



REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR



Volume 23
Números 1-2
Agosto/2013 a junho/2014



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 23
Números 1-2
Ago./2013 a jun./2014

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

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

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

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

Irregular.

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

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

CDU 344.1/.3(81)(05)

Capa, formatação e impressão: Didoc/Sediv/Serep
Revisão: Didoc/Sediv
Ficha Catalográfica: Didoc/Sebib
Índice de Assunto: Didoc/Sebib

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2013

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

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

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

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

Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2014

Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho
(Presidente – Até 12/6/2014)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
(Vice-Presidente – Até 15/6/2014)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
(Presidente – A partir de 16/6/2014)

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão
(Vice-Presidente – A partir de 16/6/2014)

Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

Ministro Dr. José Barroso Filho

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
---------------------------	----

DOCTRINA

A Justiça Militar da União e o Poder Judiciário	17
Ten Brig Ar Cherubim Rosa Filho	
Uma Justiça Especializada, Muito Especial.....	23
Gen Ex Renaldo Quintas Magioli	
O Conselho de Justiça Competente Para o Processo e o Julgamento de Oficial da Reserva Não Remunerada.....	39
Gen Ex Fernando Sérgio Galvão	
Justiça Para Quem Precisa de Justiça	50
Dr. José Barroso Filho	
Uma Análise da Legitimidade do Militar no Delito de Deserção.....	57
Dr. Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira	

JURISPRUDÊNCIA 2013

APELAÇÃO

30-47.2012.7.02.0202-SP	65
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	
52-22.2009.7.12.0012-AM.....	109
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	

JURISPRUDÊNCIA 2014

APELAÇÃO

2-47.2013.7.09.0009-MS	177
Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior	

2-58.2012.7.03.0103-RS	188
Relator – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior	
33-57.2012.7.04.0004-MG	196
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto	
51-27.2011.7.03.0203-RS	211
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros	
68-06.2009.7.01.0101-RJ	246
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão	
81-58.2012.7.02.0202-SP.....	275
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva	
190-14.2012.7.11.0011-DF.....	293
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	

CORREIÇÃO PARCIAL

31-70.2014.7.12.0012-AM	305
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros	

DESAFORAMENTO

14-06.2010.7.11.0011-DF	315
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão	

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

7-53.2006.7.01.0101-RJ	339
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto	
82-24.2012.7.00.0000-DF.....	354
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva	

HABEAS CORPUS

10-66.2014.7.00.0000-AM	373
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	
26-20.2014.7.00.0000-RJ	380
Relator para o Acórdão – Dr. José Coêlho Ferreira	
54-85.2014.7.00.0000-PA.....	391
Relator – Dr. José Barroso Filho	

65-17.2014.7.00.0000 - RJ	400
Relator – Dr. José Barroso Filho	
241-30.2013.7.00.0000-BA.....	406
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira	

MANDADO DE SEGURANÇA

226-61.2013.7.00.0000-PR	415
Relator – Ten Brig Ar José Américo dos Santos	
230-98.2013.00.0000-DF	427
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira	
237-90.2013.7.00.0000-DF.....	437
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

43-84.2014.7.12.0012-AM	457
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes	
70-16.2013.7.11.0211-DF	466
Relator – Ten Brig Ar José Américo dos Santos	
84-34.2013.7.04.0004-MG	481
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes	
152-35.2013.7.12.0012-AM	490
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	
234-78.2013.7.01.0301-RJ	501
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira	

ÍNDICE DE ASSUNTO	511
--------------------------------	------------

Apresentação

Com a edição do volume 23 da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, referente aos acórdãos de agosto de 2013 a junho de 2014 desta Corte, a Comissão de Jurisprudência consolida a meta propugnada de difusão, também, de doutrina referente à Justiça Militar da União (JMU).

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

Os artigos relacionados à JMU foram colaboração: do sempre presente Ministro Cherubim Rosa Filho, que contextualiza a Justiça Militar da União e o Poder Judiciário; do atuante Ministro Renaldo Quintas Maglioli, que faz uma exposição sobre algumas especialidades da JMU; do eminente Ministro Fernando Sérgio Galvão, que dissertou sobre a competência para julgamento de Oficial da Reserva não remunerada; do ilustre Ministro José Barroso Filho, que discorreu sobre a importância do planejamento estratégico para a eficiência da justiça; e, por derradeiro, do insigne Juiz-Auditor Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira, que pontuou a legitimidade do militar no crime de deserção.

A partir de 13 de janeiro de 2015, o Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, a convite da Presidente do STM, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, será o novo Presidente da Comissão.

Novamente, a Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a acessar outros julgados que estão disponíveis no sítio do STM, bastando acessar o endereço eletrônico: www.stm.jus.br/jurisprudencia. Nesse ensejo, aproveita e noticia que os exemplares das publicações de 1992 a 2014 já estão disponíveis no sítio www.stm.jus.br/publicacoes.

Comissão de Jurisprudência



DOCTRINA

A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E O PODER JUDICIÁRIO

*Cherubim Rosa Filho*¹

“Para achar a pureza do Tribunal, é preciso que lá se entre com a alma pura”.

Calamandrei

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934 incluiu o STM no Poder Judiciário (arts. 84/87) estabelecendo competência apenas na área penal (art. 63). Presidiu a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto referente à Organização do Poder Judiciário o Ministro do STF Dr. Artur Ribeiro.

A Justiça Militar da União, como vertente especializada integrante do Poder Judiciário brasileiro, possui peculiaridade e características.

Uma das peculiaridades da Justiça Militar é o seu compromisso com a verdade.

Em cada um dos órgãos do Poder Judiciário, o compromisso com a verdade é cumprido por meio de instrumentos, denominados fontes de direito. A mais importante é a Constituição, cuja essência é limitar o Poder do Estado sobre os cidadãos e as instituições. Seguem-se-lhe os princípios gerais do direito, que constituem modelos doutrinários estabelecidos, basicamente, em razão de exigência de ordem moral, ética ou política.

Em relação à Justiça Militar da União, existem fontes próprias, quais sejam, o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar, a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992), e o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980), que constituem os instrumentos essenciais utilizados por essa justiça para cumprir seu compromisso com a verdade na área das Forças Armadas, cuja principal finalidade é a defesa da Pátria.

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

Diante do princípio constitucional da garantia da igualdade perante a lei, poder-se-ia indagar a razão da existência de uma Justiça Militar. A resposta simples situa-se na aplicação do princípio da isonomia, que consiste em dar tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais.

A vida é o bem supremo do indivíduo, o maior valor tutelado pelo direito e, em função disso, os crimes contra a vida são aqueles com maior pena em diversos países. Todavia, para os membros das Forças Armadas, obrigados, em determinadas circunstâncias, a matar e morrer, há um valor mais alto que se sobrepõe à própria vida.

Este valor é a **Pátria**. Esses princípios dão origem a um conjunto de normas que constituem o Direito Penal Militar, cuja aplicação compete à Justiça Militar.

Embora apenas a exigência do sacrifício da própria vida e a existência de um valor maior, a Pátria, por si só, justifiquem plenamente a necessidade de se contar com uma Justiça Militar, existem inúmeros outros fatos e outros valores típicos da vida da caserna e relativos à defesa e à segurança do país. A Justiça Militar

(...) não existe porque as Forças Armadas representam uma classe à parte, mas porque o Estado impõe aos militares deveres que exigem uma sistematização e uma garantia especial, cuja violação reclama disposições especiais. (WELLS, apud LOBO, 1960, p. 30)².

A Justiça Militar da União, ramo especializado do Poder Judiciário, tem por determinação constitucional apreciar e julgar delitos que atinjam as Instituições e a Administração Militares, como bens juridicamente tutelados, o que difere dos demais delitos cometidos e julgados na justiça comum.

O foro especial, privativo para as Forças Armadas, não é simples favor concedido pela Constituição Federal aos militares que cometerem os crimes militares previstos em lei e que estiverem capitulados no Código

² LOBO, Hélio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960. 177 p.

Penal Militar³. E dessa garantia não poderão ser eles privados a não ser com o risco da única carreira que prevê sacrificar a própria vida pela Pátria.

A Justiça Militar, como instituição no mundo, é uma decorrência da existência das Forças Armadas devidamente constituídas. Essa jurisdição específica deve ser capaz de tutelar os interesses e valores essenciais à preservação da hierarquia, da disciplina e do dever nas Forças Armadas, bem como a garantir a sua eficácia.

A principal objeção que se aponta contra a Justiça Militar diz respeito às razões que justificam a sua existência. Nesse particular, as críticas têm as mais diversas origens, convergindo para a sua negação sistemática.

A qualidade das críticas é paupérrima, quase sempre enfatizando velhos argumentos, dentro dos quais se destacam:

- A incompetência profissional dos juízes militares, não togados, para decidir questões de direito;
- A falta de independência dos juízes militares, por estarem submetidos a um rígido sistema de hierarquia;
- A sua destinação, voltada para a finalidade de subtrair os militares à jurisdição ordinária;
- Corporativismo.

A questão da competência técnica dos membros militares dos tribunais castrenses encontra fácil resposta na composição dos próprios tribunais: na maioria esmagadora dos países, as cortes militares são colegiadas, nelas entrando juízes togados e bacharéis em direito, com o objetivo precípuo de orientar os juízes militares nos aspectos técnicos do direi-

³ "A nação, através da sua evolução histórica, consagrou sempre, às forças militares, normas especiais de processo e repressão. A universalidade dessa solução da sabedoria e do instinto das Nações foi apenas interrompido, ao tempo da Revolução Francesa, pela rápida experiência da 'unidade de Jurisdição' que arrancou dos Conselhos de Guerra dos exércitos e entregou a ferocidade dos 'tribunais revolucionários' ordinários os crimes dos militares" (MATOS, José Cândido de Albuquerque Mello. In. *Códigos Militares do Brasil e Lei Complementar*, 1930).

to. Quando não, os próprios juízes militares devem possuir o grau acadêmico, fazendo carreira militar.

Não deve ser julgador quem não conhece a especificidade da vida a bordo de aeronaves e navios militares ou mesmo dentro dos quartéis. Não deve fazê-lo porque julgar é ato de maturidade, de prudência, de sensibilidade, de equilíbrio, de vivência, enfim, de bom senso.

O saber dos juízes militares é construído pelo acúmulo de experiências adquiridas por meio de uma profissão em que suas energias foram consagradas, exclusivamente, em servir a Pátria.

Por outro lado, ocorre dizer que o senso de justiça não pertence aos bacharéis em direito somente, ele é imanente ao ser humano. A parte técnica, essa sim lhes pertence, mas é voltada para a necessidade de propiciar a justiça, onde todos se encontram. Não pode haver preponderância de um setor sobre o outro, mas convergência para um julgamento justo. **Os tribunais do júri** são compostos de juízes igualmente incompetentes em matéria de direito, nem por isso deixam de fazer justiça, sob a orientação técnica de seu juiz presidente.

No que pertine à falta de independência, sem dúvida, esta matéria é de cunho eminentemente pessoal, ocorrendo tanto entre civis como entre militares. O ente servil não é privilégio de categorias, mas de pessoas. Quem é independente o será sempre.

O argumento da subtração dos militares à justiça comum e o chamado corporativismo não resistem a um exame mais aprofundado. A sua competência para julgar crimes praticados por militares se dá em função das peculiaridades de que esses ilícitos são revestidos.

Em um outro patamar, vemos os “Sonhadores”, com um mundo desmilitarizado e, portanto, sem a necessidade de uma justiça militar. Atualmente, a realidade é bem diferente. O mundo de hoje registra pelo menos 5 nações onde as Forças Armadas contam com efetivo de mais de um milhão de homens e mais outros 35 países com mais de cem mil homens. De todos os países filiados a ONU (mais de 190), apenas uma minoria insignificante que não possui Força Armada (Panamá, Costa Rica e alguns países africanos) é que não conta com a justiça militar, estruturada nas mais diversas formas de organizações.

Outros alegam que é uma justiça cara, em função do pequeno número de processos que julga. Ledo engano; o número pequeno de processos significa qualidade e não quantidade e, felizmente, em não sendo grande esse número, é porque as Forças Armadas são disciplinadas, e não um bando armado.

