetivando a redução da pena infligida, requerendo seu apensamento ao presente feito. Aduz estar o Representado padecendo de grave enfermidade oncológica, e a perda do soldo representaria uma sentença de morte, pois dele depende para custear o tratamento. Pede, ao final, o acolhimento da questão prejudicial e, no mérito, a improcedência da Representação.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE

Em relação à preliminar de prejudicialidade, os requisitos da Representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar encontram-se plenamente satisfeitos, haja vista o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ocorrido em 10 de dezembro de 2016, de Oficial das Forças Armadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos de reclusão, conforme se verifica do art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal.

Não obstante a tramitação paralela da Revisão Criminal nº 51-28.2017. 7.00.0000, a Defesa não logrou êxito em demonstrar a existência de questão prejudicial hábil a obstar o curso da Representação. Aliás, a tese contida no pedido revisional, relacionada ao *quantum* da pena fixada, sequer foi conhecida pela unanimidade desta Corte, conforme se verifica do *decisum* de 31 de agosto de 2017, registrada no Sistema de Acompanhamento de Processos (SAM), a qual foi ainda ratificada, também por unanimidade, no recente julgamento dos respectivos embargos de declaração em 4 de abril de 2018.

É nítida, portanto, a perda de objeto da preliminar arguida pelo Representado, tendo em vista o não conhecimento do pedido revisional, por esta Corte, relativo ao *quantum* da pena fixada.

Diante do exposto, não conheço da preliminar defensiva de sobrestamento da presente Representação, em face da Decisão desta Corte, proferida em 31 de agosto de 2017, que não admitiu a Revisão Criminal nº 51-28.2017.7.00.0000, a qual foi ratificada no julgamento dos Embargos de Declaração, de numeração respectiva, em 4 de abril de 2018.

MÉRITO

A condenação do Representado decorreu de profunda análise jurídica por parte do Colegiado de Primeira Instância desta Justiça Militar, o qual se atentou às garantias do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, trago à colação os fundamentos da Sentença proferida em 30 de julho de 2009, *in verbis*:

> Como justificar tantas evidências que demonstram total participação no esquema? Verifica-se que os próprios amigos e familiares confirmam que receberam os valores, repassando-os, em seguida, ao Cel Domeneck. Não há como aceitar as justificativas do acusado. Ora, declarar que teria sido ludibriado pelo Cap Adilson e pelo Sgt Caldeira, diante de tantas provas, demonstrando sua efetiva participação, é tentar distorcer a realidade. Afirmar que teria sido orientado pelo falecido servidor civil Carlos Geraldo a solicitar contas de pessoas conhecidas para não chamar a atenção pelos valores recebidos a título de comissões por imóveis vendidos afronta a prova dos autos, pois ordens bancárias foram

> feitas em nome daquelas pessoas. Aliás, o servidor Carlos Geraldo é apontado como um dos participantes do esquema. Interessante notar que o acusado não apresentou qualquer prova de que tenha vendido um único imóvel. (e-Proc, evento 1, 9-ANEXO, fls. 218/248).

No mesmo sentido foi o embasamento deste Plenário, no julgamento da Apelação em 12 de maio de 2011, ao ratificar, por unanimidade, a condenação:

> Causa estranheza a razão de não ter o Cel Marcio Domeneck se recordado dos endereços dos imóveis vendidos, a fim de justificar as alegadas comissões recebidas. Ressalta-se, ainda, ter ele mesmo admitido assinar oito ordens bancárias irregulares, muito embora alegue tratar-se de erro administrativo pela ausência de dolo em fraudar a Organização Militar.
>
> A alegada sobrecarga de serviço, enquanto esteve à frente da Seção de Finanças, dificultando a conferência dos mais de trezentos documentos que assinava diariamente, desfavorece o apelante, na medida em que se valeu das deficiências existentes naquela seção para arquitetar e cometer as fraudes, na expectativa de que dificilmente seriam descobertas. Cabe ressaltar a versão desse apelante em desviar o foco das investigações, alegando ter cedido os nomes de terceiros não para cometer fraudes, mas para evitar a ação investigativa da Receita Federal na empresa de sua esposa (Brazil Holiday Tour Operator). Tão comprovada a autoria desses delitos que o próprio apelante admite eventual condenação, postulando pela pena mínima. (e-Proc, evento 1, 9-ANEXO, fls. 249/302).

A conduta do Representado, muito além do crime perpetrado, em razão do qual sofreu justa condenação, violou preceitos fundamentais e de observância obrigatória aos integrantes das Forças Armadas. Ressalta-se que o Cel **DOMENECK** exercia funções relevantes no âmbito da 1ª Região Militar, responsável por controlar e contabilizar as finanças daquela Unidade; por essa razão, os fatos por ele praticados se revestem de maior gravidade, ainda mais por se tratar de um Oficial Superior, mesmo que tais ações ilegais tenham ocorrido por um curto período de tempo.

As razões apresentadas pelo Oficial para justificar as condutas pelas quais foi condenado colidem com a idoneidade e os padrões éticos que devem ser observados pelos militares das Forças Armadas, aos quais, certamente, não são conferidas prerrogativas de idealizar meios obscuros para burlar os órgãos de fiscalização tributária.

Em relação aos argumentos da defesa de ter sido a pena exacerbada, haja vista o Representado ter agido nas práticas mencionadas por um período de três meses e vinte e um dias, importa frisar que o grau da violação dos valores militares não se avalia apenas pelo número de atos ou tempo da sua prática, mas pela audácia e disposição de ferir esses padrões. Por essa razão, é

irrelevante o *quantum* da pena fixada, bastando que seja superior a dois anos para ensejar a instauração da Representação de Indignidade, a qual não se lastreia na pena infligida, mas nos reflexos causados na integridade moral do militar.

Não é demais frisar que com esses argumentos a defesa admitiu ter o Oficial incorrido em erro, passando a questionar tão somente o *quantum* da pena para tentar se livrar desta Representação. Todavia, é de clareza solar que o presente instrumento não se presta à discussão relativa ao mérito do processo crime. Nesse sentido, cumpre citar a lição de JORGE CÉSAR DE ASSIS acerca do tema, *in verbis*:

> (...) Não se rediscute o mérito do processo que deu origem ao julgamento da declaração pretendida, seja oriundo da justiça militar, da justiça comum ou do Conselho de Justificação. Tal mérito já foi analisado durante a ação penal ou durante o desenrolar do processo administrativo. Não há produção de provas.
>
> Julga-se, apenas e tão-somente se o fato pelo qual o oficial foi condenado ou pelo qual foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade das forças armadas, polícias militares e corpos de bombeiros militares, afetou ou não o pundonor militar e o decoro da classe, violando deveres que lhe são impostos, colocando a corporação a que pertence em descrédito perante a sociedade que é encarregada de proteger, a tal ponto que lhe acarrete (ao oficial representado) a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato com a consequente declaração de perda do posto e da patente.
>
> O contraditório limita-se à possibilidade de o oficial representado **demonstrar, estreme de dúvida**, que os fatos pelos quais restou processado, judicialmente ou administrativamente, **não o desonraram, não o maculam, nem lhe deixaram qualquer nódoa pessoal ou profissional.** (sem grifos no original).
>
> (Direito Militar – *Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 90/91).

Idêntico entendimento registra o Acórdão proferido nos autos da Representação de Indignidade nº 148-28.2017.7.00.0000, relatada pelo eminente Ministro CLEONILSON NICÁCIO SILVA, referente a outro sentenciado na mesma ação penal que deu origem ao processo ora em julgamento, *in verbis*:

> Os argumentos defensivos expendidos por ocasião da apresentação da Defesa Escrita do Representado limitam-se, unicamente, à alegação de suposta ausência da elementar 'obtenção da vantagem ilícita' no delito descrito no art. 251 do Código Penal Militar. Tais argumentos não merecem acolhida, pois a esta Corte Castrense, Tribunal de Honra no presente feito, não cabe analisar a prática delituosa, perpetrada pelo

> Representado sob o ponto de vista da comprovação dos elementos do fato típico, quais sejam a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.
>
> O objeto da presente Representação circunscreve-se, unicamente, aos aspectos morais da conduta do Representado e seus reflexos em relação aos preceitos de ética que possam macular a carreira de Oficial do Exército, tudo em conformidade com o Estatuto dos Militares, aprovado pela Lei nº 6.880/80.

Não é demais frisar, em relação ao fundamento ora transcrito, ter esta Corte, em 14 de dezembro de 2017, à unanimidade, acolhido a Representação da PGJM para considerar o respectivo Representado indigno para o oficialato e determinar a perda do seu posto e de sua patente, nos termos do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição da República, e do art. 120, inciso I, da Lei nº 6.880/1980.

Os crimes patrimoniais praticados por Oficiais, no exercício de suas funções, revelam a inaptidão moral e inidoneidade desses profissionais, principalmente quando em detrimento do Erário, pois deles se espera que atuem com integridade e lisura no trato da coisa pública. A apropriação de valores públicos se traduz em conduta abjeta que a sociedade repudia veementemente.

O art. 28 do Estatuto dos Militares, ao invocar os valores do sentimento do dever, do pundonor militar e do decoro da classe, impõe aos integrantes das Forças Armadas conduta moral e profissional irrepreensíveis. Em seus incisos de I a XIX, estabelece os preceitos éticos que devem ser observados. Pela análise das circunstâncias em que se deram os fatos, sobejamente conhecidos por este Plenário, verifico ter o Representado violado frontalmente os incisos I, II, XIII e XVII. Eis o texto da norma:

> **Art. 28**. O Sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
>
> I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal;
>
> II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
>
> .....
>
> XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;
>
> .....
>
> XVII - Abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros (...).

Assim, ao manipular as ordens bancárias, fraudando seus dados para beneficiar pessoas de seu relacionamento, de modo a desviar recursos públicos a cargo da 1ª RM, o Cel DOMENECK incorreu em ato de improbidade, desonrando o posto que ostenta perante seus pares, além de se tornar uma referência negativa à sociedade militar. Por essa razão, tem-se por inaceitável a manutenção do *status* de Oficial desse Representado. Este Tribunal tem se posicionado de forma severa diante de fatos análogos, conforme ilustra a ementa *in verbis*:

> REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/ INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO. ART. 142, § 33, INCISOS VI E VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO. FALTA DE AMPARO LEGAL PECULATO. EXPOSIÇÃO VEXATÓRIA. OFENSA À HONRA E PUNDONOR MILITARES.
>
> 1. Não é inepta a Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato que obedece aos requisitos constitucionais para a ação, quais sejam, a condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por tribunal civil ou militar, em decisão transitada em julgado, tendo sido regularmente apresentada a Defesa Escrita, em respeito aos princípios constitucionais e em conformidade com as normas procedimentais.
>
> 2. A Representação para Declaração de Indignidade/ Incompatibilidade para com o Oficialato não se presta à revisão da condenação, tampouco permite a remoção de matéria transitada em julgado, destinando-se, apenas, ao julgamento do Oficial, à luz dos princípios morais, éticos e de respeito ao decoro e ao pundonor militares.
>
> 3. **A prática de peculato, por diversas vezes, ao longo de vários anos e com a utilização do posto para intimidação de subordinados, é ato censurável para um Oficial e serve de exemplo negativo para toda a cadeia hierárquica, além de ferir frontalmente os princípios e os valores que norteiam a carreira militar, bem como expor a Força de forma vexatória perante a sociedade.**
>
> Preliminar de nulidade do processo por inépcia da Representação rejeitada ante a falta de amparo legal. Decisão unânime. Representação acolhida para declarar o Representado indigno para o Oficialato, determinando-se a perda de seu posto e de sua patente.
>
> Decisão unânime. (sem grifos no original)
>
> (STM/RDIIOF nº 185-89.2016.7.00.0000, julgado em 5/9/2017, Publicado no DJe de 20/9/2017, Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Revisor Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES).

Por fim, o argumento defensivo de estar o Representado padecendo de doença grave, conforme atestam os documentos colacionados nos autos, não tem o condão de alterar as consequências do presente feito diante dos fatos e

das provas mencionados. É lamentável que um Oficial seja declarado indigno pelas violações aos preceitos éticos de observância obrigatória. Mesmo diante dessa inafastável realidade, não há como este Plenário se eximir do dever de impor as consequências legalmente estabelecidas.

Diante do exposto, e superada a preliminar defensiva, no mérito, acolho a Representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar para declarar o Cel R1 Ex MARCIO DOMENECK SALGADO indigno para o Oficialato, determinando, por consequência, a perda do posto e da patente, na forma do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal, e do art. 120, inciso I, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em não conhecer da preliminar defensiva de sobrestamento da Representação, em face da Decisão desta Corte, proferida em 31 de agosto de 2017, que não admitiu a Revisão Criminal nº 51-28.2017.7.00.0000, a qual foi ratificada no julgamento dos Embargos de Declaração, de numeração respectiva, em 4 de abril de 2018. No mérito**, por unanimidade** de votos, em acolher a Representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar para declarar o Cel R1 Ex Marcio Domeneck Salgado indigno para o Oficialato, determinando, por consequência, a perda do posto e da patente, na forma do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal, e do art. 120, inciso I, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Brasília, 24 de maio de 2018 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

_____



Revisão Criminal

REVISÃO CRIMINAL Nº 0000181-52.2016.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Requerente: Roger Quintella Tamanqueira.

Advogados: Dr. Wilson Fernandes Matias e Dra. Luciana Egito de Oliveira.

Requerido: Justiça Militar da União.

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 551, ALÍNEAS "A" E "C", DO CPPM. CONDENAÇÃO. PECULATO-DESVIO. ART. 303 DO CPM. COAUTORIA POR OMISSÃO. ARTIGO 29, § 2º, DO CPM. DESCOBERTA DE NOVAS PROVAS. PRÁTICA USUAL NO AQUARTELAMENTO. DÚVIDAS ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. DEPOIMENTO DE CORRÉU. DIVERGÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. *IN DUBIO PRO REO*. CONCURSO DE AGENTES. ADESÃO APÓS A CONSUMAÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. PECULATO CULPOSO. PREJUDICADO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 439, ALÍNEA "E", DO CPPM. REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA. UNANIMIDADE.

Nos termos do artigo 551, alíneas "a" e "c", do Código de Processo Penal Militar, a Revisão Criminal tem por objetivo assegurar ao condenado a possibilidade de correção de um erro judiciário, seja pela descoberta de novas provas que invalidem a condenação ou por esta ter sido contrária à evidência dos autos.

As novas provas colacionadas na Revisão Criminal demonstram que o Requerente procedeu conforme prática usual no âmbito do aquartelamento à época dos fatos, evidenciando a

ausência de dolo na conduta, circunstância que inviabiliza a aplicação do instituto jurídico da coautoria por omissão, previsto no artigo 29, § 2º, do CPM, o qual reclama a existência do elemento subjetivo do tipo penal para a sua configuração, ou seja, o agente, voluntária e conscientemente, omite-se em seu dever funcional, propiciando o cometimento do crime.

Existindo prova testemunhal divergindo das declarações do Corréu, estas não são aptas para imputar a coautoria delitiva ao agente, porquanto não se mostram harmônicas com os demais elementos probatórios constantes do caderno processual, incidindo à espécie o brocardo *in dubio pro reo*.

O instituto jurídico do concurso de agentes não incide quando a adesão se dá após o cometimento do delito, uma vez que necessita da concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal.

Acolhido o pleito principal formulado pela Defesa, resta prejudicada a pretensão subsidiária de desclassificação da conduta.

Ausentes provas acerca da participação do agente na empreitada criminosa, impõe-se a desconstituição da sentença condenatória e, por via de consequência, a rescisão do Acórdão deste Superior Tribunal Militar, para fins de absolver o Requerente, nos termos do artigo 439, alínea "e", do CPPM.

Revisão Criminal deferida. Unanimidade.

DECISÃO

O Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, deferiu a Revisão Criminal para, nos termos das alíneas "a" e "c" do art. 551 do CPPM, c/c o art. 558 do referido Códex, desconstituir a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM e, por via de consequência, rescindir o Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 2009, lavrado nos autos da Apelação de mesmo número, que manteve o Decreto condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau, absolvendo o Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM, conforme o voto do Relator Ministro Cleonilson Nicácio Silva. Declarou-se impedido o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, na forma do art. 144 do RISTM. Os Ministros William de Oliveira Barros e Alvaro Luiz Pinto não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha,

William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Lúcio Mário de Barros Góes encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 30/5/2018).

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal impetrada pela Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA em face do Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 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 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar de mesmo número, que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Acórdão hostilizado foi assim ementado:

> APELAÇÃO. DEFESA. ART. 303 DO CPM. INCLUSÃO DE CPF E CONTA BANCÁRIA DO AUTOR E DE TERCEIRO EM ORDEM BANCÁRIA. DIVERSOS DEPÓSITOS. CONTINUIDADE DELITIVA. DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DESVIADA NÃO ILIDE O TIPO SUBJETIVO DO DELITO. PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 5º, C/C O ART. 125, § 4º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 102 DO CPM EM PLENO VIGOR PARA PRAÇAS DAS FORÇAS ARMADAS.
>
> I - Militares que se juntam para desvios de verbas destinadas ao pagamento de conta de luz da OM, incluindo em ordem bancária o CPF e conta-corrente próprios ou de terceiro, cometem o crime ínsito no art. 303 do CPM, aumentando-se de 1/3, na forma do seu parágrafo primeiro.
>
> II - O crime de peculato é crime próprio e sua comunicabilidade com terceiro somente deve existir se, além da condição de militar do co-autor estar na esfera de conhecimento do partícipe, houver comprovado liame subjetivo na conduta-crime e efetiva colaboração na empreitada criminosa, o que não restou provado nos autos em relação à ré. Contudo, o empréstimo de conta-corrente para recebimento e repasse de importância desviada ao autor do peculato evidencia o crime do art. 254 do CPM (receptação dolosa), sobretudo quando os indícios de ilegalidade da origem ilícita estão presentes no conhecimento de quem empresta.
>
> III - A primariedade, os bons antecedentes, a contribuição para o deslinde da ação penal, bem como a devolução dos valores desviados não ilidem a tipicidade do delito, não cabendo a desclassificação para a

modalidade culposa quando plenamente configurada a ação dolosa por parte do autor. Tais circunstâncias devem ser sopesadas na aplicação da pena.

IV - Depoimento de co-réu que possui alegações confirmadas pelo conjunto probatório, além de patente verossimilhança, serve de base para condenação ou absolvição dos demais autores, mormente quando outros elementos probatórios ou indiciários estão presentes.

V - Não há desproporcionalidade da pena quando a pena-base foi fixada no mínimo legal, acrescida da continuidade delitiva também em seu grau mínimo, que, aliás, é instituto penal em benefício ao réu, no sentido de se evitar uma apenação desproporcional em razão da somatória das penas.

VI - A inaplicabilidade da pena acessória de exclusão das FFAA, sob o argumento de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º, c/c o art. 125, § 4º, ambos da CF/88, não encontra guarida no melhor direito, já que o referido dispositivo constitucional tem como objeto praças das polícias e bombeiros militares estaduais, não valendo para membros das Forças Armadas.

Apelos dos militares improvidos. Decisão uniforme em relação ao oficial e majoritária quanto às praças. Apelo parcialmente provido em relação à civil, na sua forma majoritária.

Para melhor compreensão do presente caso, revela-se oportuna a transcrição dos seguintes trechos extraídos do Relatório da Apelação, da lavra do eminente Ministro Dr. José Coêlho Ferreira:

(...) Cuidam os autos de recurso de Apelação interposto pelas Defesas do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA e da Civil JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS, condenados à pena de 03 anos de reclusão, como incursos no art. 303 c/c o art. 53, tudo do CPM, com o regime prisional aberto; e do 1º Sgt Ex JORGE FRANCISCO PEREIRA e do 2º Sgt Ex ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO, condenados à pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, como incursos no art. 303, § 1º, c/c os arts. 53 e 80, tudo do CPM, com o regime prisional inicialmente semiaberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

2. Segundo a Denúncia (fls. 02/06), os fatos se deram da seguinte forma:

1.0 - Consta dos presentes autos, que durante os anos de 2003 e 2004 ocorreram irregularidades no pagamento de conta de água para com a CEDAE, fato este envolvendo os ora denunciados quando os militares envolvidos serviam no 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado/GLO.

2.0 - Solicitado cópia das Ordens Bancárias efetuadas pelo 15º RC Mec (GLO) para a CEDAE durante os anos de 2003 e 2004 possibilitou confirmar os desvios de recursos para a conta particular do Cap Roger Quintella Tamanqueira e para a conta particular de Jacilene Rodrigues do Rego de Assis.

Verificou-se, também, que foram desviados recursos destinados ao fornecimento de energia elétrica (LIGHT) e recursos para pagamento do Efetivo Variável. Este último, desviado para a conta particular do 1º Sargento JORGE FRANCISCO PEREIRA.

3.0 - Com a quebra do sigilo bancário dos ora denunciados pode-se comprovar que o então TESOUREIRO, Cap ROGER e o 1º Sargento Jorge Francisco Pereira (AUXILIAR da TESOURARIA, em 2003) desviaram recursos da Unidade.

4.0 - Os fatos ocorreram da seguinte maneira:

4.1 - O 2º Sgt ARÃO TEIXEIRA CARVALHO começou a trabalhar na Tesouraria da Unidade no ano de 2002. A partir de 2003, começou a desviar recursos do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado destinados ao pagamento das contas de fornecimento de água (CEDAE) e da LIGHT utilizando as senhas dos militares da Tesouraria. Estes recursos eram depositados em sua conta particular e na conta de sua firma (Distribuidora de Água Estrela de Davi).

4.2 - Nesta época trabalhava com o 2º Sgt Carvalho, o Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA (Tesoureiro) e o 1º Sargento JORGE FRANCISCO PEREIRA.

4.3 - Em novembro de 2003, foi desviado recurso destinado a pagamento da concessionária CEDAE para a conta particular da Sra. JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS.

4.4 - Após o relatório da 1ª ICFEx, no final de 2004, o Sargento CARVALHO foi transferido para a Secretaria da OM devido a alterações encontradas na inspeção daquele órgão de controle.

4.5 - Após a transferência de sede do 15º RC Mec (GLO) do Quartel de Campinho para a Vila Militar, em agosto de 2005, o Regimento ficou com encargos administrativos de duas sedes, porém com recursos previstos para manter apenas uma sede. Desta forma, o Comandante da OM determinou que se procedesse junto à CEDAE, ao corte do abastecimento de água do Quartel de Campinho. Foram feitas gestões junto à CEDAE sendo negado por aquele órgão devido a contas não pagas.

4.6 - Segundo o Cap ROGER, havia contas de água pendentes em 2005, devido ao fato que a OM só tinha recursos para atender a uma sede. Foi solicitado pela OM suplementação de créditos para quitar dívida relativa a 2005. O 15º RC Mec (GLO) solicitou, novamente, à CEDAE, o corte do fornecimento de água do Quartel de Campinho em 07 de dezembro de 2005, que não chegou a ser protocolado pela CEDAE por faltar dados. Foi solicitado o parcelamento do restante da dívida. Os dois ofícios foram assinados pelo Capitão Roger, Tesoureiro, sem o conhecimento do Comandante da Unidade (Ordenador de Despesa).

4.7 - O Cap Roger, durante o período objeto desta, assinou algumas relações de ordens bancárias externas (RE) sem o conhecimento do Comandante da Unidade.

4.8 - As Ordens Bancárias dos pagamentos de água do período de 2003 e de 2004 eram anexadas Listas de Credores, o que determina, no sistema (SIAFI) que os recursos disponibilizados pela Ordem Bancária sejam canalizados para os credores determinados na Lista. Desta forma foi possível verificar o CPF, banco, agência e conta do sargento Carvalho que figurava como credor das Ordens Bancárias para pagamento das contas de água naquele período.

5.0 - Segundo consta do Laudo Pericial o montante desviado nos anos de 2003 e 2004 equivale a quantia de R$ 208.220,49 (duzentos e oito mil e duzentos e vinte reais e quarenta e nove centavos) considerando os pagamentos feitos e reconhecidos pela CEDAE.