As características da Justiça Militar da União são:

Escabinato: julgamento pelos seus pares (militares), acrescido do saber jurídico dos civis (togados);

Especialidade: a competência para julgar crimes militares previstos em lei se dá em função das peculiaridades de que os ilícitos são revestidos;

Rapidez: no ambiente castrense, principalmente em épocas de conflitos ou de engajamento de força militar, da velocidade dos julgamentos vai depender o moral dos jurisdicionados. A demora é condição de instabilidade da disciplina;

Mobilidade: condição necessária para o acompanhamento das Forças Armadas onde elas estiverem.

O legado histórico mostra que a Justiça Militar da União tem pautado sua atuação pelo princípio geral do direito. Foi assim que, por exemplo, reformou sentenças do Tribunal de Segurança Nacional, órgão de exceção instituído no Estado Novo por Getúlio Vargas, e concedeu *Habeas Corpus* (na época, como representação) durante a vigência do Ato Institucional nº 5, que havia proibido a concessão desse heroico remédio.

Reza a Constituição Federal que todos são iguais perante a lei. Qual, então, a razão de uma justiça específica somente para crimes militares? Na verdade, existe uma razão: a existência das Forças Armadas como instituições, nacionais e permanentes, configura um fato de enorme relevância para o país, em toda sua dimensão histórica, pois, segundo a Constituição Federal, essas são as únicas instituições que têm por finalidade a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais.

“A justiça militar é das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas,

mas como lembra Astolpho Rezende: das condições que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar, como também pela natureza das infrações disciplinares."⁴

⁴ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953.

UMA JUSTIÇA ESPECIALIZADA, MUITO ESPECIAL

*Renaldo Quintas Magioli*⁵

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os Militares; 3. A Justiça Castrense; 4. A estrutura da Justiça Militar; 5. O escabineiro e os julgamentos; 6. Encerramento.⁶

1. INTRODUÇÃO

Existe uma frase muito popular que diz: “*não se gosta de quem não se conhece*”. Adaptando-a para a área do presente artigo, em face da minha vivência ao longo desses quase cinquenta anos de serviço, diria que “*quando não se conhece, e, por conseguinte não se gosta, às vezes fala-se mal ou inventam-se histórias mirabolantes, normalmente depreciativas, sobre a instituição desconhecida*”.

Estou me referindo, primeiramente, às situações em que, ao longo dos anos, em reuniões sociais, quando não identificado como militar, ouvi comentários a respeito do tratamento desumano que “seria” dispensado aos jovens que prestam o serviço militar obrigatório; naquelas oportunidades, após ouvir afirmações de que os sargentos e os oficiais “*batiam*” nos soldados, e outras colocações do gênero, eu perguntava se aquele cidadão havia “*servido ao Exército*”. Invariavelmente, a resposta era uma frase do tipo “*não, mas tive um primo que serviu e...*” ou então “*não, mas conheço...*”. Após identificar-me como oficial do Exército, eu lhe assegurava não serem verdadeiras aquelas afirmações e o convidava para visitar o “*meu*” quartel, ressaltando que seria uma boa oportunidade para, pessoalmente, ouvir dos soldados a respeito do tratamento que lhes estava sendo dispensado; não me recorro de um único convite aceito.

Do mesmo modo, tenho constatado desconhecimento, por parte de diversas pessoas, inclusive por parte de legisladores e operadores do direito, a respeito do Direito Penal Militar ou, mais precisamente, da Justiça Militar da União.

⁵ General de Exército. Ministro do Superior Tribunal Militar – Aposentado.

⁶ A íntegra do artigo encontra-se disponível em: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (coord.). *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

Constata-se, também, que estudantes de Direito, advogados, juízes e outros profissionais da área jurídica pouco sabem a respeito das peculiaridades da vida militar, dos princípios da hierarquia e disciplina como vigas de sustentação das Forças Armadas, de seus valores e de tantas outras particularidades que lhes são próprias.

Sobre o Direito Militar, um campo específico do Direito Público, apesar de sua inquestionável antiguidade, é um dos mais desconhecidos pela ausência da obrigatoriedade da disciplina sobre o Direito Militar na graduação de Direito; hoje, talvez com algumas poucas exceções, é inexistente o ensino do Direito Militar nas Faculdades de Direito do país. Em razão do bem jurídico tutelado, ou seja, as instituições militares, no que tange à disciplina e à hierarquia, ao dever e ao serviço militar, o Direito Penal Militar é especial. Desconhece-se que o Direito Penal Militar não existe para proteger a pessoa do militar, constituindo-se em “um privilégio de classe”, mas para proteger bens jurídicos que sustentam a integralidade das Forças Armadas, levando em conta os sujeitos do delito e sua condição de militar. Discordando dos que admitem a possibilidade da sua extinção, o insigne Ministro José Carlos Moreira Alves, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, quando das comemorações dos cento e noventa e um anos de criação da Justiça Militar no Brasil, em 1999, assim se pronunciou a respeito da matéria: “(...) sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiosincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas” (citação publicada no Boletim da Justiça Militar, nº 011, de 26 de junho de 2007).

Na mesma linha de pensamento, entre outros, se pronunciou o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em 27 de maio de 1999, quando da assunção da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

2. OS MILITARES

A Justiça Militar da União, uma justiça especializada, que recentemente completou duzentos anos, existe para julgar os delitos cometidos por integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), denominados militares, quer estejam na ativa quer na inatividade remunerada. Em situações especiais, previstas na lei, essa justiça julga também civis.

Conforme explicitado na Constituição Federal, as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, seu comandante supremo.

Os conceitos de hierarquia e de disciplina constam no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 19 de dezembro de 1980), principal documento normativo dos preceitos castrenses.

Conforme consta na publicação “A Profissão Militar”, elaborada pelo então Estado-Maior das Forças Armadas, em 1995, aos integrantes das Forças Armadas, além da sujeição a preceitos de disciplina e hierarquia, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional, são impostas outras exigências peculiares, próprias da natureza da atividade militar:

- a disponibilidade permanente, mantendo-se disponível para o serviço ao longo das vinte e quatro horas do dia sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra;

- a dedicação exclusiva, tendo em vista não poder, enquanto no serviço ativo, exercer qualquer outra atividade profissional;

- o vigor físico, necessário ao desempenho de suas atribuições;

- a formação específica e o aperfeiçoamento constante;

- a mobilidade geográfica, ou seja, a possibilidade de, a qualquer época do ano, ser movimentado (transferido) para outro lugar do território nacional, às vezes para locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família;

- a proibição de sindicalizar-se e de participar de greves ou de manifestações de caráter reivindicatório ou político – esse impedimento advém da rígida hierarquia e disciplina, por ser inaceitável que o militar possa contrapor-se à instituição a que pertence, devendo-lhe fidelidade;

- vínculo com a profissão, inclusive na inatividade, uma vez que, mesmo na reserva remunerada, deve-se manter pronto para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo;

- risco de morte permanente, uma vez que o exercício da atividade militar, por sua natureza, exige o comprometimento da própria vida, seja nos treinamentos diários seja por ocasião do seu emprego em situações reais, na guerra ou na manutenção da lei e da ordem.

Quando um militar, com as especificidades inerentes à profissão já ressaltadas, cujas atividades diuturnas são sempre orientadas pelos princípios também já citados, comete deslize relacionado à conduta ou ao cumprimento do dever – que repercute, negativamente, em toda a

Instituição –, em tese, estará praticando um crime militar ou cometendo uma transgressão disciplinar. Se a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime, não caracterizará transgressão disciplinar.

Constam no Vade-Mécum de Cerimonial Militar (VM 10), aprovado pela Portaria nº 156, de 23 de abril de 2002, do Comandante do Exército, os seguintes conceitos:

“Ética militar é o conjunto de regras ou padrões que levam o militar a agir de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Sentimento do dever - refere-se ao exercício das funções que lhe couberem em decorrência do cargo, ao cumprimento das leis, regulamentos e ordens e à dedicação integral ao serviço.

Honra pessoal - refere-se à conduta como pessoa, à sua boa reputação e ao respeito de que é merecedor no seio da comunidade.

Pundonor Militar - refere-se ao indivíduo como militar e está intimamente relacionado à honra pessoal. É o esforço para pautar sua conduta como a de um profissional correto, em serviço ou fora dele.

Decoro da classe - refere-se aos valores morais e sociais da Instituição (Exército Brasileiro) e à sua imagem ante a sociedade. Representa o conceito social dos militares”.

Embora esses conceitos constem em documento elaborado no Exército, evidentemente, são válidos para todos os militares das Forças Armadas.

3. A JUSTIÇA CASTRENSE

O termo “castrense” remonta à época do império romano. *Castro* era a designação dada aos acampamentos das legiões romanas quando, em regiões longínquas, combatiam para expandir ou defender as fronteiras do império. Representando a ação do Pretor, sediado em Roma, os tribunais militares constituíam-se no instrumento de aplicação da justiça naqueles acampamentos, daí a denominação “Justiça Castrense”, como sinônimo de Justiça Militar, utilizada até os dias de hoje.

Para uma efetiva aplicação da lei no ambiente castrense, o Estado conta com **uma justiça especializada, muito especial**, a Justiça Militar da

União, com a atribuição de julgar os integrantes das Forças Armadas e os civis que pratiquem crimes militares tipificados no Código Penal Militar e cometidos nas circunstâncias nele definidas. Quando se escreve a respeito da Justiça Militar da União, e conseqüentemente do seu tribunal superior – o Superior Tribunal Militar, independentemente do nome que possuía à época –, não se pode deixar de relacionar a sua existência com os diversos fatos históricos que marcaram a evolução política e social do país, particularmente no que se refere aos julgamentos (julgamentos propriamente ditos ou de *habeas corpus*, apelações, etc.) de militares e civis que participaram de movimentos políticos / insurrecionais / revolucionários, desde a Revolta da Armada (1893), passando pela Guerra dos Canudos (1896/1897), a Revolta da Chibata (1910), a Revolta dos Dezoito do Forte, no Rio de Janeiro (1922), a Revolução Constitucionalista de 1932, a Intentona Comunista de 1935, o levante da Ação Integralista Brasileira (1938), as Revoltas de Jacareacanga/Aragarças (1956/1959) e os fatos políticos pós-março de 1964, quando à Justiça Militar foi atribuído o encargo de processar e julgar os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional.

O Superior Tribunal Militar sempre preservou uma tradição de lisura, independência, imparcialidade, tolerância e de fidelidade aos princípios democráticos e às normas do Direito; em decorrência das decisões tomadas, caracterizadas pelo alto nível ético e jurídico, e por ter demonstrado ao longo dos anos isenção nos julgamentos e não subserviência em relação ao Poder Executivo, foi merecedor de comentários elogiosos por parte de renomados advogados que atuaram na defesa dos acusados, dentre os quais destaco os Doutores Sobral Pinto e Heleno Fragoso. Esses comentários decorreram não só do posicionamento de total independência em relação ao Poder Executivo, mas também do exemplo de ponderação, equilíbrio e bom senso em suas sentenças e acórdãos, particularmente na complicada e difícil missão de julgar processos políticos, quando, exemplarmente, deu sobejas provas de que o STM, o mais antigo Tribunal de Justiça do país e modelo inspirador para a criação de outros tribunais de justiça especializada, nunca funcionou como um tribunal de exceção, tendo, inclusive, suspenso penas de morte decididas em primeira instância.

Quanto à sua origem, a Justiça Militar no Brasil foi instituída em 1808, na cidade do Rio de Janeiro, quando da instalação da Corte Portuguesa, por meio do Alvará de 1º de abril, com força de lei, baixado por

D. João VI, com a criação do “Conselho Supremo Militar e de Justiça”. Aquele Conselho Supremo – o primeiro Tribunal Superior de Justiça instituído no Brasil – acumulava funções administrativas, emitindo, quando consultado, pareceres a respeito de questões referentes a soldos, nomeações, promoções, cartas-patentes, uso de insígnias, etc.; e funções judiciárias, julgando, em última instância, os processos criminais de réus sujeitos ao foro militar. O Tribunal, em sua origem, foi presidido por D. João VI, D. Pedro I e por D. Pedro II durante o Império e pelos dois primeiros presidentes do Brasil, Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, após o advento da República; a partir de 1893 o Presidente do Tribunal passou a ser um dos seus Ministros.

Integraram também o Superior Tribunal Militar, mesmo quando ainda denominado Conselho Supremo Militar e de Justiça ou Supremo Tribunal Militar, além dos já citados Chefes de Estado, outras personalidades, eminentes brasileiros cujos nomes estão inseridos na história do nosso Brasil, tais como o Duque de Caxias, o Patrono do Exército; o Almirante Tamandaré, o Patrono da Marinha; o Dr. Joaquim Pedro Salgado Filho, que em 1941, com a criação de uma nova Força Armada, deixou o Tribunal para assumir o cargo de Ministro da Aeronáutica; e, mais recentemente, renomados juristas, dentre os quais destaque o Dr. João Romeiro Neto, o Dr. João Mendes da Costa Filho e o Dr. Alcides Vieira Carneiro.