3. Em Decisão de 09/10/2006 a Denúncia foi recebida (fl. 538). Citados regularmente, três dos acusados compareceram para interrogatório em 14/02/2007, ocasião em que, em síntese, assim se manifestaram:

4. Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA disse que era encarregado do Setor de recursos financeiros e que a Promotora fez a denúncia com base no Laudo Pericial, sendo que o CPF que consta nos extratos e no aludido laudo não é do interrogando, esclarecendo que ela trocou pelo o do Arão; que não desviou nenhum dinheiro relativo à CEDAE ou Light.

Segundo o oficial, as acusações feitas pelo Sgt CARVALHO são motivadas por ele ter comunicado o fato ao Comandante. Explicou que o dinheiro que lhe foi repassado pelo graduado se devia ao pagamento de empréstimos tomados pelo Sargento em razão dos problemas de saúde que estava passando com a filha. Sobre a assinatura de ordens bancárias no lugar do Comandante, disse ser comum a prática quando esse não estava presente, por orientação do próprio banco. Afirmou não comunicar ao superior essas assinaturas, pois acreditava que ele as via. Disse, ainda, que nas ordens bancárias não vinha o nº da conta de qualquer pessoa, mas tão somente o código relativo à CEDAE (fls. 568/570).

5. O Sgt JORGE FRANCISCO PEREIRA também negou a acusação alegando que o valor de R$ 9.000,00 (nove mil reais) fora depositado na sua conta enquanto estava de férias, e ao indagar o Sgt CARVALHO acerca do dinheiro, este explicou ser um "prêmio" ganho por eles, contudo devolveu esse valor, sem recibo, confirmando que as senhas eram compartilhadas entre os integrantes do setor financeiro.

6. A Civil JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS disse conhecer apenas o Sgt CARVALHO e desconhecer o fato de ter havido desvio de dinheiro destinado ao pagamento da CEDAE, afirmando que nunca foi à unidade militar em que o Sargento serve. Alegou, ainda, que o dinheiro

depositado na sua conta refere-se a um empréstimo que tomou do Sgt CARVALHO, tendo pagado-lhe em dinheiro, pessoalmente e sem recibo.

7. Já o réu 2º Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO foi interrogado por precatória em 28/02/2007 (fls. 602/604), na Justiça Federal do Pará, ocasião em que afirmou que parte da acusação é verdadeira. Segundo ele foram usadas as senhas de outros militares para efetuar os desvios, tendo por motivação a doença da filha e as dívidas na empresa que possuía. Disse que o Sgt JORGE PEREIRA descobriu os ilícitos e para garantir o silêncio exigiu a divisão dos recursos desviados, os quais deveriam ser depositados na conta de JACILENE RODRIGUES, sendo que depois passou a depositar diretamente na conta do Sargento. Afirmou acreditar na inocência da Civil, pois sua conta apenas foi usada em benefício do Sgt JORGE PEREIRA, concluindo que a alegação da civil de que o conhecia se deve, possivelmente, à orientação do Sgt JORGE PEREIRA para isso. Explicou que com a chegada do Sgt Maurilo, em substituição ao Sgt JORGE PEREIRA, a fraude foi descoberta e comunicada ao Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, que passou a fazer uma "boquinha", tendo provas desses depósitos na conta do oficial.

8. Constam, também, como principais documentos probatórios, os seguintes documentos:

a. Ofício da Light de 15/08/2005, informando as faturas pendentes dos anos de 2003 e 2004, totalizando um débito de R$ 29.991,06 (fl. 028);

b. Ofício nº 026/Set Fin do 15º R C Mec, de 20/12/2005, assinado pelo réu ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, versando sobre parcelamento de débito com a CEDAE, informando que o militar autorizado para resolver o assunto seria o Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO;

c. Laudo pericial constatando o desvio de pagamentos destinados à CEDAE nos anos de 2003 e 2004, totalizando o valor de R$ 208.220,49, com a seguinte distribuição (fls. 379/385):

Ano de 2003 - R$ 5.000,00 para o CPF: 020.774.437-82; e R$ 67.981,33 para o CPF: 905.994.387-20; e

Ano de 2004 - R$ 85.991,04 para o CPF 905.994.387-20. O saldo restante se deve a valores liquidados não reconhecidos pela CEDAE.

d. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal dos réus e do Sgt Alessandro Maurilo de Lima formulado pelo encarregado do IPM, atendido pela Decisão de fls. 15/17 (fls. 02/04 do apenso).

9. Em alegações escritas, o MPM reiterou o pedido exordial pela condenação dos co-réus (fls. 869/871). A Defesa do réu Sgt ARÃO pugnou pela absolvição ou extinção da punibilidade em conformidade com o art. 123 do CPM. Já as Defesas dos demais co-réus pugnaram pela absolvição em razão da falta de provas.

10. Consta nos autos estarem os réus ressarcindo ao erário por meio de desconto em seus contracheques, sendo que os descontos iniciaram-se em julho de 2007 em relação ao Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO, e em julho de 2008 quanto ao Sgt JORGE FRANCISCO PEREIRA (fls. 891/899 e 941).

11. Em 03/09/2008, reuniu-se o Conselho Especial de Justiça para o Exército, da 2ª Auditoria da 1ª CJM, e, considerando restar satisfatoriamente provados os fatos contidos na Denúncia, julgou procedente, em parte, o pedido contido na inicial para, à unanimidade de votos, condenar os réus ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, como incurso no art. 303 do CPM, JORGE FRANCISCO PEREIRA E ARÃO TEIXEIRA CARVALHO, como incursos no art. 303, § 1º, do CPM, e, por maioria de 3 a 2, condenar JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS por infringência ao art. 303 do CPM.

12. Quanto às penas, o Conselho Especial de Justiça para o Exército aplicou, a cada réu, a seguinte pena: Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA - por maioria de 4 a 1, a pena de 03 anos de reclusão com o regime inicial aberto; Sgt JORGE FRANCISCO PEREIRA, por maioria de 3 a 2, a pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, alcançada em face da elevação em 1/3, por força da incidência do § 1º do mesmo artigo e em 1/6, em face do crime continuado, previsto no art. 80 do CPM e art. 71 do CPB, com o regime inicial aberto e a pena acessória de exclusão das FFAA. Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO, por unanimidade, a pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, alcançados da mesma forma que o co-réu Sgt PEREIRA, com o regime inicial aberto e a pena acessória de exclusão das FFAA; Civil JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS, por maioria de 2 a 1 dos que a condenaram, a pena de 03 anos de reclusão e o regime inicial aberto, já observado para todos os arts. 70 e 72 do CPM, bem como a inexistência de causa de diminuição.

13. A Defesa dos quatro co-réus apelaram, aduzindo as seguintes razões:

a) Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA - inexistência de qualquer prova existencial ou materialidade da alegada exigência de vantagem indevida; globalidade da prova pericial não se apresenta suficiente para juízo condenatório; e réu primário com bons antecedentes relevantes recomendam tratamento adequado na avaliação da prova, motivos esses que devem ensejar a absolvição do Apelante com fulcro no art. 439, alíneas "e" e "d", do CPPM.

b) Sgt JORGE FRANCISCO PEREIRA - não há nos autos ação positiva ou omissiva no sentido de se apropriar ou desviar qualquer verba; há nos autos somente um único depósito em conta-corrente, desconfigurando a continuidade delitiva; desproporcionalidade da pena, na medida em que lhe foi aplicada a mesma pena do Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO, sendo que o montante desviado por esse excede em muito o depositado na conta do Apelante; e a conduta deve ser desclassificada para receptação culposa do art. 255 do CPM, devendo o

> crime ser prescrito em face do art. 125, I, do CPM, e, na hipótese de manutenção da Sentença, afastar-se a exclusão das FFAA, tendo em vista tratar-se de medida inconstitucional por ofensa ao art. 5º c/c o art. 125, § 4º, ambos da CF/88.
>
> c) Sgt ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO - pautou-se na contribuição para a ação penal, na primariedade, nos bons antecedentes, no comportamento excepcional em 24 anos de caserna, bem como no fato de a quantia estar sendo devolvida como condições que autorizem a reforma da Sentença para concessão do sursis ou a extinção da punibilidade.
>
> d) Civil JACILENE RODRIGUES DO REGO DE ASSIS - destacou a absolvição por 02 membros do Conselho, bem como a falta de provas quanto à participação no esquema, requerendo a absolvição com espeque no princípio *in dubio pro reo*.
>
> 14. À fl. 1.014, a representante do Ministério Público Militar Dra. Eliane Costa de Azevedo contrarrazoou aduzindo que as provas são suficientes para condenação dos Apelantes e a reparação do dano não ilide o tipo subjetivo do delito, pugnando pelo improvimento dos recursos interpostos.
>
> 15. No mesmo sentido foi o Parecer do nobre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinando pela negativa de provimento aos recursos, mantendo-se a condenação (fls. 1024/1031) (...).

O Acórdão proferido por esta Corte Castrense nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201 transitou em julgado para a Defesa do Requerente em 23 de junho de 2010 (Sistema de Acompanhamento e Movimentação de processos da Justiça Militar – SAM).

Em 22 de outubro de 2012, a Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA impetrou *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, o qual foi indeferido por Decisão monocrática do eminente Ministro Celso de Mello em 30 de novembro de 2012, transitando em julgado em 10 de dezembro de 2012 (Sistema de Acompanhamento e Movimentação de processos da Justiça Militar – SAM).

Em Decisão de 24 de junho de 2014 (fl. 87), o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, considerando que o Requerente cumpriu a reprimenda "(...) integralmente, sem que houvesse qualquer interrupção (...)", declarou "(...) extinta a pena que lhe foi imposta a partir de 15/3/2014 (...)".

Em 9 de setembro de 2016, a Secretaria Judiciária – SEJUD deste Tribunal certificou que a Defesa do Requerente apresentou, antes do presente feito, 4 (quatro) Revisões Criminais em face do Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, quais sejam (fls. 280/283):

1) Revisão Criminal nº 77-07.009.7.00.0000, relatada pelo eminente Ministro Gen Ex Sergio Ernesto Alves Conforto, transitada em julgado em 8 de março de 2010 com a seguinte Decisão: "(...) Em 01/03/2010, o Ministro-Relator, com fulcro no art. 12, inciso V, do RISTM, negou seguimento ao pedido revisional, por incabível, determinando arquivamento do presente feito (...)" (fl. 280);

2) Revisão Criminal nº 100-16.2010.7.00.0000, relatada pelo eminente Ministro Gen Ex Renaldo Quintas Magioli, transitada em julgado em 13 de dezembro de 2011 com a seguinte Decisão (fl. 281):

> (...) Em 03/05/2011, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de que o feito seja extinto sem julgamento do mérito, em razão do não preenchimento dos pressupostos de admissibilidade. No mérito, 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 (...);

3) Revisão Criminal nº 87-12.2013.7.00.0000, relatada pelo eminente Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, transitada em julgado em 17 de outubro de 2013 com a seguinte Decisão: "(...) Em 20/08/2013, o Tribunal, por unanimidade, preliminarmente, não conheceu do pedido revisional, uma vez que não foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade (...)" (fl. 282); e

4) Revisão Criminal nº 240-45.2013.7.00.0000, relatada pelo eminente Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, transitada em julgado em 15 de fevereiro de 2016 com a seguinte Decisão: "(...) Em 04/11/2015, o Tribunal, por unanimidade, preliminarmente, não conheceu do pedido de Revisão Criminal (...)" (fls. 282/283).

Em 9 de setembro de 2016, a Defesa requereu a presente Revisão Criminal (fls. 2/34), sustentando que não teriam sido analisados "(...) nos autos da ação principal (...) os extratos analíticos detalhados (...)" (fl. 3) do Requerente em relação ao "(...) período do desvio ocorrido na OM (...)" (fl. 3), os quais demonstrariam que "(...) não há qualquer importância de grande vulto depositada na conta corrente (...)" (fl. 3) do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, comprovando, por conseguinte, a ausência de sua participação na empreitada criminosa.

Aduziu, ainda, que "(...) a presente Revisão Criminal traz provas novas capazes de alterar a dinâmica de eventos que culminou com a condenação do revisionado (...)" (fl. 6), colacionando aos autos (fl. 6):

> (...) a declaração expressa e formal de duas testemunhas que, reduziram a termo, o teor de uma conversa que tiveram com o Sgt Arão, na qual o referido militar confessou aos depoentes uma nova realidade, capaz por si só de alterar o ato condenatório (...).