A denominação, com a elaboração da Constituição de 1891, foi alterada para Supremo Tribunal Militar, já no período republicano; e em 1934, o Tribunal passou a integrar o Poder Judiciário, por dispositivo constitucional. Sua denominação atual – Superior Tribunal Militar (STM) – surgiu quando da Constituição de 1946, não mais sofrendo alteração nesses últimos sessenta e oito anos.

A Constituição Federal de 1988 contemplou a Justiça Militar com alguns artigos:

*“Art 92. São órgãos do Poder Judiciário:
VI - os Tribunais e Juízes Militares;”.*

*“Art 122. São órgãos da Justiça Militar:
I - o Superior Tribunal Militar:*

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre

oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juizes-audidores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

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.”.

Constata-se, assim, que a Constituição Federal restringe a abrangência da Justiça Militar da União, atribuindo-lhe, apenas, competência na área penal. Essa matéria vem sendo discutida no Superior Tribunal Militar com o objetivo de se concluir sobre a conveniência, ou não, de alteração no texto constitucional de modo a ampliar a competência do STM, incluindo, além da atribuição de exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos militares, todas as questões cíveis e administrativas relacionadas com os membros das Forças Armadas.

Em atenção ao princípio da eficiência, e para agilizar o andamento dos feitos, nota-se que não há razão plausível para que a Justiça Federal continue acumulando processos que versem sobre matérias eminentemente de cunho militar, ante a existência de um órgão constitucional especial apto a dar cabo destas lides com maior conhecimento técnico.

4. A ESTRUTURA DA JUSTIÇA MILITAR

A sua estrutura é ímpar no Poder Judiciário. Difere das existentes nos demais órgãos federais do referido Poder, os quais se estruturam da seguinte forma: na primeira instância estão os Juizes, Titulares e Substitutos; na segunda, os Tribunais Regionais Federais; na terceira, os Tribunais Superiores, aí incluído o Superior Tribunal de Justiça, posicionados imediatamente abaixo do Supremo Tribunal Federal.

A Justiça Militar da União conta na primeira instância com as Auditorias Militares, onde são instalados os Conselhos de Justiça, os Permanentes e os Especiais, obrigatoriamente integrados por um Juiz-Auditor (Titular ou Substituto); no nível logo acima está o Superior Tribunal Militar. Por integrar o Poder Judiciário, tem como última instância, do mesmo modo que todos os demais Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal que, quando solicitado, se manifesta sobre as decisões tomadas pelo STM.

Ressalte-se que o Ministério Público Militar da União e advogados de defesa (dativos ou nomeados ou integrantes da Defensoria Pública da União), da mesma forma que ocorre nos outros segmentos do Poder Judiciário, fazem-se presentes nas sessões públicas da Justiça Militar da União, nas duas instâncias, legitimando as decisões dessa justiça especializada.

No âmbito do Poder Judiciário, somente na Justiça Militar os julgamentos são sempre realizados por colegiados (escabinatos) nas duas instâncias, motivo pelo qual as penas aplicadas não são decorrentes de uma decisão pessoal, ou seja, não decorrem do poder discricionário de um Magistrado.

O objetivo da Justiça Militar é a aplicação da lei em todo o território nacional, para inibir ou coibir condutas nocivas aos fundamentos da instituição militar, assim como a prática de atos que possam prejudicar os militares, a administração militar ou afetar os princípios da disciplina e da hierarquia, como já mencionado anteriormente, as vigas mestras que sustentam as Forças Armadas. Esses princípios são essenciais para proporcionar à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica as condições necessárias ao cumprimento das suas atribuições legais, constitucionais ou subsidiárias (previstas em leis, decretos, diretrizes, etc.).

A Justiça Militar da União possui uma estrutura específica, constituída com base no art. 92 da Constituição Federal e no art. 1º da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares), assim escalonada:

- o Superior Tribunal Militar;
- a Auditoria de Correição;
- os Conselhos de Justiça;

- os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos.

Em tempo de paz, para fins de administração da Justiça Militar, o território nacional é dividido em doze Circunscrições Judiciárias Militares, as CJM, abrangendo:

- a 1ª - os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
- a 2ª - o Estado de São Paulo;
- a 3ª - o Estado do Rio Grande do Sul;
- a 4ª - o Estado de Minas Gerais;
- a 5ª - os Estados do Paraná e Santa Catarina;
- a 6ª - os Estados da Bahia e Sergipe;
- a 7ª - os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;
- a 8ª - os Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
- a 9ª - os Estados de Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;
- a 10ª - os Estados do Ceará e Piauí;
- a 11ª - o Distrito Federal e os Estados de Goiás e Tocantins;
- a 12ª - os Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

Nas áreas das CJM estão instaladas as Auditorias, no mínimo uma por Circunscrição, sendo que na primeira CJM existem atualmente quatro, na segunda e na décima primeira duas e na terceira três.

As competências atribuídas ao Superior Tribunal Militar estão relacionadas no art. 6º da Lei de Organização da Justiça Militar. Como exemplo, destaco a atribuição de processar e julgar os oficiais-generais das Forças Armadas nos crimes militares definidos em lei e a representação para a decretação de indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato.

A Auditoria de Correição, exercida pelo Juiz-Auditor Corregedor, com jurisdição em todo o território nacional, tem a sua competência definida no art. 14 da Lei nº 8.457.

Os Conselhos de Justiça funcionam nas sedes das Auditorias, salvo em situações muito especiais previstas em lei, e julgam os processos instaurados.

Os Conselhos de Justiça são de dois tipos: os Permanentes (julgam praças e civis) e os Especiais (julgam oficiais), ambos integrados pelo Juiz-Auditor (ou o Juiz-Auditor Substituto) e por quatro oficiais, denominados juízes militares, que são sorteados e temporários nas funções judicantes.

Aos Juízes-Auditores são atribuídas as competências normais de um Juiz de primeira instância da Justiça Comum, com as particularidades inerentes à Justiça Militar da União.

5. O ESCABINATO E OS JULGAMENTOS

O escabinato é um juízo colegiado, integrado por pessoas oriundas de áreas profissionais distintas; no Brasil, surgiu com a própria Justiça Militar, em 1808, com a chegada da família real, e, mais precisamente, quando da criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, constituído pelos Conselheiros de Guerra e do Almirantado e por outros oficiais nomeados como vogais, sendo que, para atuar como Conselho de Justiça, era acrescido de três juízes togados. Essa composição mista, por alguns chamada de híbrida, é uma característica da nossa Justiça Militar da União desde a sua origem, tendo permanecido até os dias de hoje, nas duas instâncias: nos Conselhos de Justiça que funcionam nas Auditorias e no Superior Tribunal Militar.

A instituição do julgamento dos crimes militares por meio de Conselhos mistos, integrados por militares e civis togados – que têm formação heterogênea e variada vivência e coadunam a prática dos que conhecem com profundidade a vida na caserna e a sua legislação específica e o saber jurídico –, possibilita o surgimento de sentenças penais mais justas, pautadas tanto na experiência vivida como no amparo da lei.

Esta modalidade de julgar exige, nos Conselhos de Justiça, que os militares estejam presentes durante as fases nas quais se ouvem todos os intervenientes do processo que podem influenciar na decisão; juntamente com o juiz togado, decidem sobre a pretensão punitiva e sobre a aplicação da pena; a decisão consubstancia-se em uma sentença com o voto de todos os seus integrantes, prevalecendo o voto da maioria. Com as adaptações necessárias, esse tipo de procedimento ocorre também nos julgamentos no Superior Tribunal Militar, onde a participação de experientes chefes militares, que constituem a maioria dos ministros, assim como a de civis possuidores de notório saber jurídico, é de fundamental importância para o resultado dos julgamentos.

A Justiça Militar da União, como não poderia deixar de ser, assegura a todos, indistintamente, quer sejam oficiais-generais, oficiais, praças quer civis, o direito ao contraditório e à ampla defesa, proporcionando julgamentos de acordo com a lei, imparciais e justos. Ressalte-se que, diferentemente do que ocorre em outros segmentos do Poder Judiciário, na primeira instância, inclusive durante a instrução dos feitos, todas as questões essenciais são examinadas e votadas por um colegiado (escabinato) com as participações efetivas dos representantes do Ministério Público da União e dos advogados de defesa, com réplica e tréplica; todo processo é assim conduzido. Quando nos processos originários no próprio STM, esse procedimento (réplica e tréplica) é idêntico ao da primeira instância.

Por se tratar de duplo grau de jurisdição, a Justiça Militar da União assegura ao jurisdicionado, quando inconformado com a decisão da primeira instância, o direito de ter, por meio de recurso, o seu processo reapreciado por outro juízo, também um colegiado; essa possibilidade de recorrer, facultada também ao Ministério Público Militar da União, limita o arbítrio, a indulgência e os excessos por parte do Estado, uma vez que obriga o reexame da causa na segunda instância, prevalecendo, ao final, o direito, a ordem e a justiça. Essa peculiaridade mencionada, escabinato nas duas instâncias, é um diferencial entre a Justiça Militar da União e a Justiça Comum. Outro diferencial, reconhecido por, praticamente, todos que labutam na área jurídica, é a celeridade da Justiça Castrense, que julga rápido e bem; de um modo geral, o tempo que decorre entre o cometimento do crime e a sentença transitada em julgado na Justiça Militar da União é muito menor do que o da Justiça Comum, mesmo com a utilização, pelos advogados de defesa, dos mesmos instrumentos legais existentes na Justiça Comum e que, às vezes, são apenas protelatórios (apelações, embargos, etc.).

Quanto às votações em plenário, de um modo geral, não há significativas diferenças entre os votos proferidos pelos ministros militares e pelos civis; entretanto, alguns dos crimes militares julgados pelo STM têm merecido debates mais intensos, normalmente decorrentes do entendimento de cada ministro sobre a tipicidade, características e gravidade do delito criminal, assim como os seus reflexos na disciplina e/ou na hierarquia. Ressalte-se que os ministros militares, por trabalharem em um ambiente em que no dia a dia se aprende muito sobre Direito Penal Militar, invariavelmente, dedicam-se ao estudo dessa modalidade do Direito.

Dentre os crimes que frequentemente geram debates e votos discordantes estão os de deserção (artigo 187 do CPM); os de estelionato (artigo 251 do CPM); e os crimes de tráfico, posse ou uso de entorpecentes (artigo 290 do CPM). Também têm gerado debates o problema da prescrição da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade, constantemente levantado como preliminar, e a questão da condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção.

Com relação ao crime de deserção.

A discordância, normalmente, refere-se ao entendimento se a deserção é um crime de efeitos permanentes ou permanente.

Os Ministros do STM não têm tido um entendimento unânime sobre a matéria; a unanimidade, creio, expressa-se na compreensão de que o crime de deserção tem por objetividade jurídica a proteção do serviço militar e, ainda, a preservação do interesse da organização militar em contar com a plenitude do seu efetivo, a fim de bem cumprir as missões que lhe são atribuídas.

No que diz respeito ao crime de estelionato (artigo nº 251 do CPM).

A abordagem resumir-se-á, apenas, às práticas ilícitas cometidas em decorrência de falecimento de inativo ou de pensionista, mediante retirada indevida, com a utilização de cartão bancário e conhecimento da senha para o uso do cartão, de recursos financeiros depositados “irregularmente” em contas bancárias de pessoas falecidas. O Tribunal, de um modo geral, nos diversos processos julgados, tem se posicionado no sentido de concordar que o crime está tipificado no artigo nº 251 do CPM (estelionato).

Sobre o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (Art nº 290 do CPM).

Nos processos julgados no Superior Tribunal Militar, por maioria de votos, o Tribunal tem se pronunciado pela aplicação do artigo 290 do CPM, condenando os acusados ou mantendo a condenação da primeira instância, mesmo na hipótese da simples posse ou uso de pouca quantidade de entorpecente, por reconhecer a gravidade dessa conduta criminosa, particularmente no interior de uma Unidade Militar.

O Tribunal, pela maioria dos Ministros, tem rejeitado a tese da aplicabilidade do princípio da insignificância (ou da bagatela) para os

casos de porte, uso ou tráfico de entorpecente, em pequenas quantidades, no interior de uma organização militar. Quanto ao princípio da proporcionalidade, há concordância no que se refere à necessidade da sua aplicação quando do julgamento dos processos. A discordância ocorre no entendimento sobre essa aplicação, ou seja, a minoria entende que o art. 290, tendo a saúde como o bem jurídico a ser protegido e analisando-se a adequação da medida restritiva em relação ao fim almejado, a necessidade da medida restritiva imposta e a proporcionalidade estrita (medida exata da resposta em relação à gravidade da lesão sofrida pelo bem jurídico e ao ordenamento jurídico), peca por tratar igualmente condutas delituosas diversas (tráfico, posse, a condução e o uso de entorpecente), resultando, quando da aplicação do artigo 290, condenações desproporcionais em relação ao crime cometido. A maioria dos Ministros, além de discordar de que as penas são desproporcionais ao delito cometido (a pena aplicada pode variar da mínima à máxima prevista), tem se posicionado pelo entendimento de que a condução, a posse, o uso e o tráfico são igualmente perigosos e possíveis de causar danos irreparáveis, uma vez que em todos esses casos o entorpecente se encontra no interior da organização militar e, em tese, em condição de ser utilizado por um militar (que poderá, na condição de “drogado”, ter em suas mãos uma arma com munição real).

Quanto ao problema da Prescrição da Pretensão Punitiva e Extinção da Punibilidade.

A Prescrição desdobra-se em dois ramos: a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão Executória. Como regra, a Pretensão Punitiva (normalmente em função de pena fixada em concreto na sentença de primeiro grau) é a que rotineiramente é examinada pelo STM, em sede de preliminar, nas Apelações interpostas pela defesa.

A questão se prende, em essência, ao exame de mérito em processo em que, preliminarmente, tenha sido declarada a prescrição da pena. Existem duas correntes, duas posições antagônicas no que se refere ao entendimento por parte dos Ministros, independentemente do fato de ser militar ou civil. De um lado, o da minoria, há os que entendem que, mesmo declarada a prescrição da pena, deve-se proceder ao exame de mérito nos casos de sentença condenatória pendente de recurso exclusivo da defesa, da qual não cabe mais qualquer recurso por parte do Ministério Público da União no sentido de agravar a pena, aplicada na primeira instância ou em recurso de apelação. Essa corrente considera que o não

exame de mérito implica o descumprimento do § 1º do artigo 125 do CPM, onde consta:

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

Por outro lado, a maioria dos Ministros entende que a Prescrição da Pretensão Punitiva é considerada uma preliminar de mérito e, portanto, uma causa impeditiva da análise deste, pois, se reconhecida, nenhum gravame restará mais para o acusado.

Diferentemente do indulto, o reconhecimento da Prescrição da Pretensão Punitiva põe fim a *persecutio*, apagando todos os efeitos da sentença condenatória de primeiro grau, como se esta jamais tivesse sido proferida.

À evidência, na raiz desse resultado amplamente favorável ao apelante/defesa, está o próprio princípio da presunção da inocência inserido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, *“estando impedida a ocorrência do trânsito em julgado pelo reconhecimento da Prescrição Punitiva, o apelante jamais poderá ser considerado culpado no processo sub examine, o que, obviamente, equivale ao reconhecimento implícito de sua inocência”* (Dr. Flávio Rodrigues Duarte, Assessor Jurídico / STM, em outubro de 2007, quando em despacho com o autor).

Por derradeiro, passemos à questão da condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção.

Sobre condição de procedibilidade, vale destacar a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo Penal*. 6. ed. Editora Del Rey, p. 89):

“No processo penal, em determinadas situações, a lei exige o preenchimento de determinadas e específicas condições para o exercício da ação penal. Assim, por exemplo, nas ações penais públicas condicionadas, o Ministério Público somente poderá ingressar com a ação se já oferecida à representação (...).”.

Na deserção, a situação é semelhante. Há a necessidade do preenchimento de determinada e específica condição para o exercício da ação penal, qual seja: a reinclusão do desertor, praça sem estabilidade, nas fileiras das Forças Armadas.

Duas correntes de pensamento estão presentes no Tribunal. A minoritária, que entende que o *status* de militar (estar no serviço ativo) é condição indispensável, apenas, para dar início à ação penal; para o seu prosseguimento, após a reinclusão do desertor, a ação deveria seguir o seu curso até o fim, independente do *status* do acusado (militar ou não), do mesmo modo que ocorre em outros crimes militares. No caso de uma segunda deserção, a ação penal referente à primeira deveria continuar até o seu fim, sendo o desertor declarado revel caso não comparecesse aos atos processuais obrigatórios. Com relação à segunda deserção, esta, por depender de uma condição especial de procedibilidade para o início da ação penal, ficaria aguardando a captura ou a apresentação voluntária do desertor para, se outra vez julgado apto em inspeção de saúde, após a sua reinclusão, ser dado início à nova ação penal.

A segunda corrente, majoritária, entende que o *status* de militar é condição de procedibilidade da ação penal não só para o seu início, como também para o seu prosseguimento e sua finalização; desse modo, os Ministros que integram essa corrente entendem que tanto a lei como a Súmula 12, editada pelo STM, definem que a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção, assim como também não é possível o prosseguimento da ação penal sem ter readquirido o *status* de militar por meio da reinclusão. Desse entendimento resulta que, no caso de uma segunda deserção, a ação penal referente à primeira só poderá prosseguir após a captura ou apresentação voluntária do desertor, ocasião em que ele, se outra vez julgado apto em inspeção de saúde, será novamente reincorporado e readquirirá o *status* de militar da ativa.

6. ENCERRAMENTO

Ao finalizar o presente artigo, gostaria de ressaltar que os duzentos anos da Justiça Militar da União significam, ao mesmo tempo, duzentos anos de existência do primeiro Tribunal Superior de Justiça no Brasil e o marco inicial da criação da primeira justiça especializada no nosso país; significa que os militares, por suas peculiaridades no modo de ser e de proceder, assim como pelas características profissionais inerentes aos que têm por missão, com o sacrifício da própria vida se necessário, a defesa da Pátria – missão imutável ao longo dos anos e cumprida em épocas

distintas da nossa história –, tornaram-se pioneiros também na formação especializada de Juízes Militares e de Operadores do Direito, sem que viessem a se constituir em “defensores classistas”, pois a Judicatura não pode ser tomada nem tomar-se como classe. Ela compõe um dos poderes políticos da nação e sua estrutura só é legítima quando integrada no conceito de que a Judicatura é o próprio povo feito função e, para bem cumprir esta nobre missão, como se pronunciou o Dr. Alexandre Augusto Quintas, Juiz-Auditor Substituto da 5ª CJM, em seu discurso de posse no Superior Tribunal Militar, no dia 13 de novembro de 2006 (publicado na Revista do STM nº 4, de jul./dez. de 2006), *“o Juiz deve exercer o seu mister com independência, imparcialidade e lisura, buscando a qualidade da prestação jurisdicional, sem descuidar de que para a parte justa é fazer atuar a lei ao caso concreto com a celeridade exigida pelos tempos modernos”*.

O CONSELHO DE JUSTIÇA COMPETENTE PARA O PROCESSO E O JULGAMENTO DE OFICIAL DA RESERVA NÃO REMUNERADA

*Fernando Sérgio Galvão*⁷

O Conselho de Justiça competente para o processo e o julgamento de Oficial da Reserva não Remunerada.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Justiça Militar da União (JMU) integra o Poder Judiciário desde a Constituição Federal de 1934, sendo composta pelo Superior Tribunal Militar (receptor dos recursos de apelação) e, na primeira instância, pela Auditoria de Correição, pelos Conselhos de Justiça (sob a forma de escabinato), pelos Juízes-Auditores e pelos Juízes-Auditores Substitutos.

O Conselho Especial de Justiça (CEJ) é constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade.

O Conselho Permanente de Justiça (CPJ) é constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão, portanto tenentes estão incluídos na sua composição.

Respeitáveis operadores do direito consideraram que, para definir se o acusado – Oficial da Reserva não Remunerada – deveria ser processado e julgado pelo CPJ ou CEJ, primeiro, como questão de ordem, necessitaria ser esclarecida a sua condição – militar ou civil. Nesse intuito, faz-se, geralmente, remissão a diversos diplomas legais.

Como a maioria dos juristas considera relevante, e seguindo essa lógica prevalente, vou inicialmente concluir sobre a situação do agente Oficial da Reserva não Remunerada (militar ou civil), mas sabendo que em nada interfere na referida competência.

⁷ General de Exército. Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar.

É de suma importância definir com exatidão qual o Conselho competente para o processo e o julgamento do Oficial da Reserva não Remunerada, tendo em vista que há consequência direta à hierarquia e à disciplina nos quartéis.

Nesse ângulo, destaco que o presente assunto trata da questão do juiz natural, podendo conduzir a sérias nulidades, pois é princípio básico constitucional.

Abordarei o tema, também, sob dois vetores: o legal e o moral, este, a meu ver, de extrema importância à coesão das Forças Armadas.

2. ASPECTOS DO CAMPO LEGAL

Vejamos o campo legal, a demonstrar que o Oficial da Reserva não Remunerada, embora seja civil, é simultaneamente Oficial. Nesse passo, o importante será detectar que tal condição (civil) não afasta, por qualquer ângulo que se observe, o CEJ como seu juiz natural, quando for processado e julgado por crimes militares.

Passa-se a examinar alguns dispositivos que confirmam a condição de civil do Oficial da Reserva não Remunerada, mas se detectará a inexistência de qualquer reflexo disso no tocante ao Conselho competente.

Os arts. 3º, 4º e 14, todos do Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880/80 –, deixam claro que o Oficial da Reserva não Remunerada é civil.

Conforme as normas castrenses, há os Oficiais de carreira, os temporários na ativa e os da Reserva Remunerada (R-1), todos militares.

Também há os Oficiais de carreira demitidos (a pedido ou *ex officio*), os Oficiais excluídos e os Oficiais temporários licenciados (R-2 ou RM3 – Reserva não Remunerada), sendo todos, por não estarem na ativa, civis.

Os Decretos nº 4.780, de 15.7.2003 (Aprova o Regulamento da Reserva da Marinha), nº 4.502, de 9.12.2002 (Exército), e nº 6.854, de 25.5.2009 (Aeronáutica), literalmente estabelecem que o Oficial da Reserva não Remunerada é civil e também, simultaneamente, Oficial. Ou seja, para ser Oficial da Reserva não Remunerada a pessoa necessariamente foi e poderá ser novamente militar (convocação, mobilização,

reintegração judicial ou administrativa etc.), mas, enquanto nessa condição, indubitavelmente é Oficial e é civil.

Para afastar qualquer dúvida, a redação das cartas patentes (Decreto nº 2.144, de 7.2.1997) ordena que o seu portador, além de ser civil, simultaneamente “**é Oficial da 2ª Classe da Reserva**” ou “**da Reserva de 2ª Classe**”, entenda-se da Reserva não Remunerada, confirmando o gozo das vantagens, prerrogativas e deveres inerentes ao posto, nos termos da lei. Há casamento perfeito entre a Carta Patente e o art. 142, inciso I, da CF/1988, não se podendo instaurar a desvalia desse imperial comando, estritamente ligado à perpetuidade das Forças Armadas.

Destaco que a Carta Patente atesta que o cidadão “**é Oficial**”, não estando nela escrito “**foi Oficial**” acerca daqueles que ingressaram na Reserva não Remunerada. Portanto, não é cassada ou perdida a sua validade quando o Oficial da Reserva não Remunerada deixa o serviço ativo. Isso só ocorre com o devido processo legal de Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato perante o Pleno do STM.

Coerentemente às cartas patentes emanadas segundo a Constituição Federal, o STM tem declarado **a indignidade para o oficialato de civis** que as detêm. Deveras, de fato o Oficial da Reserva **não** Remunerada, **embora civil**, tem a sua condição de Oficial submetida ao julgamento do Pleno do STM. Nesses termos, o art. 142, inciso I, da CF/1988, pautou pelo gênero (Oficial da Reserva) sem especificar se da Remunerada ou não.

Há precedentes de processos de indignidade para o Oficialato, nos quais os Oficiais representados, na situação de licenciado, excluído e demitido, eram da Reserva não Remunerada, ou seja, civis. Nesses julgamentos, os representados **foram considerados indignos para o Oficialato por unanimidade de votos** (Declarações de Indignidade nº 20-2/DF, nº 33-4/DF e nº 12-46.2008.7.00.0000 - 2008.01.000060-1/DF).