Em consequência, a Defesa concluiu que (fl. 6):

> (...) se há nos autos desta revisão dois depoimentos informando acerca da confissão extrajudicial do Sgt Arão, no que concerne a afirmação inverídica de que o Cap Roger fazia parte de uma 'suposta boquinha' (...) não há como deixarmos de considerar o erro *in judicando*, proveniente de informações falsas (...).

Subsidiariamente, a Defesa requereu a desclassificação da conduta do Requerente para o delito de peculato culposo, uma vez que "(...) o lastro probatório só possibilitaria sua condenação à (sic) título de 'culpa' (...)" (fl. 8).

Para comprovar suas alegações, a Defesa colacionou cópia da Ação de Justificação Criminal nº 114-39.2016.7.01.0201/RJ, movida pelo Requerente no âmbito da 2ª Auditoria da 1ª CJM a partir de 5 de abril de 2016 (fl. 54), que homologou por Sentença as afirmações das testemunhas 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho e dos Senhores Ricardo Silva de Abreu e Wilson Fernandes Matias, prestadas após o trânsito em julgado da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201 e das Revisões Criminais anteriormente apresentadas perante esta Corte Castrense (fl. 136).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (fls. 287/291), opinou para "(...) que a revisão seja conhecida, porém, indeferida no mérito (...)" (fl. 291), uma vez que a nova prova trazida aos autos "(...) reforça a certeza da condenação do requerente (...)" (fl. 291).

O Exmo. Sr. Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal impetrada pela Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA em face do Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 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 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar de mesmo número, que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em seu arrazoado, a Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA sustenta que "(...) a presente Revisão Criminal trás provas novas capazes de alterar a dinâmica de eventos que culminou com a condenação do revisionado (...)" (fl. 6), colacionando aos autos (fl. 6):

> (...) a declaração expressa e formal de duas testemunhas que, reduziram a termo, o teor de uma conversa que tiveram com o Sgt Arão,

> na qual o referido militar confessou aos depoentes uma nova realidade, capaz por si só de alterar o ato condenatório (...).

Ao final, concluiu que (fl. 6):

> (...) se há nos autos desta revisão dois depoimentos informando acerca da confissão extrajudicial do Sgt Arão, no que concerne a afirmação inverídica de que o Cap Roger fazia parte de uma 'suposta boquinha' (...) não há como deixarmos de considerar o *erro in judicando*, proveniente de informações falsas (...).

Subsidiariamente, a Defesa requer a desclassificação da conduta do Requerente para o delito de peculato culposo, ao argumento de que "(...) o lastro probatório só possibilitaria sua condenação à (sic) título de 'culpa' (...)" (fl. 8).

Assiste razão à Defesa.

Antes de analisar os pleitos defensivos, faz-se necessário estabelecer a cronologia os acontecimentos que levaram à condenação do Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira, nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201.

O Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira era o Chefe do Setor Financeiro do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado nos anos de 2003 a 2005, época dos fatos narrados na Peça Vestibular. Nessa função, competia-lhe realizar os pagamentos das despesas da Unidade Militar. Para o exercício de suas funções, o Oficial Requerente era auxiliado pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, que "(...) começou a trabalhar na tesouraria da Unidade no ano de 2002 (...)".

Em agosto de 2005, a sede do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado foi transferida do "(...) Quartel de Campinho para a Vila Militar (...)" (fl. 4 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201). Em consequência, a citada Unidade passou a arcar com os custos referentes a duas sedes, "(...) porém com recursos previstos para manter apenas uma (...)" (fl. 4 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Por tal motivo, ao final daquele ano, o Comandante da Unidade determinou ao Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA que diligenciasse junto à CEDAE para o "(...) corte de abastecimento de água do Quartel de Campinho (...)" (fl. 4 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201), haja vista que a Organização Castrense já acumulava dívida com aquela concessionária referente aos meses de setembro, outubro e novembro do ano de 2005, as quais totalizavam R$ 40.780,74 (quarenta mil e setecentos e oitenta reais e setenta e quatro centavos) (fl. 479 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Para fazer frente ao débito referente ao ano de 2005, o Comando da Unidade solicitou suplementação de recursos à Diretoria de Gestão Orçamentária (fls. 107/108 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Em 7 de dezembro de 2005, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA subscreveu o Ofício nº 018/Set Fin, nos seguintes termos:

> (...) Senhor Chefe do Setor de órgãos (...) da CEDAE - Campinho - RJ.
>
> 1. Versa o presente expediente sobre Levantamento de Ramal.
>
> 2. Tendo em vista a mudança de aquartelamento do 15. RCMec. para a Vila Militar em Deodoro - RJ, solicito (...) levantamento do ramal sob a matrícula Nr (...) bem como todas as condições cabíveis para o imediato corte no fornecimento (...).

Em 12 de dezembro de 2005, a CEDAE encaminhou ao Comandante da Unidade Militar o Ofício nº 09/0045/05, informando que "(...) é necessário regularizar o débito existente para que possamos atender o seu pedido de supressão de abastecimento para o imóvel (...)". A mencionada concessionária enviou a segunda via das faturas em aberto até 23 de setembro de 2004, haja vista que, quanto ao ano de 2005, a Unidade Militar já possuía ciência dos débitos existentes:

(...)

Medição	Valor	Vencimento
02/2001	5.533,43	30/03/01
03/2001	6.745,72	12/04/01
05/2001	7.187,21	29/06/01
10/2001	7.742,16	14/11/01
12/2001	7.742,16	15/01/02
12/2001	11.710,63	28/12/01
08/2002	7.742,16	13/09/02
09/2002	7.492,43	15/10/02
12/2002	8.711,83	15/01/03
02/2003	7.868,77	14/03/03
03/2003	8.711,83	15/04/03
04/2003	8.430,83	15/05/03
06/2003	8.430,83	15/07/03
07/2003	8.711,83	15/08/03
08/2003	8.711,83	15/09/03
09/2003	10.418,45	15/10/03
10/2003	10.765,73	14/11/03
11/2003	10.418,45	15/12/03
12/2003	10.765,73	15/01/04
01/2004	10.765,73	13/02/04
02/2004	10.071,16	15/03/04
03/2004	11.166,57	15/04/04
04/2004	10.806,35	15/05/04
05/2004	11.166,57	15/06/04
06/2004	10.806,34	15/07/04
07/2004	11.166,55	16/08/04
08/2004	11.166,55	15/09/04

(...).

Constata-se que, além dos débitos referentes aos meses de setembro, outubro e novembro do ano de 2005, a Unidade Militar possuía faturas da CEDAE em aberto dos anos de 2001, 2002, 2003 e 2004.

Em 20 de dezembro de 2005, foi paga a dívida com a CEDAE relativa ao ano de 2005 (fl. 479 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201). Nesse mesmo dia, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA subscreveu o Ofício nº 026/ Set Fin, no qual informou à concessionária o pagamento do montante referente ao ano de 2005 e autorizou o parcelamento dos débitos relativos aos anos de 2003 e 2004. É do citado documento:

> (...) 1. Versa o presente expediente sobre Levantamento de Ramal e parcelamento de saldo remanescente com entrada de R$ 40.780,74 (QUARENTA MIL SETECENTOS E OITENTA REAIS E SETENTA E QUATRO CENTAVOS), haja vista a mudança do aquartelamento do 15. RCMec. para a Vila Militar.
>
> 2. Encaminho-vos, em anexo, a Ordem Bancária Nr 2005OB900364, de 20/12/2005, para fins de ser considerada como entrada no parcelamento de saldos anteriores em 60 (sessenta) vezes para que seja feito o levantamento do Ramal sob a Matrícula Nr 044.7075-9 (suspensão imediata do fornecimento de água encanada).
>
> 3. Outrossim, informo-vos os dados do militar autorizado para este tipo de resolução: 2. Sgt (...) ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO (...).

Em 28 de dezembro de 2005, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, munido do Ofício nº 026/ Set Fin, firmou junto à CEDAE o "(...) INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA (...)" (fls. 30/31 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201) em nome do "(...) Ministério da Defesa do Exército Brasileiro (...) referente as (*sic*) medições 02, 03, 04, 06 a 12/2003, 01 a 11/2004 (...)" (fls. 30/31 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Tomando conhecimento da existência do INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, em 16 de fevereiro de 2006, o Comandante da Unidade subscreveu o Ofício nº 007/ Set Fin, nos seguintes termos:

> (...) Versa o presente expediente sobre nulidade de Instrumento Particular de Confissão de Dívida (...)
>
> Solicito-vos que seja declarado nulo o Instrumento acima firmado por esta (sic) concessionária com esta Organização Militar (...) pelo mesmo ter sido celebrado por pessoa sem poderes para tanto (...).

Em 20 de fevereiro de 2006, o Fiscal Administrativo, Cap Ex Guilherme Fontenelle, participou ao Comandante da Unidade Militar a existência de "(...) indícios de irregularidade administrativa realizada pelo 2º Sgt Carvalho (...)

ocorrida nos anos de 2003 e 2004 referente aos pagamentos das contas de água junto à CEDAE (...)" (fl. 10 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Em 23 de fevereiro de 2006, foi instaurado o Inquérito Policial Militar, no qual se apurou que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho começou a trabalhar na Tesouraria do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado no ano de 2002 e que, a partir do ano de 2003, o citado Graduado passou a desviar recursos da Unidade Militar, destinados ao pagamento das faturas relativas ao fornecimento de água (CEDAE) e de energia (LIGHT).

Para tanto, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho utilizava as senhas dos militares que serviam na Tesouraria para incluir o seu Cadastro de Pessoa Física (CPF) como credor das Ordens Bancárias referentes aos pagamentos das faturas de fornecimento de água e de energia. O Graduado também desviou recursos públicos para a conta bancária da Civil Jacilene Rodrigues do Rego de Assis e para a sua empresa denominada Distribuidora de Água Estrela de Davi.

Em 5 de outubro de 2006, o Ministério Público Militar ofereceu Denúncia contra o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, incursionando-o nas sanções do art. 303 do Código Penal Militar, em coautoria delitiva, conforme dispõe o art. 53 do referido Estatuto Repressivo, por ter aderido à prática delituosa cometida pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho (fl. 4 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Em 3 de setembro de 2008, o Juízo de primeiro grau condenou o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM, nos seguintes termos:

> (...) Já no que tange aos demais Réus, é de se verificar que todos negaram a acusação, tendo ROGER QUINTELA TAMANQUEIRA, às fls. 568/70, alegado, em síntese, que assinou ordens bancárias no campo também reservado ao Comandante da Unidade, como fez em tantas outras vezes em que ele também se encontrava afastado da OM, por aconselhamento do próprio Banco; que a expressão "sem conhecimento do Comandante" não expressa a realidade, por o Processo ficar no setor de documentos, onde outras pessoas poderiam ver; que fora indiciado porque Aarão (sic) dissera que repassava o dinheiro para o interrogando, fato que se refere à CEDAE, e que, com o corte desta, recebeu ordem para apurar a situação, quando então foi verificado o problema também com a LIGHT; que Arão fez uma acusação genérica, dizendo que dava dinheiro ao interrogando, porém não especificou ao que se relacionava, CEDAE ou LIGHT, e que não foi o Acusado, a pessoa que participou do desvio de dinheiro da Unidade, e que a Promotoria faz menção ao seu nome, não cita o Sgt Carvalho e que na perícia constam os nomes de Jorge Pereira, Aarão (sic) e uma senhora de nome Jacilene.
>
> Sua alegação também não encontra eco nas provas dos autos, uma vez que confirma a assinatura de ordens bancárias no campo reservado ao Comandante, sob a alegação de ter sido feita por aconselhamento do

próprio Banco, o que revela apenas uma tentativa de se esquivar da acusação, porquanto, como Tesoureiro, deveria levar essa questão ao Comando, para ser resolvida, e não a uma pessoa estranha à administração da Unidade.

Em seu desfavor, ainda, há a questão dos depósitos que aparecem relacionados ao seu CPF, e também a acusação frontal do Sgt Arão, no sentido de que esse Oficial passou a fazer uma "boquinha", recebendo o (sic) pouco do dinheiro que era desviado.