Logo, no Pleno do STM inexistente dúvida de que o Oficial da Reserva **não** Remunerada (R-2) **é civil**, sendo-lhe asseguradas as prerrogativas do respectivo posto, conquistado enquanto esteve na ativa de sua Força Armada, mantidas até eventual declaração em contrário, pela via judicial.

Há importante questão atinente à **proporcionalidade**. Se a Constituição Federal confiou ao STM o julgamento da indignidade e da incompatibilidade do Oficial, **seja este militar ou civil**, na primeira instância seria competente o CPJ para submetê-lo a *judice*? A resposta é negativa, pois, considerando-se o investimento realizado no Oficial e a sua importância em eventual **mobilização ou convocação**, o seu juiz natural é o CEJ.

Seria flagrantemente desproporcional admitir que o STM, última instância da JMU, seja competente para declarar a indignidade / incompatibilidade de Oficial da Reserva Remunerada (militar) e da não Remunerada (**civil**), enquanto que, na primeira instância, esse mister estaria constitucionalmente destinado ao CPJ, composto por juízes militares menos experientes e de **postos** hierarquicamente muitas vezes mais baixos (tenentes) do que o do acusado. **Não é demais lembrar que a CF/1988 e a Carta Patente do acusado lhe garantem o gozo das vantagens, das prerrogativas e dos deveres inerentes ao posto, nos termos da lei, nisso incluído o mais básico e elementar, ou seja, o respeito ao seu juiz natural.**

Alinho-me à mesma conclusão e mediante idênticos dispositivos legais, ou seja, sem a menor dúvida o Oficial da Reserva não Remunerada é civil (não é militar). Embora o Oficial R-2 seja civil, porquanto não está no serviço ativo de sua Força Armada, ainda lhe é assegurado o posto constante de sua Carta Patente.

3. ASPECTOS DO CAMPO MORAL

Alguns operadores do direito entendem como indissociáveis a condição de Oficial e a de militar, mas, como se viu e continuaremos a dissecar, esse raciocínio é inválido e conduz a erros que acometem o Sistema Castrense.

Repise-se, vários pensamentos sobre o tema, pouco aprofundados, primeiro concluem que o Oficial da Reserva não Remunerada é civil para, considerando essa condição/situação como essencial, e apenas por esse motivo, submetê-lo ao CPJ. Contudo, não tenho a menor dúvida de que seja civil, tampouco de o CEJ ser o juiz natural para o caso de crime de natureza militar.

A competência do CPJ **não** é para processar e julgar “**praças e civis**”, mas sim, na verdade, “**não oficiais**”. Isso define e amplia o alcance da referida competência, se comparada à forma equivocada daqueles pensamentos superficiais.

A Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM nº 8.457, de 4.9.1992), além de ser posterior ao Estatuto dos Militares, em nada o contraria; pelo contrário, solidifica a missão de respeitar os postos, as graduações, a hierarquia e a disciplina.

A LOJM reflete com exatidão os comandos imperiais emanados no art. 142, incisos VII e VIII, da Constituição Federal/1988. Além disso, a LOJM é norma especial, ou seja, deve ser estritamente observada no que se refere ao CPJ e ao CEJ.

Portanto, a LOJM, no tocante à competência do CEJ e do CPJ – **juiz natural** – impõe:

“Art. 27. Compete aos conselhos:

*I - Especial de Justiça, processar e julgar **oficiais**, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar,*

*II - Permanente de Justiça, processar e julgar acusados que **não sejam oficiais**, nos delitos de que trata o inciso anterior, excetuado o disposto no art. 6º, inciso I, alínea b, desta lei.”*
(grifei).

Repare-se que o legislador não estabeleceu a competência do CEJ para processar e julgar oficiais de carreira ou temporários, tampouco estritamente os da ativa, mas apenas “oficiais”, ou seja, pautou, sob a total razão dos princípios relativos à caserna, pelo gênero – idêntica forma e ordem do art. 142, inciso I, da CF/1988. Da mesma forma, no CPJ, não determinou o processo e o julgamento de praças e de civis, mas sim de “**não oficiais**”, também no gênero, lacrando de lógica a referida norma.

Fosse o contrário, então o CEJ seria competente para processar e julgar os “oficiais da ativa, reformados ou da Reserva **Remunerada**”, **isso para excluir os oficiais da Reserva não Remunerada**. E o CPJ seria competente para processar e julgar “praças e **civis**”. Se fosse assim, e somente nesse caso, poder-se-ia dizer que os Oficiais da Reserva não Remunerada estariam abarcados pelo CPJ, pois eles são **civis**. Mas não é isso que o art. 27 da LOJM determina.

No tocante ao art. 27 da LOJM, nenhuma das hipóteses, acima conjecturadas, foi elencada. E por qual motivo o legislador fez isso? Porque, além da literalidade da norma, há um “Niágara” de valores a ser pressentido pelo leitor, principalmente quando integrante das Forças Armadas. Esse aspecto, por mim intitulado de “moral”, tomado no sentido técnico naturalmente, será, mediante exemplos, adiante aprofundado.

O legislador que editou a redação do art. 27 da LOJM demonstrou grande zelo no sentido de lacrar, proteger ao máximo as relações entre superiores e subordinados. Buscou, assim, evitar conflitos mal solucionados, com o potencial de afetar a coesão das Forças Armadas. Para tal, as normas são redigidas de forma sistêmica, evitando-se que a fragilização de uma, como, no nosso caso, a aplicação de um Conselho de forma inadequada, não atinja sem perceber outra, em efeito cascata.

Atritos entre os militares ocorrem, podendo redundar em crimes, mas o Estado jamais poderá agir como fomentador desses eventos maléficos à perenidade da *ultima ratio* da sociedade.

4. ESTUDO DE CASOS

Verificam-se, em estudos sobre o assunto, basicamente duas vertentes. A tese que denominarei de “1”, a qual sustento, no sentido de que o Oficial da Reserva não Remunerada deve ser processado e julgado pelo CEJ, e a “2”, na qual outros operadores do direito sustentam a submissão da causa ao CPJ.

O caso requer alguns exemplos, a demonstrar que efeitos indesejados podem ocorrer se admitida a tese “2”. O STM, para firmar a sua existência e respeitabilidade, deve ser o primeiro a detectar os reflexos deletérios na seara castrense de suas decisões.

CASO 1

Por exemplo, um excelente Coronel de Intendência da Aeronáutica, que tomou posse em cargo público após o devido concurso, será R-2, ou seja, da Reserva não Remunerada. Suponha-se que se envolva, acidentalmente, num caso de crime militar e esteja, durante o processo, já na nova condição de civil – Oficial R-2. Aceita a tese “2”, esse Coronel R-2, embora possuidor **desse posto e de Carta Patente**, com texto fiel ao Decreto nº 2.144, de 7.2.1997, seria processado e julgado pelo CPJ. Ou seja, tenentes na sua composição poderiam processá-lo, absolvê-lo (por maioria ou não) e até mesmo condená-lo.

No entanto, comprovada a sua inocência e absolvido, mais tarde ou logo após, se esse excelente Coronel fosse mobilizado como intendente, ele poderia ser designado para fornecer peças para a aeronave do tenente aviador que o julgou ou mesmo o condenou (decisão absolutória por maioria). Eis o fomento de conflitos que o Estado, se aceitasse a tese "2", jamais poderia alimentar.

CASO 2

Embora possível, mas pouco provável, até mesmo um General-de-Brigada da Reserva Remunerada (R-1) e Advogado poderia tomar posse, mediante a indicação da OAB, como Desembargador de um Tribunal de Justiça ou mesmo em qualquer outro cargo público por concurso, vindo a ser um Oficial R-2. Naturalmente que, a depender do cargo ocupado, dever-se-ia observar os foros por prerrogativa de função que estão previstos na Constituição Federal/1988.

Envolvido em crime militar, admitiríamos que o CPJ o processasse e o julgasse, tendo tenentes na sua composição? Para os defensores da tese "2", sendo o referido General R-2 civil, não mais militar, o CPJ seria o competente. Sustento que, se um eventual General R-2 praticasse ou apenas estivesse envolvido em crime militar, não havendo foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal/1988, competente seria o STM para processá-lo e julgá-lo, embora civil e não mais militar.

Como dito, o art. 27 da LOJM generalizou, atribuindo o processo e o julgamento de "Oficiais" ao CEJ e os "não Oficiais" ao CPJ. Logo, os Oficiais-Generais, sejam da Reserva Remunerada ou não, o correto, no exemplo, seria submetê-los ao STM.

Observe-se a crise que pode ser criada ao se aderir à tese "2". Pelo fato de esse General não ser mais militar (é da Reserva não Remunerada), e sim civil, o STM não poderia processá-lo, nem julgá-lo. Seria, então, julgado e processado por tenentes?

Note-se que, tanto no exemplo do Coronel R-2, como no do General R-2, grande afronta ao sistema militar estaria ocorrendo. Esses Oficiais, após inúmeras realizações e atos administrativos, estariam sendo julgados por militares que outrora foram os próprios elogiados ou punidos pelas referidas autoridades, ou até amigos ou desafetos desses.

Os companheiros desse Coronel R-2 ou General R-2, ainda na ativa, talvez até envolvidos de forma inocente ou não nas decisões que ensejaram o processo penal militar, embora constrangidos pela ofensa à

hierarquia e à disciplina, nada poderiam fazer diante das consequências da errônea sujeição desses réus ao CPJ.

CASO 3

Suponha-se um Coronel da Reserva não Remunerada (R-2), que tomou posse em cargo público, sendo processado por crime de desvio de verba pública perante a JMU, por ato emanado quando ainda estava na ativa e no comando de OM. O legislador, mediante o art. 27 da LOJM, submete-o ao CEJ, também porque tenentes ainda não adquiriram os conhecimentos suficientes sobre essas funções gerenciais. O comando de OM de maior envergadura e as finanças nelas envolvidas ainda não fazem parte da experiência profissional da grande maioria dos tenentes. Some-se, dentre todos os outros motivos já explanados, mais um para não submeter o julgamento desse Coronel R-2 aos inexperientes tenentes, os quais poderiam, em tese, impor pena revanchista ou mesmo leviana. O acusado – Coronel R-2 – poderia ser compelido, embora de posto mais elevado do que os juízes militares, ao processo relativo à Declaração de Indignidade perante o STM.

Retome-se que, para a indignidade, o STM é competente. Logo, não é proporcional, nem legal, que na primeira instância o inexperiente CPJ processasse e julgasse esse Coronel R-2.

5. DA MOBILIZAÇÃO E DA DEFESA NACIONAL

O legislador, nesse contexto, quis preservar eventual convocação ou mobilização. Tratar a mobilização como algo remoto, a ponto de ser desprezado nesse mosaico da Defesa Nacional, é desmerecer o motivo mais importante para a existência das Forças Armadas. É na mobilização que as Forças Armadas atingem o ápice de seu mister constitucional.

Ninguém pode prever quando a mobilização ocorrerá. Se hoje, amanhã ou daqui a pouco ou muito tempo. O importante é o preparo e a mentalidade convergente para esse magnânimo evento de Defesa Nacional. Logo, se hoje o tenente, compondo o CPJ, condena um Capitão, Major, Tenente-Coronel, Coronel ou General R-2, quando da mobilização ou da convocação haverá grande trauma a ser resolvido no âmbito da hierarquia e da disciplina. Verdadeiro conflito entre círculos, e pior, fomentado pelo Estado que equivocadamente designou o Conselho inadequado à solução da ação penal militar.

A hierarquia e a disciplina devem ser preservadas em todas as oportunidades. Mas, se tivéssemos de escolher entre atender mais para tais cânones, em período de normalidade ou de mobilização, certamente a resposta seria neste último. A mobilização é o momento em que toda a nação conclama as Forças Armadas para arrostar o perigo, aciona a sua *ultima ratio* para resolver crise de alta relevância. Nesse momento drástico, toda ofensa aos citados princípios deve ser repelida com rigor. Como, então, considerar a mobilização algo remoto ou na qual poderiam ser enfraquecidos tão caros valores?