A respeito disso, a Defesa apenas alega que o conjunto probatório se apresenta vago e sem consistência, vez que o Sgt Arão fez depósito na conta do referido Oficial, meramente para o pagamento de um empréstimo, referente a aquisição de remédio para a filha que estava com doença grave, a respeito do que o CAP Roger confirmou ter feito ao Sargento, e que ele ia pagando quantias que não ultrapassavam cem reais e que, em certa ocasião, depositou R$ 1.200,00.

Ora, argumenta-se, qual seria o interesse do Sgt Arão de apontar o CAP Roger, como envolvido na empreitada criminosa, se esse Oficial lhe emprestava dinheiro, o dispensava em razão do problema da filha dele e não havia nenhum clima de animosidade entre ambos, palavras do próprio Capitão, às fls. 569? E é fato também que o Sgt Arão, desde a fase do IPM, vem acusando o referido Oficial, daí que este foi indiciado no inquérito por essa razão. São acusações que não revelam qualquer outra intenção, a não ser a de mencionar o que se passou, e sobre isso o CAP Roger apenas declarou que ele agiu assim talvez por ficar com raiva de o fato ter ido ao conhecimento do Comandante, o que pode se aliar. Logo, há de se concluir que também agiu como descreve a Denúncia (...).

Em 8 de junho de 2009, esta Corte Castrense manteve a condenação do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA com os seguintes fundamentos:

(...) Já o Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA defende-se aduzindo a ausência de prova existencial ou materialidade da exigência pelo Oficial de vantagem indevida. Alega, também, a globalidade da prova pericial, não sendo suficiente para o juízo condenatório, além da primariedade e antecedentes relevantes como aspectos que recomendem o tratamento adequado das provas (fls. 988/993).

9. Aqui também não assiste razão à Defesa. Consta à fl. 906 comprovante de depósito entregues pelo Sgt CARVALHO, como forma de provar a participação do Capitão ROGER. Tais depósitos são datados de 04/01/2005 e totalizam R$ 4.300,00 e podem ser confirmados no extrato bancário do Oficial (fl. 575). Assim, a tese da falta de prova material do auferimento de vantagem por parte do Apelante não deve ser acolhida.

10. A alegação de que o dinheiro repassado pelo Sgt CARVALHO foi em razão de um empréstimo para compra de remédios para a filha mostra-se contraditória, pois os valores mencionados pelo Capitão como repassados pela praça não ultrapassavam R$ 100,00 mensais, sendo que, em certa ocasião, pagou-lhe R$ 1.200,00 (fls. 568/570). Além dos valores serem

absolutamente distantes do encontrado nas provas supracitadas, contradiz a motivação que o Oficial alegou para a delação do Sgt CARVALHO, qual seja, de raiva pelo fato de ter levado ao conhecimento do Comandante. Acerca disso vale citar a conclusão da Sentença atacada, *in verbis*:

> A respeito disso, a Defesa apenas alega que o conjunto probatório se apresenta vago e sem consistência, vez que o Sgt Arão fez depósito na conta do referido Oficial, meramente para o pagamento de um empréstimo, referente a aquisição de remédio para a filha que estava com doença grave, a respeito do que o Cap Roger confirmou ter feito ao Sargento, e que ele ia pagando quantias que não ultrapassavam cem reais e que, em certa ocasião, depositou R$ 1.200,00.
>
> Ora, argumenta-se, qual seria o interesse do Sgt Arão de apontar o Cap Roger, como envolvido na empreitada criminosa, se esse Oficial lhe emprestava dinheiro, o dispensava em razão do problema da filha dele e não havia nenhum clima de animosidade entre ambos, palavras do próprio Capitão, às fls. 569? E é fato também que o Sgt Arão, desde a fase do IPM, vem acusando o referido Oficial, daí que este foi indiciado no inquérito por essa razão. São acusações que não revelam qualquer outra intenção, a não ser a de mencionar o que se passou, e sobre isso o Cap Roger apenas declarou que ele agiu assim talvez por ficar com raiva de o fato ter ido ao conhecimento do Comandante, o que pode se aliar. Logo, há de se concluir que também agiu como descreve a Denúncia. (fls. 961/962).

11. Além da acusação frontal do Sgt CARVALHO confirmada com cópia do comprovante de depósito e a quebra do sigilo bancário, milita contra a tese defensiva o Ofício nº 09/0045/05, de 12/12/05, da CEDAE, fls. 088, comunicando ao Cap ROGER haver débitos com aquela empresa. Tal fato causa estranheza, pois ao invés de diligenciar no sentido de descobrir qualquer irregularidade, o que fez foi oficiar à CEDAE (Ofício nº 026/Set Fin, de 20/12/05 - fl. 029), solicitando o parcelamento do débito e indicando o Sgt CARVALHO como militar autorizado a firmar o acordo.

12. Tais documentos denotam a parceria ou comprometimento do Oficial com o Sgt CARVALHO na atividade delituosa, pois além de não diligenciar possível irregularidade, não comunicou ao Comandante e ordenador de despesa e ainda autorizou o militar executor dos pagamentos, os quais deveriam estar sendo objeto de investigação, para firmar instrumento particular de confissão de dívida da OM, fls. 30/31. Cabe ressaltar que a confissão de dívida com a CEDAE sequer poderia ser firmada pelo Oficial, quanto mais pelo Sgt Carvalho, ambos incompetentes para o ato, conforme demonstra o documento de fl. 75, de 16/02/06, no qual o Comandante e Ordenador de Despesas daquele Regimento requer a anulação do acordo.

13. Ao lado disso, a Sentença foi benevolente com o Oficial ao não considerá-lo como tal, pois, ao aderir à conduta criminosa de um subalterno, nos termos do art. 53, § 5º, do CPM, assume a condição de cabeça o Oficial que comete um crime junto com inferiores. Além disso, deixou a Sentença de aplicar a continuidade delitiva, desconsiderando os comprovados dois depósitos na conta do Oficial, totalizando os R$ 4.300,00,

> fl. 906. Por essas razões, não há o que se reformar na Sentença quanto ao Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA (...).

A condenação do Requerente transitou em julgado em 10 de dezembro de 2012 (Sistema de Acompanhamento e Movimentação de processos da Justiça Militar – SAM).

Em 20 de agosto de 2013, ao apreciar a Revisão Criminal nº 87-12.2013.7.00.0000, em que o Requerente insurgiu-se contra o Acórdão do Superior Tribunal Militar lavrado nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, o Plenário desta Corte Castrense não conheceu do mencionado pleito revisional pelos seguintes fundamentos:

> (...) 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 (...).

Em consequência desse entendimento, a Defesa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA ajuizou a Ação de Justificação Criminal nº 114-39.2016.7.01.0201/RJ perante o Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, que, em Despacho de 31 de maio de 2016, recebeu a mencionada Ação, ao argumento de que "(...) o pedido defensivo (...) se encontra devidamente instruído, inclusive com a demonstração de interesse processual, para o processamento da causa em tela (...) as testemunhas arroladas na petição inicial não foram inquiridas no decorrer da ação penal (...)" (fl. 113).

As testemunhas arroladas pela Defesa foram inquiridas pelo Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, na seguinte ordem:

1) 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, que afirmou (fls. 129/130):

> (...) que se encontrou com o autor, Sr. Roger Quintella Tamanqueira, após o julgamento da Ação Penal pela qual respondeu perante esse Juízo; que o encontro ocorreu em 2012 ou 2013; que nessa ocasião, disse ao autor que no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004 não havia sido feito nenhum depósito na conta dele e que o ordenador de despesas, por diversas vezes, entrou na tesouraria e viu que o autor estava assinando as relações externas (RE) no seu lugar, sempre esboçando um sorriso e não tomando nenhuma atitude posterior; que era uma prática comum no quartel que o oficial assinasse as relações externas no lugar do Comandante uma vez que este se ausentava do quartel por diversas vezes; que não se recorda se, quando levava os ofícios da unidade para a Cedae, informava ao autor a existência de desvios no quartel; que argumentou na época, que era necessária a emissão de um ofício para a Cedae para que fosse possível o parcelamento de dívidas que existiriam entre o quartel e a empresa; que não se recorda em nome de quem teria sido feito o parcelamento; que a ideia do parcelamento era para que as dívidas não viessem à tona; que era considerado pessoa de confiança do setor financeiro; que prefere não responder à pergunta: se o

autor assinaria o ofício se soubesse que estava (*sic*) ocorrendo desvios na Unidade; que seria capaz de tentar enganar o autor, para proteger a integridade de sua filha, que na época, estava diagnosticada com câncer; que nunca fez uso da senha do autor para realizar os pagamentos da Unidade; que foi o autor que fez o pedido de investigação acerca dos fatos que culminaram com a condenação no processo, perante este Juízo; que não se recorda se disse, durante o encontro, que o autor não teria participado do esquema criminoso; que não disse ao autor que estava revoltado com ele por ter dado início às investigações que culminaram com sua condenação; que disse ao autor que este não deveria ter sido condenado, já que no período compreendido entre janeiro de 2003 a dezembro de 2004 não houve nenhum depósito em sua conta; que os desvios ocorreram entre janeiro de 2003 a dezembro de 2004; que não se recorda de haver dito ao autor que estava arrependido de tê-lo incriminado (...);

2) Senhor Ricardo Silva Abreu, que afirmou (fl. 131):

(...) que se encontrou com o Sr. Arão, acompanhado do Sr. Wilson e a pedido deste, no início de 2013, para servir de testemunha acerca da conversa entre o Wilson e o Arão; que durante a conversa, o Sr. Arão disse que incriminou o autor porque estava com raiva deste, e que essa raiva decorria do fato do autor ter o (*sic*) denunciado; que o Sr. Arão disse que nunca havia depositado dinheiro na conta do autor no período entre 2003 e 2004; que se dizia réu confesso e afirmava não saber por que o autor teria sido condenado; que o Sr. Arão afirmava que já havia devolvido mais de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e que se o autor tivesse culpa, também estaria devolvendo o dinheiro; que o Sr. Arão afirmou que havia enganado o autor para conseguir o ofício a ser levado na empresa para poder negociar a dívida em aberto; o Sr. Arão disse que o parcelamento da dívida ficou em seu nome, para que não fosse cortada a água do quartel; que o Sr. Arão disse que mudou o depoimento que prestou na fase de inquérito após saber que o autor era o responsável por incriminá-lo, e que fez isso por vingança; que o Sr. Arão disse que os desvios ocorriam para poder custear o tratamento de sua filha, que na época estava com câncer (...);

3) Senhor Wilson Fernandes Matias, que afirmou (fl. 132):

(...) que se encontrou com o Sr. Arão em fevereiro de 2013, numa tarde de sexta feira; que o Sr. Arão se dizia réu confesso, e que havia pegado o dinheiro todo, no período de 2003 a 2004, e que nenhum valor objeto do desvio havia sido direcionado para a conta do Cap Roger, autor dessa ação; que o Sr. Arão disse que mudou o depoimento depois do inquérito por vingança contra o autor; que as Relações Externas (REs) era (sic) assinadas pelo autor por influência do Sr. Arão, já que este contava com muita experiência profissional; que o Sr. Arão disse que se apropriou de dinheiro correspondente a algumas Relações Externas assinadas pelo próprio Comandante; que o Sr. Arão disse que enganara o autor para conseguir um ofício com a intenção de que a dívida do quartel

> junto à Cedae fosse transferida para seu CPF, com intuito de evitar que a dívida fosse descoberta; que o Sr. Arão disse que o fato anterior era desconhecido do autor; que o Sr. Arão disse que estava muito arrependido pelo fato de ter acusado injustamente o capitão (autor) e que, se necessário, assinaria um termo com essas declarações; que o Sr. Arão disse que os desvios que havia praticado se destinavam ao custeio do tratamento da enfermidade de sua filha. Que, na época, estava diagnosticada com câncer; que o Sr. Arão afirmou que era o mentor de todo o esquema e que os desvios eram compartilhados entre ele e o Sr. Jorge; que o Sr. Arão afirmou que o autor não teve nenhum benefício. De qualquer natureza, em decorrência do esquema (...).