Ademais, tudo que está sendo dito vale não apenas para a mobilização, mas também para os exercícios de convocação, efetivados com notável frequência em todos os escalões militares. Logo, se ontem um Oficial-General, Superior, Intermediário ou Subalterno R-2 for condenado por tenentes do CPJ, amanhã poderá o próprio acusado ser convocado para manobras e participar de operações nas quais comandará os seus julgadores e respectivos contemporâneos de formação acadêmica, além de outros militares e praças. Todos estariam cientes da desmoralização do Oficial R-2 convocado, devido à sua condenação ou ao simples julgamento realizado por tenentes.

Embora na mobilização possa não se priorizar a convocação de militares que foram acusados em processos penais, a depender da dimensão da crise nacional vivenciada, poderá ser imperioso conclamá-los em reforço à Defesa Nacional.

Atente-se que os processos geralmente tratam de Tenentes R-2, situação já a merecer toda a fundamentação ora apresentada. Prevalecendo a decisão de submetê-los ao CPJ, valerá para todos os postos de Oficiais na Reserva não Remunerada. Ainda que não seja comum haver generais R-2, nada impede que assumam um cargo público desejado e integrem a Reserva não Remunerada. Portanto, em tese, até mesmo um general poderia ser alcançado pelo equívoco, sendo muito provável incidir em relação aos demais postos.

Em respeito aos caros princípios e valores, sempre a imperar aos militares, destaca-se que, mesmo quando não for mais mobilizável ou convocável determinado Oficial R-2 (civil, é claro), a sua história, enquanto na ativa, deve ser respeitada. Uma forma de manifestar esse cuidado é a escolha do adequado Conselho. O sistema militar é norteado pelo apreço à honra, ao pundonor e ao decoro da classe. Assim, embora o Oficial R-2 e acusado no processo não fosse mais mobilizável, seria inad-

missível que os seus subordinados no passado, e ainda em postos inferiores no presente, o julguem.

6. CONCLUSÃO

Assim, a decisão de submeter o Oficial da Reserva não Remunerada ao CPJ porque é civil, e não militar, gera graves consequências à estrutura castrense, afetando a mentalidade, em todos os postos e graduações, no tocante ao real alcance do que seja o respeito à hierarquia e à disciplina. Decisões desse tipo não são agasalhadas pelo bloco em que os valores de profissão tão peculiar foram intencionalmente blindados desde épocas remotas, fruto da obra do zeloso e sistêmico legislador de outrora e da LOJM atual.

Sendo a *ultima ratio* do Estado, este, em nenhuma situação, poderá admitir a quebra ou a flexibilidade dos mais básicos princípios que embasam a regularidade e a permanência das Forças Armadas – art. 142 da CF/1988 –, nisso incluído o desvirtuamento do Conselho adequado à causa.

Quando se afirma que os princípios da hierarquia e da disciplina devem estar na “massa do sangue” de cada praça ou oficial, para tal há a necessidade de segurança jurídica, assegurada pela JMU, garantindo os reflexos que conduzem à manutenção indelével das Forças Armadas e, por pura lógica, à preservação do Sistema Castrense.

Essa gama de valores que orbita as Forças Armadas não vigora para o privilégio de nenhum militar. Pelo contrário, vetores são necessários para o êxito das operações militares deflagradas em defesa da população, que mantém todo o aparato bélico. Ninguém arrostará o perigo se, também, não vigorar, em especial nesta Corte, a proteção mais ampla e sistêmica das normas militares, inclusive o adequado CEJ para processar e julgar o Oficial da Reserva não Remunerada, com base, frisa-se, no art. 27 da LOJM.

Independentemente de os Oficiais R-2, quando acusados em processo penal militar, serem absolvidos ou condenados, jamais se poderia admitir que a hierarquia e a disciplina fossem, mesmo circunstancialmente, desprezadas. Nunca se poderia ignorar o posto e as prerrogativas que as cartas patentes lhes garantem, não no interesse da pessoa, mas primordialmente no do Estado.

O Estado, ao invés de desestabilizar o plano constitucional em que estão moldadas as Instituições Castrenses, deve sim fomentar a confiança e a tutela à hierarquia e à disciplina. Durante eventual convocação ou mobilização, momentos cruciais que deflagram o emprego e justificam a existência das Forças Armadas, a confiança e a solidez das relações entre superiores e subordinados deverão estar qualificadamente preservadas. Nesse prisma, a declaração do juiz natural competente para a causa tem peculiar consequência. Por ocasião do julgamento do HC nº 47-93.2014.7.00.0000, em 28.5.2014, o Exmo. Sr. Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, demonstrando a pertinência do tema para o equilíbrio das relações militares, assim se manifestou em Plenário:

“(...) As Forças Armadas só existem e só subsistem, em combate principalmente, pela confiança mútua. Se eu não confiar no meu sargento que encheu o pneu do avião, se eu não confiar no mecânico que abriu o motor e viu que o óleo estava lá dentro, quebra-se essa relação de confiança e acabam todas as Forças Armadas (...)”.

Repare-se que o escopo em se definir o Conselho adequado não é do agente. Por ser Oficial, formado em escolas de alto custo e de valores morais elevados, a causa exige o processo e o julgamento por juízes mais antigos do que o acusado e de maior experiência profissional. Nesses termos, o interesse é, antes de qualquer outro, eminentemente público.

Em respeito à Marinha e à Aeronáutica, esclareço que todas as referências aos postos de tenente, capitão, major, tenente-coronel, coronel e de general seguiram o previsto para o Exército. Entretanto, a presente abordagem é válida para os postos correspondentes na Marinha e na Aeronáutica, conforme o Quadro Anexo a que se refere o art. 16 do Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880/1980 (Círculos e Escala Hierárquica nas Forças Armadas).

Brasília, 25 de junho de 2014.

JUSTIÇA PARA QUEM PRECISA DE JUSTIÇA

*José Barroso Filho*⁸

Uma questão de Planejamento, Gestão... e Futuro.

Considerando que a função primordial do Poder Judiciário é a prestação jurisdicional e esta se realiza por intermédio da atuação dos magistrados com o apoio dos servidores, a participação destes nas fases do planejamento estratégico, da elaboração da peça orçamentária e dos consequentes planos de ação constituem uma exigência lógica e sistêmica necessária à eficiência do sistema judicial.

O princípio constitucional da eficiência impulsiona o Poder Judiciário a rever a forma de atuação e a alterar a estrutura de funcionamento, exigindo de seus integrantes a avaliação periódica da qualidade dos serviços que prestam à sociedade.

Para cumprir seu dever jurisdicional, o Judiciário exerce também a função administrativa, que compreende a atuação necessária à organização e gestão de seus órgãos e serviços.

Essa atuação administrativa é tarefa desempenhada individualmente pelo magistrado, na qualidade de agente público e também, institucionalmente, pelos Tribunais, no exercício de suas funções decorrentes de sua autonomia administrativa e financeira (CF / 1988, art. 99) e está profundamente relacionada com o desempenho da atividade final que é a prestação jurisdicional.

O princípio da eficiência na Administração Pública exige obediência ao princípio, avaliação periódica da qualidade dos serviços e o desenvolvimento de programas de qualidade, de produtividade, de modernização e de racionalização nas ações (CF / 1988, art. 37, § 3º, I; art. 39, § 7º).

Para o alcance das metas institucionais, serão definidos projetos e planos de ação para cada unidade envolvida, juntamente com os respectivos indicadores, metas setoriais, responsáveis e prazos de conclusão, o que reforçará a ideia de melhoria contínua e inovação.

⁸ Ministro do Superior Tribunal Militar.

Assim sendo, há que se definir que existe um “cliente” interno, que são os magistrados, e é necessário dotar os órgãos julgadores com as adequadas condições materiais para o efetivo desempenho de suas funções institucionais, com uma prestação jurisdicional justa e célere ao “cliente” externo – a população.

Fundamental é a participação dos magistrados e servidores nas fases do planejamento estratégico, do orçamento e da formulação e execução dos planos de ação.

Nesse contexto, o planejamento estratégico surge como uma importante ferramenta para operacionalizar esse processo de mudança.

Na sua raiz semântica, estratégia significa “ESTABELEECER CAMINHOS”.

Estratégica envolve as questões relativas ao caminho determinado e também ao processo de se determinar o caminho.

A Administração Estratégica é definida como um processo contínuo e iterativo e significa a administração de mudanças, a gestão de mudanças estratégicas.

É um quebra-cabeça dinâmico, cujas peças são encaixadas dia a dia e não montadas de uma só vez.

O Controle Estratégico é um tipo especial de controle organizacional que se detém na monitoração e avaliação do processo de administração estratégica.

Planejar não é um fim em si mesmo, mas um instrumento dinâmico de gestão.

Os planos precisam ser traduzidos em ações competentes que produzam os resultados almejados: são as ações que criam a realidade.

Neste diapasão, os magistrados devem participar do planejamento estratégico e, sobretudo, da elaboração da peça orçamentária e de sua execução, ou seja, promover a transição da realidade atual para a visão de futuro.

Sem a contribuição efetiva de quem é responsável pela prestação jurisdicional, a percepção dos objetivos estratégicos e das respectivas ações compromete a qualidade do serviço público da Justiça.

Implementar processos de mudanças organizacionais é mudar pessoas: comportamentos, habilidades e atitudes.

O coração da cultura é constituído pelos valores que representam a essência da filosofia da organização. Definem o que é importante para os servidores e estabelecem padrões a serem alcançados.

O processo de Gestão Estratégica tem de ser participativo. Informação e participação são aliados importantes.

As pessoas precisam saber aonde a organização quer chegar, quais são os benefícios, por que é necessária, como será feito, que comportamentos são esperados. A luta por uma causa dá às pessoas sentido ao seu trabalho, gera motivação.

Os objetivos, além de direção, dão significado à caminhada.

Engajado neste processo, desde o planejamento estratégico, cabe ao magistrado estimular as competências individuais.

Competência é a inteligência prática e está associada a ações, tais como: saber fazer, saber aprender, saber engajar-se, saber compartilhar, mobilizar recursos, integrar saberes múltiplos e complexos, assumir responsabilidades, ter visão e disciplina estratégica.

Assim sendo, o magistrado, em sua unidade jurisdicional, deve promover uma gestão por competências que, nada mais é, do que a gestão de pessoas vista por uma ótica mais ampla e sistêmica.

É uma gestão integrada.

Não há mais como compreender os treinamentos desarticulados da estratégia ou o sistema de seleção desvinculado das demais áreas.

A gestão por competências mostra-se como um caminho racional, pois já é possível traduzir visão, missão, valores, estratégias e cultura em conhecimentos, habilidades, atitudes e experiências, ou seja, as competências necessárias para concretizar a estratégia formulada.

A gestão por competências sinaliza para os servidores o que se espera deles. Em contrapartida, a instituição deverá sinalizar também qual é a recompensa para quem alcança o que se espera.

O estudo dos processos organizacionais objetiva erradicar o trabalho desnecessário, reduzir o tempo investido em ações repetidas e verificar desvios de lotação ou novas demandas.

Essa análise deve ser realizada de forma participativa, envolvendo os magistrados e os servidores de modo a erradicar a cultura de feudos

organizacionais, que tanto comprometem a efetiva prestação jurisdicional.

E qual é o cenário que está a desafiar a nossa inteligência estratégica?

Segundo o relatório “Justiça em Números”, do CNJ, ao final do ano de 2013, todos os ramos da Justiça contabilizavam 16.429 magistrados e 412.501 servidores.

Existiam, na média geral, oito magistrados para cada cem mil habitantes.

Tramitaram na Justiça brasileira cerca de 95 milhões de processos em 2013, somando os casos novos e os processos pendentes de baixa, sendo que 33% destes processos são executivos fiscais.

Pode ser observado, em média, que a demanda pela Justiça brasileira foi de 11.865 processos para cada cem mil habitantes.

Em todas as esferas, o Poder Judiciário prolatou 25 milhões e 700 mil sentenças, com uma média de 1.564 sentenças por magistrado, o que posiciona o Judiciário brasileiro como um dos três mais produtivos do mundo.

Vale destacar que, em 2013, 27 milhões de processos foram efetivamente baixados.

Os gastos com o Judiciário no Brasil representam cerca de 1,27% do PIB Nacional e acompanham o aumento progressivo das demandas que nele desaguam, sendo chamado a ocupar espaço crescente na sociedade brasileira, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tal como para os gastos públicos, nas demais esferas de governo, mostra-se necessário o estudo da temática de custos no Judiciário, os quais se mostram perfeitamente legítimos, quando utilizados em prol do melhor acesso à Justiça e de uma maior qualidade e eficiência dos serviços judiciais.