Em Sentença de 19 de julho de 2016 (fls. 134/136), o Juízo de primeiro grau homologou esses depoimentos, nos seguintes termos (fls. 135/136):

> (...) A justificação criminal é medida de jurisdição voluntária, onde se busca produzir prova que seja apta a um posterior ingresso de Ação de Revisão Criminal. Isso se dá porque, como é consabido, a ação de revisão criminal não permite a dilação probatória, devendo o autor apresentar as chamadas provas pré-constituídas que, no caso de depoimento testemunhal, tenham passado pelo necessário crivo do contraditório (...)
>
> Ressalte-se que o autor já impetrou perante o Superior Tribunal Militar uma ação de revisão criminal com base em depoimentos extrajudiciais prestados pelas mesmas testemunhas ouvidas no presente feito, tendo a egrégia Corte Castrense indeferido o pleito por entender que os referidos depoimentos não obedeciam a necessários critérios formais, quais sejam, a produção sob o crivo do contraditório, com a obrigatória participação do Ministério Público, através da ação de justificação criminal, a ser intentada no juízo de primeira instância (...).
>
> Não cabe a este juízo adentrar no mérito das declarações prestadas, sendo isso de exclusiva competência do Tribunal Superior por onde irá transcorrer a posterior revisão criminal, sendo-nos reservado apenas a análise se os depoimentos foram prestados levando-se em consideração apenas fatos novos e se foram produzidos sob o crivo do contraditório, ou seja, com a presença do Ministério Público Militar, o que de fato, ocorreu, devendo a presente medida ser homologada (...).
>
> Por todo exposto, homologam-se os depoimentos prestados pelas testemunhas ARÃO TEIXEIRA DE CARVALHO, RICARDO SILVA DE ABREU e WILSON FERNANDES MATIAS (...) (Grifo nosso).

Delineada a cronologia dos fatos, ressalto que, no entendimento de Cleber Masson: "(...) o peculato (...) é o crime do funcionário público que arbitrariamente faz seu ou desvia em proveito próprio ou de terceiro o bem móvel, pertencente ao Estado (...)" (*Direito Penal Esquematizado* – Parte Especial. Vol. 3. São Paulo: Método, 2011. p. 578).

Ainda sobre o crime tipificado no art. 303 do CPM, cito o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> (...) É cediço que o verbo núcleo desviar tem o significado, nesse dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem. Nessa figura não há o propósito de apropriar-se, que é identificado como *animus rem sibi habendi*, podendo ser caracterizado o desvio proibido pelo tipo, com simples uso irregular da coisa pública, objeto material do peculato (...) (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 103.559/SP, Relator: Ministro Luiz Fux, DJe: 30/09/2014) (Grifos nossos).

Feitas essas considerações, passo à análise dos argumentos defensivos.

Extrai-se da dinâmica dos acontecimentos que a condenação do Requerente amparou-se, essencialmente, em 3 (três) fundamentos. São eles:

1) o fato de o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA ter assinado uma Relação de Ordem Bancária Externa, "(...) no campo reservado ao Comandante, sob a alegação de ter sido feita por aconselhamento do próprio Banco (...)", determinando o seu pagamento diretamente à empresa do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, quando "(...) como Tesoureiro, deveria levar essa questão ao Comando, para ser resolvida (...)".

Em consequência, ao suprimir do Ordenador de Despesa a possibilidade de descobrir os desvios ilícitos operados pelo mencionado Graduado, terminou por encobri-los, aderindo à empreitada criminosa;

2) a "(...) acusação frontal do Sgt Arão, no sentido de que esse Oficial passou a fazer uma 'boquinha', recebendo o *(sic)* pouco do dinheiro que era desviado (...)", o que teria sido confirmado pelos "(...) depósitos que aparecem relacionados ao seu CPF (...)"; e

3) o "(...) Ofício nº 09/0045/05, de 12/12/05, da CEDAE, fls. 088, comunicando ao Cap ROGER haver débitos com aquela empresa (...)", respondido pelo Ofício nº 026/Set Fin, de 20 de dezembro de 2005, subscrito pelo Requerente, "(...) solicitando o parcelamento do débito e indicando o Sgt CARVALHO como militar autorizado a firmar o acordo (...) Tais documentos denotam a parceria ou comprometimento do Oficial com o Sgt CARVALHO na atividade delituosa (...)".

Quanto ao primeiro aspecto, a Sentença hostilizada reporta-se à seguinte Relação de Ordem Bancária Externa, assinada pelo Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA "(...) no campo reservado ao Comandante (...)":

(ANEXO1)

Nessa Relação de Ordem Bancária Externa, consta a empresa de propriedade do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, Representação e Distribuição de Águas Estrela de Davi, como beneficiária de R$ 2.100,06 (dois mil e cem reais e seis centavos).

Verifica-se, também, que o Requerente determinou o pagamento do referido montante, assinando tanto como Responsável pelo Setor Financeiro, sua função à época dos fatos, quanto como Ordenador de Despesa, cargo ocupado pelo Comandante da Unidade Militar.

Em seu interrogatório colhido em Juízo nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA declarou que assinou no campo reservado ao Comandante da Unidade Militar "(...) por aconselhamento do próprio banco (...)".

Segundo a Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, o Requerente não poderia ter seguido orientações de "(...) uma pessoa estranha à administração da Unidade (...)", mas sim "(...) deveria levar essa questão ao Comando, para ser resolvida (...)". Ao não se reportar à autoridade responsável por determinar o pagamento da Relação de Ordem Bancária Externa, terminou por encobrir o desvio realizado pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, aderindo à empreitada criminosa.

Ocorre que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, nos autos desta Revisão Criminal, afirmou que se encontrou com o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA após o trânsito em julgado da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, oportunidade na qual declarou que o Comandante da Unidade possuía conhecimento de que o Requerente assinava Relações de Ordem Bancária Externa no campo reservado ao Ordenador de Despesa e que esse procedimento era recorrente na Unidade Militar à época dos acontecimentos, conforme se extrai do seguinte trecho de seu depoimento (fls. 129/130):

> (...) que se encontrou com o autor, Sr. Roger Quintella Tamanqueira, após o julgamento da Ação Penal pela qual respondeu perante esse Juízo; que o encontro ocorreu em 2012 ou 2013 (...) que o ordenador de despesas, por diversas vezes, entrou na tesouraria e viu que o autor estava assinando as relações externas (RE) no seu lugar, sempre esboçando um sorriso e não tomando nenhuma atitude posterior; que era uma prática comum no quartel que o oficial assinasse as relações externas no lugar do Comandante uma vez que este se ausentava do quartel por diversas vezes (...) (Grifo nosso).

As demais testemunhas inquiridas nos autos da Ação de Justificação Criminal nº 114-39.2016.7.01.0201/RJ confirmaram o mencionado encontro entre o Requerente e o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, nos seguintes termos:

1) Senhor Wilson Fernandes Matias, que afirmou (fl. 132):

> (...) que se encontrou com o Sr. Arão em fevereiro de 2013, numa tarde de sexta feira (...) que as Relações Externas (REs) era (*sic*) assinadas pelo autor por influência do Sr. Arão, já que este contava com muita experiência profissional; que o Sr. Arão disse que se apropriou de dinheiro correspondente a algumas Relações Externas assinadas pelo próprio Comandante (...);

2) Senhor Ricardo Silva Abreu, que afirmou (fl. 131):

> (...) que se encontrou com o Sr. Arão, acompanhado do Sr. Wilson e a pedido deste, no início de 2013, para servir de testemunha acerca da conversa entre o Wilson e o Arão (...).

Os novos depoimentos prestados por ocasião da Ação de Justificação Criminal nº 114-39.2016.7.01.0201/RJ alteram as premissas nas quais se baseou a condenação do Requerente, uma vez que o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA não seguiu, apenas, orientações de "(...) uma pessoa estranha à administração da Unidade (...)" ao assinar a Relação de Ordem Bancária Externa, in casu, um funcionário do banco, mas sim o fez com o conhecimento do Comandante da Unidade Militar e em cumprimento a "(...) uma prática comum no quartel (...)".

Acerca da prática existente na Unidade Militar, segundo a qual o responsável pelo Setor Financeiro poderia assinar Relações de Ordem Bancária Externa no campo reservado ao Ordenador de Despesa, é oportuno ressaltar que o Tribunal de Contas da União, por intermédio do Ofício nº 3520/2006-TCU/SECEX-3, de 14 de dezembro de 2006, comunicou que:

> (...) aprovou o Acórdão nº 2315/2006 (...) julgando regulares as Tomadas de Contas Simplificadas das Unidades relacionadas em anexo, exercício de 2004, dando-se quitação plena aos responsáveis (...)
>
> 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado (GLO) (...).

Considerando que a Relação de Ordem Bancária Externa assinada pelo Requerente no campo reservado para o Ordenador de Despesa é datada de novembro de 2004, infere-se que passou pela análise do Tribunal de Contas da União, que julgou regular a gestão da Unidade Militar naquele ano.

Não desconheço que o Requerente, como Chefe do Setor Financeiro, desde o ano de 2003, poderia e deveria ter agido para impedir os desvios de recursos públicos realizados pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho. Aliás,

esse seria o comportamento esperado de um Oficial das Forças Armadas, razão pela qual o artigo 29, § 2º, do CPM, imputa a coautoria do delito àquele que se omite em impedir o resultado do crime, conforme se extrai da redação do citado dispositivo legal:

> Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.
>
> (...)
>
> § 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

No entanto, a aplicação do instituto jurídico da coautoria por omissão, no qual foi incursionado o Requerente, reclama a existência do dolo na conduta, ou seja, o agente, voluntária e conscientemente, omite-se em seu dever funcional, propiciando o cometimento do crime. Nesse sentido, afirmam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger: "(...) na omissão (...) exige-se o dolo (...)" (*Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 252).

In casu, embora o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA tenha-se omitido em seu dever funcional de impedir os desvios de recursos públicos operados pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, não há provas de que o Requerente, dolosamente, os encobriu.

As testemunhas inquiridas nesta Revisão Criminal declararam que o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA agiu com o conhecimento de seu Comandante e, bem assim, que procedeu conforme a prática usual à época dos fatos, a qual foi julgada regular pelo Tribunal de Contas da União.

Além disso, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho criou uma pessoa jurídica para transferir as verbas em prejuízo da Força Terrestre, a Representação e Distribuição de Águas Estrela de Davi, cujo nome remete, justamente, ao serviço do qual desviou os recursos públicos, fornecimento de água pela CEDAE, evidenciando que arquitetou minuciosamente a empreitada criminosa para ludibriar os responsáveis pela conferência das ordens bancárias.

Em consequência, o arcabouço probatório não demonstra, indene de dúvidas, que o Requerente tenha aderido, consciente e voluntariamente, à conduta levada a efeito pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, não podendo, por esse motivo, ser considerado coautor dos delitos cometidos pelo mencionado Graduado em virtude do brocardo *in dubio pro reo*.

Acerca da matéria, cito o seguinte precedente desta Corte Castrense:

> (...) CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO. CONDIÇÃO DE GARANTE. CAUSALIDADE. ART. 29 DO CPM. AUSÊNCIA DE DOLO (...)
>
> 3. O § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, diz respeito apenas à causalidade do crime, que, depois de demonstrada, deve-se perquirir se os Indiciados teriam agido com dolo (...)
>
> 4. Não há prova ou indícios mínimos nos autos de que os Indiciados teriam se omitido com dolo para o crime (...) (Recurso em Sentido Estrito nº 73-14.2016.7.10.0010/CE, Relator: Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, DJe: 14/12/2016).

Quanto ao segundo fundamento que ensejou a condenação do Requerente, qual seja, a "(...) acusação frontal do Sgt Arão, no sentido de que esse Oficial passou a fazer uma 'boquinha', recebendo o (sic) pouco do dinheiro que era desviado (...)", em seu interrogatório prestado na fase investigativa, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho assim descreveu a participação do Requerente na empreitada criminosa:

> (...) que por volta de meados de 2004 o Sgt Maurilo (Auxiliar do Setor Financeiro) descobriu o esquema de desvio de fundos da União e contou ao Cap Roger (Encarregado do Setor Financeiro) e que o Cap Roger perguntou ao Sgt Carvalho sobre os desvios. O Sgt Carvalho contou ao Cap Roger sobre os problemas particulares que estava passando; o Cap Roger se sensibilizou, saíram para conversar e desta forma, o Capitão Roger procurou achar um meio de resolver o problema sem que fosse descoberto. No entanto, ainda durante o ano de 2004 o Sgt Carvalho e o Cap Roger começaram a dividir os recursos desviados (...).