Se a Justiça brasileira envolve grandes despesas, é importante ressaltar, também, que o Judiciário proporciona, da mesma forma, receitas significativas para o Estado.

Durante o ano de 2013, foram arrecadados R\$ 34 bilhões em receitas. Vale mencionar que, em média, 60% dos valores gastos pela Justi-

ça são devolvidos aos cofres públicos, por meio das arrecadações realizadas.

Isto, sem contar, o valor positivo que é a prestação jurisdicional, fator fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Incalculável é o valor de uma vida salva por uma decisão judicial, que determinou, por exemplo, o internamento de uma criança em risco e que, por ser pobre, não tinha acesso ao serviço de saúde.

De pronto, é necessário que haja:

- estímulo às formas de solução extrajudicial de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem;

- aperfeiçoamento da atuação das Agências Reguladoras de Serviços Públicos, de modo a evitar que muitas questões relativas à prestação de serviços cheguem ao Judiciário;

- incremento da edição de Súmulas Administrativas, por parte da Advocacia-Geral da União (AGU), de modo a não mais dar seguimento a questões pacificamente decididas pelo Judiciário;

- melhor tratamento das questões “puramente de Direito” contidas nas chamadas “ações de massa”, a fim de que possam ser decididas de forma mais célere, de modo a evitar a repetição de inúmeras ações com o mesmo questionamento jurídico;

- desjudicialização das Execuções Fiscais;

- extinção da Competência Delegada em relação às Ações Previdenciárias e Executivos Fiscais, que tanto sobrecarregam a Justiça Estadual, sem qualquer compensação pelos recursos materiais e humanos despendidos;

- monitoramento das causas que ocasionam repetidas ações judiciais; e

- criação de um Gabinete de Ação Integrada, promovendo uma sinergia entre os Três Poderes, de maneira a adotar prontas e eficazes medidas em prol de uma Justiça mais célere e próxima ao cidadão.

Com referência à Magistratura Nacional, especialmente do 1º grau de Jurisdição, por onde tramitam cerca de 90% dos processos em andamento, constata-se que ela tem bem clara a sua missão: **prover a prestação jurisdicional de forma rápida e justa.**

Para tanto, e no que toca diretamente à Magistratura, certos temas devem ser cotejados:

- adequadas condições de trabalho, muitas vezes comprometidas em face das constantes restrições orçamentárias e do desequilíbrio de meios e de pessoal entre a 1ª e a 2ª Instâncias;

- efetivas condições de segurança, pois são frequentes os casos de juízes ameaçados de morte, por conduzirem processos envolvendo poderosos criminosos ou afetarem grandes interesses econômicos;

- fortalecimento das Escolas Judiciais, dada a necessidade de constante capacitação dos magistrados, no intuito de mantê-los sempre atualizados em relação à doutrina, jurisprudência e gestão judicial, visando ao bom desempenho de seus deveres funcionais;

- racionalização da legislação processual, tendo em vista que o exagerado número de recursos e incidentes postergam a solução definitiva dos litígios, situação que não pode ser imputada aos magistrados, considerando que essa pleora de recursos está prevista em lei;

- valorização do tempo de serviço na Magistratura, com a implementação de um mecanismo que reconheça a dedicação e a experiência, pois um juiz recém-empossado não pode ter a mesma remuneração de um juiz com 20 anos ou mais de carreira;

- instituição de um orçamento participativo, de forma a que juízes e servidores sejam ouvidos e os recursos orçamentários sejam efetivamente destinados às reais necessidades do Judiciário; e

- instituição das Eleições Diretas para a Presidência dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, aos quais os juízes estejam efetivamente vinculados, de modo a que possam votar em candidatos que apresentem as melhores propostas de gestão e otimização dos Planejamentos Estratégicos dos respectivos Tribunais.

Ao fim e ao cabo, os brasileiros precisam da Justiça todos os dias de suas vidas. Sem um Judiciário forte e independente, não há direitos resguardados; não há verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Enfim, precisamos todos, juízes, membros do Ministério Público, advogados, sociedade em geral, adotar uma postura prospectiva de modo a aperfeiçoar o nível da prestação jurisdicional, para que se possa ter segurança e confiança no Poder Judiciário, como uma instituição guardadora dos direitos fundamentais da cidadania.

Sigamos em frente, com a altivez necessária e com o gesto largo de darmos as mãos, respeitando as diferenças e as eventuais divergências, mas, sobretudo, investindo no Planejamento e Gestão Estratégicos, visando à concretização da Justiça, condição fundamental para que o Brasil cumpra o seu destino, tão grandioso quanto o seu povo e do tamanho de suas Instituições, que ajudamos a construir.

UMA ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO MILITAR NO DELITO DE DESERÇÃO

*Carlos Henrique Silva Reiniger Ferreira*⁹

RESUMO: O presente trabalho visa ao estudo da legitimidade do agente no crime de deserção, em cotejo com o entendimento do STF, STJ e STM acerca do tema, com reflexo nos transtornos causados à administração militar e uma visão própria acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Deserção. Legitimidade. Jurisprudência. Licenciamento. STF. STM. STJ. Impunidade.

O delito de deserção, capitulado no artigo 187 do Código Penal Militar, encontra-se no Título III da Lei Substantiva Castrense, tendo o dever militar como bem jurídico tutelado.

Configura-se com a ausência do militar da Unidade em que serve, ou de local em que deva permanecer, sem a devida licença, por mais de oito dias.

O Superior Tribunal Militar firmou entendimento, no que se refere à legitimidade do agente, de que a condição de militar da ativa deve se estender durante todo o processo, situação que está gerando nos quartéis uma verdadeira “indústria da deserção”. Isso porque vários militares preses a serem licenciados encontram no delito em tela uma forma de permanecer empregados nas Forças Armadas, causando sérios transtornos à Administração Militar.

Diante de tal entendimento, o que fazer quando um militar, respondendo pelo delito de deserção, preenche os requisitos, à luz da legislação pertinente, para ser licenciado?

Tentando responder, é necessário um breve estudo acerca da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, e Decreto nº 57.654, de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar).

A Lei do Serviço Militar, mais precisamente o artigo 33, prevê que a prorrogação do Serviço Militar só é permitida quando houver comunhão de interesses entre o militar e a Força correspondente, não ha-

⁹ Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM - Rio de Janeiro/RJ.

vendo qualquer previsão de uma eventual dilatação do período sob a justificativa de o militar estar *sub judice*.

Registre-se, ainda, que os artigos 31, § 5º, da Lei nº 4.375/64 e 145 do Decreto nº 57.654/66 não podem servir de fundamento para a permanência do acusado no serviço militar. Tais dispositivos alcançam apenas os casos de interrupção de serviço militar, ou seja, quando os incorporados ainda cumprem o período de serviço militar obrigatório ou, em caso de engajamento ou reengajamento, o tempo de serviço a que se obrigaram. A situação em pauta é diversa, pois trata de término de compromisso com o serviço militar e não de interrupção.

Diante de tal quadro, o militar que tiver cumprido as suas obrigações com o serviço militar, seja inicial ou ao término de uma prorrogação, que não vier a ser licenciado sob o argumento de que está *sub judice* no artigo 187 do Código Penal Militar, deve ser tratado como civil.

Essa obrigação também pode ser vislumbrada, por analogia, no artigo 124 do Código de Processo Penal Militar, ainda que a questão não seja de direito material. Ora, se a decisão no juízo civil, em se tratando de questão prejudicial, influencia na própria existência do fato típico, por que não utilizar o mesmo raciocínio para a legitimidade do agente?

Pontue-se, por oportuno, que, se o juiz pode, com base no controle difuso da constitucionalidade, declarar uma lei inconstitucional, com muito mais razão pode aplicar tal controle no tocante à ilegalidade de um ato administrativo, principalmente se este ato está intimamente relacionado com uma das condições da ação.

Assim, considerando a jurisprudência do Superior Tribunal Militar, traduzida inclusive na Súmula nº 12, claramente resta prejudicado um dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do feito, ou seja, a legitimidade *ad processum* do acusado, o que obriga a extinção sem resolução do mérito.

Merecem destaques decisões do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 378.874-RS (2001/0160646-3) e nº 359.894-PR (2001/0139254-4) e, principalmente, a fundamentação utilizada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 115.754, de 19 de março de 2013, cujo relator foi o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, que sinalizam a coerência do raciocínio acima, valendo transcrever respectivamente:

“EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. INDICIAMENTO EM INQUÉRITO MILITAR. POSSIBILIDADE.

- Esta corte firmou entendimento de que não há amparo legal para indeferimento de pedido de licenciamento de militar temporário, ainda que o militar esteja respondendo a inquérito policial no foro militar.

- Agravo regimental improvido.”.

“EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. MILITAR TEMPORÁRIO. PEDIDO DE LICENCIAMENTO. INDEFERIMENTO. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ILEGALIDADE.

- Concluído o período de engajamento, não há amparo legal para indeferimento de pedido de licenciamento, ainda que o militar esteja respondendo a inquérito policial no foro militar.

- Precedentes.

- Recurso improvido.”.

HC nº 115.754, 19 de março de 2013:

“Por outro lado, entendo que o Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar acertou em julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que o paciente não mais ostenta a condição de militar.

Isso porque a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito.”.

Registre-se, ainda, o Parecer da Procuradoria-Geral da República nos referidos autos:

“Ainda que se entenda pertinente o instrumento correcional na espécie, o ato coator alberga flagrante ilegalidade no mérito da questão posta. No caso, informam os autos que, pouco após o recebimento da denúncia, foi comunicado ao juiz-auditor que o tempo de serviço militar do paciente havia se esgotado, inexistindo, em contrapartida, possibilidade de prorrogação do vínculo militar com o réu.

Agiu com acerto o Conselho Permanente de Justiça ao encerrar a ação penal, porquanto, na linha de pacificada jurisprudência, a condição de civil obsta o processamento do feito,

em qualquer fase que se encontre, por ausência de justa causa para a ação penal. É o que se tem no art. 457, § 2º, do CPPM e na Súmula 8 do STM.”.

Obviamente temos a questão da impunibilidade, que poderia ser resolvida se os acusados por deserção tivessem idêntico tratamento dispensado àqueles que respondem pelos demais delitos propriamente militares, ou seja, a nova condição de civil não interfere no regular processamento dos mesmos.

Nesse azimute, a meu sentir, o Código de Processo Penal Militar não exige que a condição de militar da ativa se prolongue durante todo o processo, mas apenas que o agente tenha condições físicas e psíquicas, avaliadas na inspeção de saúde, para que seja reincluído, devendo, posteriormente, a sua situação militar ser solucionada à luz da legislação própria, ou seja, a citada Lei do Serviço Militar e seu regulamento.

Levanta-se também a hipótese para a obrigação de permanência no serviço militar, de que seria por demais rigoroso um civil cumprir pena pela prática de um crime considerado de caserna em estabelecimento prisional civil. Ora, além de tal ocorrer com os delitos de idêntica classificação, uma solução seria restringir a alínea ‘a’ do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar aos militares da ativa. Assim, o militar que praticar crime propriamente militar e vier a ser licenciado poderá gozar de todos os benefícios elencados na Lei de Execução Penal, como a suspensão condicional da pena, abrandando a situação.

Ao fim desta análise, não tendo a pretensão de esgotar todas as nuances do assunto e respeitando opiniões contrárias, espero tão somente expor aos estudiosos do direito a problemática que se apresenta em tantos casos no cotidiano da justiça castrense.

O esgotamento de toda perspectiva possível é sempre importante, sobretudo por se tratar do direito penal, por estarmos tratando de julgamentos sobre um dos bens jurídicos mais importantes dentre os tutelados no direito brasileiro: o da liberdade.