Em Juízo, o mencionado Graduado manteve as suas declarações, afirmando que:

> (...) o co-réu Jorge Pereira foi transferido (...) Que ele foi substituído pelo Sgt Maurílio (sic), que descobriu a prática ilícita e comunicou o fato a seu superior o Capitão Roger; Que o Sgt Maurílio (*sic*) nunca recebeu nenhum valor do acusado, mas o Capitão Roger passou a fazer uma "boquinha" nos desvios realizados (...).

Percebe-se que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho declarou que o Requerente teria descoberto os desvios de recursos públicos por intermédio do 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima, "(...) por volta de meados de 2004 (...)".

Entretanto, o 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima não confirmou as declarações prestadas pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, consoante se verifica do seguinte trecho de seu depoimento colhido no decorrer do Inquérito Policial Militar:

> (...) QUE o sargento Carvalho foi transferido da Tesouraria após o relatório da gestão de 2004 da 1ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército (1ª ICFEx) (...) Perguntado quando tomou conhecimento da

> dívida com a CEDAE de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), respondeu que tomou conhecimento após ter sido comunicado pelo Fiscal Administrativo (capitão Fontenelle), em janeiro de 2006, pouco antes da passagem de comando do Regimento; quando então pesquisou junto ao sistema SIAFI as ordens Bancárias destinadas a CEDAE, e que verificou após o detalhamento da Ordem Bancária que havia vinculadas a elas Listas de Credores que transferia os valores destinados a Concessionária para o CPF e Conta Bancária do Sgt Carvalho (...) (Grifo nosso).

Em Juízo, o 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima confirmou o seu depoimento prestado em sede inquisitorial, nos seguintes termos:

> (...) que não presenciou os réus agindo como narrado (*sic*) porém no inicio (*sic*) de 2006 o Cap Fontinelle falou que havia uma divida (*sic*) alta com a Cedae (...) que somente após ao (*sic*) fiscal ter dito é que fizeram e viram que a divida (*sic*) era maior do que se esperava (...) que em seguida foram ao SIAFI para verificar se (*sic*) ordem bancárias (*sic*) correspondiam a contas da Cedae, ocasião em que foram verificadas divergências, que em varias (*sic*) ordem bancárias (sic*)* foram verificadas varias (*sic*) listas de credores e o cpf do SG Carvalho (...).

Observa-se dos depoimentos prestados pelo 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima que este Graduado tomou conhecimento dos fatos no ano de 2006, "(...) após ter sido comunicado pelo Fiscal Administrativo (capitão Fontenelle) (...)", oportunidade na qual "(...) pesquisou junto ao sistema SIAFI as ordens Bancárias destinadas a CEDAE (...)" e "(...) verificou após o detalhamento da Ordem Bancária que havia vinculadas a elas Listas de Credores que transferia os valores destinados a Concessionária para o CPF e Conta Bancária do Sgt Carvalho (...)".

A análise comparativa desses depoimentos revela que, embora o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho tenha declarado que "(...) que por volta de meados de 2004 o Sgt Maurilo (Auxiliar do Setor Financeiro) descobriu o esquema de desvio de fundos da União e contou ao Cap Roger (Encarregado do Setor Financeiro) (...)", o 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima afirmou que tomou conhecimento dos fatos no ano de 2006, "(...) após ter sido comunicado pelo Fiscal Administrativo (capitão Fontenelle) (...)".

Nessa linha de entendimento, não haveria como o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA ter tomado conhecimento dos fatos no ano de 2004 por intermédio do 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima, uma vez que este Graduado somente teve ciência dos desvios ilícitos realizados pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho em 2006 "(...) após ter sido comunicado pelo Fiscal Administrativo (capitão Fontenelle) (...)".

Em consequência, pairam dúvidas acerca do momento em que o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA tomou conhecimento dos desvios realizados pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, se em 2004, conforme afirmou este Graduado, ou no ano de 2006, na esteira do depoimento prestado pelo 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima.

Existindo prova testemunhal divergindo das declarações do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, *in casu*, o depoimento do 3º Sgt Ex Alessandro Maurilo Lima, a "(...) acusação frontal do Sgt Arão (...)", segundo a qual o Requerente teria descoberto a empreitada criminosa no ano de 2004, passando a fazer "(...) uma 'boquinha' nos desvios realizados (...)", não se mostra apta para imputar a coautoria delitiva ao Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, porquanto não se mostrou harmônica com a prova testemunhal constante do caderno processual, incidindo à espécie o brocardo *in dubio pro reo*.

Acerca da matéria, cito o seguinte precedente desta Corte Castrense: "(...) Entendimento consolidado nesta Corte de que o depoimento de corréu tem valor probatório desde que em harmonia com outros elementos que envolvem o fato delituoso. Precedentes (...)" (Recurso em Sentido Estrito nº 172-16.2012.7.07.0007/PE, Relator: Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, *DJe*: 21/11/2013).

Com relação aos "(...) depósitos que aparecem relacionados ao (...) CPF (...)" do Requerente, que confirmariam as alegações do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, reporta-se a Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau aos seguintes documentos:

(ANEXO 2)

Extrai-se desses comprovantes que foram realizados 2 (dois) depósitos em dinheiro na conta-corrente do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, um no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), e outro na importância de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), totalizando o montante de R$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais). Entretanto, não consta nos comprovantes o nome do depositante, ou seja, os depósitos não tiveram os seus autores identificados.

In casu, a única alegação que imputa ao 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho a autoria de tais depósitos na conta-corrente do Requerente é, justamente, o interrogatório desse Graduado, segundo o qual: "(...) o Capitão Roger passou a fazer uma 'boquinha' nos desvios realizados; que o acusado tem comprovantes de depósito que atestam tal fato em prejuízo do Capitão Roger (...)".

Esse depoimento foi contestado pelo Requerente, o qual negou que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho tivesse depositado o valor de R$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais) em sua conta bancária. De acordo com os autos, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA declarou ter recebido desse Graduado, apenas, R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), conforme se verifica do seguinte trecho de seu interrogatório colhido na instrução processual da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201:

> (...) que não havia nenhum clima de animosidade entre o interrogando e Arão, sendo certo que em razão do problema de sua filha o interrogando o dispensou várias vezes e até mesmo chegou a emprestar dinheiro para comprar remédio para filha dele; que ao longo do ano o réu repassa (sic) valores que não ultrapassavam 100 reais, embora não cobrasse por causa da situação dele, e então no final do ano ele disse que pegara um empréstimo na POUPEX e deu ao interrogando uma quantia em torno de 1.200 reais, como parte do pagamento, não se lembrando se foi pago em dinheiro ou depositado na conta do interrogando (...) (Grifo nosso).

Portanto, considerando as afirmações do Requerente, que negou ter recebido o montante de R$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais) do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, a imputação da autoria dos depósitos a este Graduado dependeria da sua identificação como depositante na transação bancária, o que não se verificou nos autos.

Destaco que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, ao transferir montantes para a conta bancária do 1º Sgt Ex Jorge Francisco Pereira, o fez por meio de transferência bancária na qual consta a identificação do titular da conta debitada, conforme se pode verificar nos seguintes documentos acostados aos autos:

(ANEXO 3)

Nesses termos, em virtude da ausência de elementos que comprovem a alegação do 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho de que teria sido o autor dos depósitos de R$ 800,00 (oitocentos reais) e de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) na conta bancária do Requerente, os mencionados comprovantes de depósitos, porque não identificados, não se mostram aptos a subsidiar o Decreto condenatório.

Conforme entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "(...) Quando a prova coligida nos autos consiste unicamente no depoimento de corréu (...) a instrução processual se mostra insuficiente para embasar sentença penal condenatória (...)" (Apelação Criminal nº 0008677-28.2005.404.7200, Relator: Desembargador Federal Leandro Paulsen, *DJe*: 16/4/2015).

Passo a analisar o último fundamento invocado para amparar a condenação do Requerente, segundo o qual haveria "(...) parceria ou comprometimento do Oficial com o Sgt CARVALHO na atividade delituosa (...)", uma vez que, após o "(...) Ofício nº 09/0045/05, de 12/12/05, da CEDAE, fls. 088 (...)", comunicando "(...) ao Cap ROGER haver débitos com aquela empresa (...)", este, sem dar conhecimento ao Comandante da Unidade Militar, solicitou, por intermédio do Ofício nº 026/Set Fin, de 20 de dezembro de 2005 "(...) o parcelamento do débito (...) indicando o Sgt CARVALHO como militar autorizado a firmar o acordo (...)".

Para melhor entender esse fundamento, faz-se necessário pontuar alguns momentos cruciais da cronologia dos acontecimentos. São eles:

1) No ano de 2002, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho "(...) começou a trabalhar na tesouraria da Unidade (...)".

2) No ano de 2003, o Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira tornou-se Chefe do Setor Financeiro do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado, competindo-lhe proceder aos pagamentos da Unidade Militar.

3) Também no ano de 2003, o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho passou a desviar recursos da Organização Castrense, entre outros, os destinados ao pagamento de contas referentes ao consumo de água.

4) No final do ano de 2005, o Comandante da Unidade determinou ao Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA que diligenciasse junto à CEDAE para o "(...) corte de abastecimento de água do Quartel de Campinho (...)".

5) Em 7 de dezembro de 2005, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA subscreveu o Ofício nº 018/Set Fin, solicitando à CEDAE as condições para o corte imediato do fornecimento de água da sede do 15º RCMec (Campinho).

6) Em 12 de dezembro de 2005, a CEDAE encaminhou, ao então Comandante do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado, "(...) Sr. Carlos Jorge da Costa (...)", o Ofício nº 09/0045/05, informando sobre a necessidade de regularização do débito existente para que pudesse efetuar o corte do fornecimento de água à Unidade. A concessionária informou sobre a existência das seguintes faturas não pagas: 02, 03, 05, 10 e 12 de 2001; 08, 09 e 12 de 2002; 02, 03, 04, 06 a 12 de 2003; e 01 a 08 de 2004.

7) Em 20 de dezembro de 2005, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA subscreveu o Ofício nº 026/Set Fin, no qual informou à CEDAE o pagamento da dívida relativa ao ano de 2005 e solicitou o parcelamento do saldo remanescente.

8) Em 28 de dezembro de 2005, o 2º Sgt Arão Teixeira de Carvalho, de posse do Ofício nº 026/Set Fin, dirigiu-se à CEDAE e firmou um instrumento particular de confissão de dívida em nome do Exército Brasileiro, referente às medições 02, 03, 04, 06 a 12 de 2003 e 01 a 11 de 2004.

9) No início de 2006, o Fiscal Administrativo, Cap Ex Guilherme Fontenelle, ficou ciente da existência de dívida junto à CEDAE e solicitou ao Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA que procedesse à apuração do fato. Cumprida a determinação, o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA e o Fiscal Administrativo informaram ao Comandante da Unidade Militar que o 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho era o responsável pelos desvios.

10) Em 16 de fevereiro de 2006, o Comandante do 15º RCMec subscreveu o Ofício nº 007/Set Fin, solicitando à CEDAE a anulação do INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, firmado pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho.

11) Em 20 de fevereiro de 2006, o Fiscal Administrativo, Cap Ex Guilherme Fontenelle, participa ao Comandante da Unidade Militar a existência de indícios de irregularidade administrativa cometida pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, referente a pagamentos não efetuados à CEDAE nos anos de 2003 e 2004 (fl. 10 dos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201).

Ao se analisar a cronologia dos fatos acima mencionados, é possível verificar, *ictu oculi*, que os desvios de recursos públicos pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho ocorreram nos anos de 2003 e 2004, época na qual se consumou o peculato-desvio apurado nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201. Segundo Damásio de Jesus, "(...) No peculato-desvio, o momento consumativo ocorre com o ato de desvio (...)". (*Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 821). Para o Superior Tribunal de Justiça: "(...) O crime de peculato-desvio consuma-se no momento em que o funcionário efetivamente desvia o dinheiro (...)" (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36.755/AP, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe: 3/2/2015).

Ocorre que os Ofícios nº 09/0045/05, da CEDAE, e nº 026/Set Fin, subscrito pelo Requerente, que, segundo o Acórdão desta Corte Castrense, "(...) denotam a parceria ou comprometimento do Oficial com o Sgt CARVALHO na atividade delituosa (...)", por constituírem tentativa de encobrir os desvios realizados pelo Graduado nos anos de 2003 e 2004, são datados de dezembro 2005. Portanto, são posteriores à consumação do peculato-desvio, delito imputado ao Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, em coautoria delitiva.

O instituto jurídico do concurso de agentes não incide quando a adesão se dá após o cometimento do delito, porquanto, conforme afirma Cezar Roberto Bitencourt: "(...) Esse é o requisito básico do concurso eventual de pessoas: a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal (...)" (*Tratado de Direito Penal* – Parte Geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 484).

Nesses termos, não se poderia utilizar tais Ofícios para impor ao Requerente a coautoria dos desvios ilícitos de recursos públicos levados a efeito pelo Graduado, uma vez que, quando da elaboração desses documentos, 12 e 20 de dezembro de 2005, a prática delituosa já havia sido consumada (2003 e 2004).

Em resumo, a execução da prática delituosa se deu nos anos de 2003 e 2004, circunstância que inviabiliza o reconhecimento da coautoria delitiva com base em documentos datados de 2005.

Incide na espécie o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "(...) Não é admissível a co-autoria após a consumação do crime (...)" (Habeas Corpus nº 39.732/RJ, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ: 3/9/2007).

Além disso, ao contrário do que foi consignado ao se fundamentar a condenação do Requerente, o Ofício nº 09/0045/05, da CEDAE, não comunicou "(...) ao Cap ROGER haver débitos com aquela empresa (...)", porquanto foi endereçado diretamente ao então Comandante do 15º Regimento de Cavalaria Mecanizado, "(...) Sr. Carlos Jorge da Costa (...)". Portanto, a citada autoridade teve conhecimento dos débitos do aquartelamento com aquela concessionária no ano de 2005, antes de o fato chegar ao conhecimento do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA.

Por esse motivo, o fundamento invocado pelo *decisum* vergastado, segundo o qual o Requerente aderiu à empreitada criminosa realizada pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho ao não comunicar o teor do Ofício nº 09/0045/05, da CEDAE, "(...) ao Comandante e ordenador de despesa (...)", não se revela apto a subsidiar a sua condenação, haja vista que o citado Ofício foi endereçado, justamente, ao Comandante.

Quanto ao Ofício nº 026/Set Fin, firmado pelo Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA em resposta ao Ofício nº 09/0045/05, da CEDAE, o próprio Requerente confessou que o Comandante da Unidade Militar não tomou conhecimento do seu conteúdo. Nesse sentido, transcrevo o interrogatório do Oficial prestado por ocasião do Inquérito Policial Militar que culminou com a Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201:

> (...) Perguntado se reconhece, como sua, a rubrica constante do Ofício Nr 026 - Set Fin, de 20 Dez 05, respondeu que sim. Perguntado se o Comandante tomou conhecimento do Ofício Nr 026 - Set Fin, de 20 Dez 05, respondeu que não (...).

Apesar de o Requerente não ter comunicado o Comandante da Unidade acerca do teor do mencionado Ofício nº 026/Set Fin, os autos demonstram que esta autoridade tinha conhecimento dos débitos do aquartelamento junto à CEDAE, porquanto essas dívidas lhe foram informadas diretamente pela mencionada concessionária.

Destaco que as ações desenvolvidas pelo Requerente não se limitaram à elaboração do Ofício nº 026/Set Fin. Em verdade, foi o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA quem, após diligências, participou ao Fiscal Administrativo, Cap Ex Guilherme Fontenelle, a existência de indícios de desvios de recursos públicos, os quais teriam sido efetuados pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, conforme se extrai da Parte Especial S/N - S/4, de 20 de

fevereiro de 2006, segundo a qual o Fiscal Administrativo assim informou ao Comandante da OM:

> (...) Participo a Vossa Senhoria que chegou ao meu conhecimento, através do tesoureiro desta OM, de indícios de irregularidade administrativa realizada pelo 2º Sgt Carvalho (...) ocorrida nos anos de 2003 e 2004 referente aos pagamentos das contas de água junto à CEDAE (...) (Grifo nosso).

Além disso, o Senhor Wilson Fernandes Matias, testemunha inquirida no âmbito da Ação de Justificação Criminal que antecedeu a presente Revisão Criminal, afirmou em Juízo que "(...) o Sr. Arão disse que enganara o autor para conseguir um ofício com a intenção de que a dívida do quartel junto à Cedae fosse transferida para seu CPF, com intuito de evitar que a dívida fosse descoberta; que o Sr. Arão disse que o fato anterior era desconhecido do autor (...)" (fl. 132).

Nesses termos, inexistem provas acerca do dolo do Requerente ao subscrever o Ofício nº 026/Set Fin, que autorizou o parcelamento das dívidas do aquartelamento com a CEDAE, uma vez que o Comandante da Unidade Militar tinha conhecimento de tais débitos. Além disso, foi o Requerente quem verificou e, posteriormente, participou as irregularidades realizadas pelo Graduado, e, por fim, as novas provas colacionadas pela Defesa nesta Revisão Criminal demonstram que o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA assinou o citado documento ludibriado pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho. Conforme precedente deste Plenário:

> (...) CRIME DE PECULATO (...) ABSOLVIÇÃO (...) AUSÊNCIA DE PROVAS CONSISTENTES. DOLO (...) não há provas consistentes de que tenha agido com a vontade e a consciência necessárias para praticar o crime pelo qual foi denunciado (...) eventual dúvida acerca da autoria delitiva se resolve a favor do Acusado, nos termos do consagrado brocardo do *in dubio pro reo* (...) (Apelação nº 99-44.2012.7.07.0007/PE, Relator: Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, *DJe*: 18/8/2015).

Analisados os fundamentos que ampararam a condenação do Requerente, entendo assistir razão à Defesa, uma vez que as novas provas colhidas nos autos da Ação de Justificação Criminal nº 114-39.2016.7.01.0201/RJ revelam a existência de fundadas dúvidas acerca da adesão dolosa do Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA à empreitada criminosa realizada pelo 2º Sgt Ex Arão Teixeira de Carvalho, não sendo possível concluir, indene de dúvidas, pela sua coautoria delitiva.

Em consequência, impõe-se a admissão da presente Revisão Criminal para, nos termos das alíneas "a" e "c" do artigo 551 do CPPM, c/c o art. 558 do referido Códex, desconstituir a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53,

ambos do CPM e, por via de consequência, rescindir o Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 2009, lavrado nos autos da Apelação de mesmo número, que manteve o Decreto condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau, absolvendo o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, com fundamento no artigo 439, alínea "e", do CPPM, por faltas de provas que amparem a sua condenação.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente desta Corte Castrense:

> (...) REVISÃO CRIMINAL. DEFESA (...) DECISÃO CONTRÁRIA ÀS EVIDÊNCIAS DOS AUTOS. APLICAÇÃO DO ART. 551, ALÍNEA "A", DO CPPM. UNANIMIDADE (...) Observa-se da leitura dos autos que o conjunto probatório colacionado não foi suficiente para subsumir a conduta do Requerente ao delito (...) (Revisão Criminal nº 9-76.2017. 7.00.0000/CE, Relator: Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, *DJe*: 4/8/2017).

Apenas para não passar *in albis*, destaco que, acolhido o pleito principal formulado pela Defesa, de absolvição do Requerente, resta prejudicada a pretensão subsidiária de desclassificação de sua conduta para o crime de peculato culposo, uma vez que, na esteira do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "(...) acolhido o pedido principal, fica o juiz dispensado de apreciar o pedido subsidiário (...)" (Recurso Especial nº 122.345/MG, Relator: Ministro Adhemar Maciel, *DJ*: 8/9/1997).

Diante do exposto, defiro a presente Revisão Criminal para, nos termos das alíneas "a" e "c" do artigo 551 do CPPM, c/c o art. 558 do referido Códex, desconstituir a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM e, por via de consequência, rescindir o Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8 de junho de 2009, lavrado nos autos da Apelação de mesmo número, que manteve o Decreto condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau, absolvendo o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, com fundamento no artigo 439, alínea "e", do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em deferir a presente Revisão Criminal para, nos termos das alíneas "a" e "c" do artigo 551 do CPPM, c/c o art. 558 do referido Códex, desconstituir a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3 de setembro de 2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM e, por via de consequência, rescindir o Acórdão do Superior

Tribunal Militar, de 8 de junho de 2009, lavrado nos autos da Apelação de mesmo número, que manteve o Decreto condenatório proferido pelo Juízo de primeiro grau, absolvendo o Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira, com fundamento no artigo 439, alínea "e", do CPPM.

Brasília, 30 de maio de 2018 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

_____



Índice de Assunto

A

Acidente de trânsito, 367-377

Agravo Interno, 81-91

Desmembramento do feito, 81-84, 88-91

Princípio do juiz natural, 86-88

Ajuda de custo

Cobrança indevida, 245-262

Apelação, 95-123, 124-163, 164-197, 198-221, 222-244

Ato libidinoso, 124, 144

C

Código Penal Militar

Natureza jurídica, 36-38

Crime militar

Definição, 36, 67-69, 281-287

Lex gravior, 39-40

Lex mitior, 39-40, 288

Regras gerais, 40-45

Pena de multa, 45-52

Pena restritiva de direito, 52-54

Pena privativa de liberdade, 52-54

Colisão de veículo militar, 367-379

Concussão, 165, 170

Conselho Nacional de Justiça

Criação, 21-25

Composição, 22, 29-30

Superior Tribunal Militar, 31-32

Auditoria da Justiça Militar da União, 31-32

Justiça Militar da União, 31-32

Competência, 25-27

Solução de conflitos ou conciliação

Aspectos históricos, 27-28

Convênio médico

Uso indevido, 221-244

Corrupção passiva, 245-262

Crime contra a administração militar, 165, 170, 192-193

Crime hediondo, 58-72

Crime militar

Definição, 36, 67-69, 281-287

Crime militar em tempo de paz

Militar de folga em área civil, 325-363

Crime militar extravagante, 36

Crime militar por extensão ver **Crime militar extravagante**

Crime propriamente militar, 202-203, 334

D

Desacato a superior, 96, 110, 116

Desrespeito a superior, 96, 111, 116

E

Embargos de declaração, 281-288

Embargos infringentes e de nulidade, 291-322

Embriaguez, 126, 148-149, 152, 159

Estelionato, 222-244

Estupro

Tentativa, 125-127, 147, 158

Exercício de comércio por oficial, 198-221

F

Falsificação de documento, 263-278

Forças Armadas, 65-70

H

Habeas Corpus, 325-363

I

Imputabilidade penal, 124, 151-152

Incompatibilidade para com o oficialato ver **Indignidade de oficial**

Indignidade de oficial, 381-390

Ingestão de bebida alcoólica, 124, 126

J

Justiça Militar da União

Competência, 36, 38-39, 70, 72, 285-287, 300, 318, 325-362, 370-378

L

Lei 13.491/2017 ver **Código Penal Militar**

Lex gravior, 39-40

Lex mitior, 39-40, 288

M

Ministério Público Militar

Competência, 292, 307, 311

N

Novatio legis in pejus vide ***lex gravior***

Novatio legis in mellius vide ***lex mitior***

P

Peculato

Absolvição, 393-426

Pena de multa, 45-52

Pena privativa de liberdade, 52-54

Pena restritiva de direito, 52-54

Posse de entorpecente, 282-288

Princípio da insignificância, 221-222, 232, 251, 277, 283

Princípio da intervenção mínima, 198-210

R

Recebimento de vantagem pecuniária indevida, 245-262

Recurso em sentido estrito, 367-379

Representação para decretação de indignidade, 381-390

Revisão criminal, 393-426

T

Teoria da transcendência dos motivos determinantes, 173-174

U

Uso de documento falso, 263-278

V

Violência contra a mulher, 154-157

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Couchê 150 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 433
Acabamento: Capa dura