JURISPRUDÊNCIA 2013



Apelação

APELAÇÃO Nº 30-47.2012.7.02.0202-SP

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

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante – Alessandro Amaral Aluyza, 3º Sgt Ex, condenado à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 311, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 24/10/2012.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ART. 311, CAPUT, DO CPM. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO DEFENSIVO. Comete o crime de falsificação de documento, militar que, no intuito de colaborar com terceiro, preenche receituário médico da mesma forma como constava em receituário anterior, apõe nele carimbo pertencente a Tenente Médico e, em seguida, rubrica-o. Tese defensiva de que o Apelante agiu movido pelo estado de necessidade de terceiro e pela inexigibilidade de conduta diversa. Não comprovação. Autoria e materialidade amplamente demonstradas. Recurso a que se nega provimento para manter íntegra a Sentença condenatória a quo. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao apelo defensivo para manter irretocável a Sentença hostilizada. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), Alvaro Luiz Pinto e Artur Vidigal de Oliveira davam provimento ao recurso e absolviam o 3º Sgt Ex Alessandro Amaral Aluyza do crime previsto no art. 311, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, alínea “f”, do CPPM. A Ministra Revisora fará voto vencido. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto. Presidência do Ministro José Coêlho Ferreira. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 58ª Sessão, 15/8/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor do 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, condenado à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 311, *caput*, do CPM¹⁰, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

A Denúncia, oferecida pelo MPM em 19 de junho de 2012 (fls. 1/1 e 1/2) e recebida em 26 subsequente (fl. 95), narra, *in verbis*:

¹⁰ Falsificação de documento

Art. 311. Falsificar, no todo ou em parte, documento público ou particular, ou alterar documento verdadeiro, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena - sendo documento público, reclusão, de dois a seis anos; sendo documento particular, reclusão, até cinco anos.

Agravação da pena

§ 1º A pena é agravada se o agente é oficial ou exerce função em repartição militar.

“(...) Na data de 25 de agosto de 2011, o ora denunciado, no exercício da função de enfermeiro-de-dia ao Posto Médico da Guarnição da Baixada Santista, falsificou uma receita médica, emitindo-a em nome do 2º tenente médico Vinícius Lopes Emygdio de Faria (cópia do documento juntada às fls. 15).

Segundo restou apurado, na data acima referida, a civil Daniela de Freitas Coelho compareceu ao mencionado posto médico, a fim de solicitar a renovação de uma prescrição de medicamento de uso controlado, destinado ao seu pai, o capitão da reserva Daniel César Coelho, ocasião em que apresentou a prescrição anterior, regularmente emitida pelo 2º tenente Médico Vinícius Lopes Emygdio de Faria. Apurou-se, ainda, que a citada civil compareceu ao posto médico em data em que não havia expediente na Organização Militar, tendo sido atendida pelo sargento Alessandro, que se encontrava de serviço de enfermeiro-de-dia.

Diante da solicitação da referida civil para renovação da prescrição médica, o denunciado teria tentado efetuar contato telefônico com o mencionado tenente médico, oficial de sobreaviso para eventual atendimento emergencial, não logrando êxito em contatar o médico que havia emitido a prescrição anterior.

Diante desse fato, o ora denunciado resolveu, por conta própria, emitir a prescrição solicitada, copiando os termos da receita anterior, fazendo uso de um formulário de receituário do Exército e do carimbo do citado médico, tendo, ainda, apostado uma rubrica à guisa de assinatura.

A mencionada contrafação foi descoberta pelo próprio tenente médico Vinícius Lopes Emygdio de Faria, ao ser procurado posteriormente pela civil Daniela de Freitas Coelho, em 7 de novembro de 2011, oportunidade em que compareceu novamente ao posto médico para renovação da falsa prescrição emitida pelo ora denunciado.

Ao ser ouvido pelo encarregado do inquérito, fls. 29/30, o denunciado confessou ter falsificado a referida prescrição médica, afirmando que não auferiu qualquer vantagem patrimonial com a referida conduta, tendo agido apenas para auxiliar a mencionada civil. Afora a confissão do denunciado, o laudo pericial de fls. 76/89 comprova que os lançamentos constantes da falsa prescrição foram realizados pelo sargento Alessandro.

Com a conduta supradescrita o denunciado, agindo livre e conscientemente, incorreu no delito de falsidade de documento público.

Por todo o exposto, o Órgão do Ministério Público Militar protesta pelo recebimento da presente Denúncia, com a citação do 3º Sargento Alessandro Amaral Aluyza para se ver processar e julgar perante esse Juízo, até final condenação, como incurso no crime previsto no artigo 311, parágrafo 1º, do Código Penal Militar. Requer, ainda, sejam notificadas as testemunhas abaixo arroladas. (...)”.

Constam do IPM nº 30-47.2012.7.02.0202 os seguintes principais documentos: Portaria nº 001-IPM, do 2º Batalhão de Infantaria Leve, determinando a instauração de IPM (fl. 07); Solução de Sindicância (fls. 08/09); Cópia de receituário médico (fl. 15); Termo de Inquirição de Denunciante, ouvido em Sindicância (fls. 27/28); Termos de Inquirição de Testemunhas ouvidas em Sindicância (fls. 29/31); cópia do livro de enfermeiro de dia e cópias de conta telefônica (fls. 33/39); Termo de Encerramento da Sindicância (fl. 43); Relatório e Conclusão de Sindicância (fls. 44/46); Termo de Inquirição de Denunciante, ouvido em IPM (fls. 53/54); Termos de Inquirição de Testemunhas, ouvidas em IPM (fls. 55/56); Relatório e Conclusão de IPM (fls. 57/58); Ofício nº 012-Asse Jurd, do Comandante do 2º Batalhão de Infantaria Leve, encaminhando os autos do IPM instaurado naquele Comando ao Juiz-Auditor Distribuidor da 2ª CJM (fl. 60) e Solução de IPM acostada às fls. 65 e 70.

Em 20 de março de 2012, o Ministério Público Militar requereu a baixa dos autos do IPM nº 30-47.2012.7.02.0202 ao Comandante do 2º Batalhão de Infantaria Leve para cumprimento de diligências, no sentido de que fosse providenciado o receituário original, supostamente emitido pelo acusado 3º Sgt ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, e que fosse realizado exame pericial a fim de determinar se os lançamentos constantes do mencionado receituário partiram, efetivamente, do punho do citado sargento (fls. 66/67).

Em 24 de maio de 2012, foi acostado aos autos o Laudo Pericial concluindo que “os lançamentos realizados na peça de Exame são idênticos aos da peça de confronto, conforme especificado no item considerações finais.” (fls. 74/89).

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 19 de junho de 2011, que foi recebida em 26 subsequente, por encontrar-se revestida das formalidades legais (fl. 95).

Citado em 27 de junho de 2012 (fl. 111), o Acusado declarou (fls. 126/128), *in verbis*:

“(...) que no dia dos fatos era feriado militar e em razão disso não havia médico no posto de saúde da guarnição da baixada santista, que guarnecia esse posto apenas o interrogando, que no período da tarde compareceu a esse posto a civil Daniela que desejava a renovação de uma receita médica para seu pai, que o remédio em questão é controlado, que o interrogando tentou entrar em contato com o médico que estava de sobreaviso, ligou para este, mas não conseguiu contato, que diante daquela situação, exclusivamente no intuito de ajudar a civil, evitando assim que o pai da mesma ficasse sem sua medicação, preencheu um receituário médico, da mesma forma como viu preenchido uma receita anterior que lhe foi apresentada pela civil, apondo a este o carimbo do então aspirante oficial médico Vinícius Lopes Emygdio Lopes de Faria, que não procurou de forma alguma imitar a caligrafia do médico em questão, mas após ao carimbo uma rubrica sua mesmo, observa o interrogando que foi possível identificar que ele interrogando preencheu o receituário pela sua caligrafia, que reconhece o receituário de fls. 15 como uma cópia daquele que foi por ele preenchido, que nunca foi processado nem preso por qualquer motivo, que está arrependido e que se fosse hoje teria procedido de uma outra forma, que o carimbo do médico estava em uma seção do FUSEX à qual o interrogando tinha acesso, que no seu entender fez apenas um ‘traço’ em cima do local onde após o carimbo do médico militar, que incorporou o EB há cinco anos, que nunca antes fez nada parecido e como já dito agiu dessa forma exclusivamente com o objetivo de ajudar o pai da civil Daniela, que a civil Daniela estava nervosa, ansiosa para obter o receituário para seu pai, que, como já dito, admitiu prontamente, quando descoberta a falsidade do documento, ser ele interrogando o autor da falsificação, que quando foi chamado para ser ouvido a respeito da questão já foi no âmbito de uma sindicância, que não sabe dizer de quem seria o receitu-

ário copiado, não podendo confirmar se o receituário era o mesmo do médico copiado, que não tem certeza de ser o remédio tarja preta ou não, acreditando que por se tratar de um anti-depressivo se trate de medicamento de tarja preta, que a aposição do 'traço' teve o objetivo de validar o carimbo, que na seção FUSEX é comum com relação as guias médicas que haja a aposição de carimbo de um médico, mas que para validar o referido carimbo é comum que haja um traço, **que a prática antes referida é generalizada quanto à emissão de guias, que tanto o depoente quanto outros militares a praticam normalmente, isso inclusive com o conhecimento do tenente médico Vilar**, que ao tempo dos fatos essa prática já ocorria, que no seu entendimento isso se tratava de um 'costume', tanto é assim que apesar de não haver expediente no dia dos fatos o carimbo do médico está a disposição na seção." (sem negrito no original).

Às fls. 106 e 113, foram acostadas aos autos Certidões Negativas expedidas pelo Cartório de Distribuição da Justiça Federal de 1º Grau e pelo Instituto de Identificação da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar declararam *in verbis*:

Médico Dr. **VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA** (fls. 129/131):

"(...) que foi procurado pela senhora Daniela que lhe apresentou um receituário médico idêntico aquele aposto por cópia à fl. 15 dos autos o qual na oportunidade foi mostrado ao depoente, solicitando-lhe uma renovação da receita, ele depoente **verificou que aquela caligrafia não era sua muito menos a rubrica lançada em cima do seu carimbo**, esclarece o depoente que já tinha dado uma receita médica ao Senhor Daniel, pai de Daniela, pois o mesmo trouxe-lhe uma receita médica dada por um psiquiatra e após exame clínico, embora não seja especialista, o depoente concluiu que o mesmo tinha problemas de depressão, que não se recorda qual a dosagem do medicamento colocada em seu receituário, receituário efetivamente prescrito pelo depoente tendo a certeza de que o remédio era paroxetina, que no âmbito do FUSEX **seu carimbo por vezes fica a disposição da seção mas que desconhece por completo**

a possibilidade de um graduado apor uma rubrica a carimbos de oficiais médicos no sentido de validar guias médicas, que desconhece a prática de aposição de rubrica por graduados em carimbos de médicos da FUSEX, que ele depoente jamais admitiu tal prática, que é médico generalista mas está se especializando em psiquiatria, sendo que à época dos fatos não tinha iniciado a especialização, que, quando examinou o senhor Daniel, o mesmo estava ansioso, que estaria numa fase de remissão de uma depressão, não sabendo dizer o depoente se essa depressão seria severa, **que a rubrica aposta em seu carimbo não** (sic) **absolutamente nada de similar a sua assinatura ou a sua rubrica,** que ao tempo dos fatos apesar de não nomeado para a função exercia as funções de chefe do FUSEX, que no atendimento que deu à senhora Daniela, na qual **a mesma pedia uma renovação de receituário para seu pai, houve um primeiro momento amistoso, mas quando o depoente disse que ficaria com a receita apresentada por se tratar de uma possível prova de uma prática delitativa a mesma reagiu de forma negativa, saiu do local e o depoente teve que tomar providências no sentido de impedir a saída da mesma do quartel com o receituário falsificado,** (...) sendo que esta acabou por entregar o receituário adulterado, (...) que confirma trecho de seu depoimento extrajudicial em que revelou ‘que usualmente os carimbos dos médicos do batalhão ficam a disposição do FUSEX para confecção de guias médicas’ (fls. 53/54 do IPM), que conforme já falou anteriormente **as guias são carimbadas por graduados e levadas para que os oficiais médicos as assinem,** que acaso não tivesse dado uma prescrição médica ao senhor Daniel, quando ele se apresentou com uma prescrição dada por um psiquiatra, corria-se o risco de que os sintomas da depressão voltassem a se manifestar no senhor Daniel, **que deu a prescrição embora não verificasse no paciente Daniel uma ‘ideação suicida’, que no seu entender não se tratava de uma emergência médica** quando ele, depoente, prescreveu o uso de paroxetina ao senhor Daniel (...)” (sem negrito no original).

Estudante **DANIELA DE FREITAS COELHO** (fls. 132/134):

“(...) que no dia dos fatos procurou o Fusex que foi atendida pelo acusado, que procurou o Fusex para obter uma prescrição médica para seu pai e sua mãe, ambos com problemas de

depressão, que a dosagem do medicamento paroxetina para seu pai é de 10mg e para sua mãe de 20mg, que inicialmente o acusado disse que iria contatar o médico que estava de sobreaviso, que o acusado saiu por instante da sala deixando a depoente para fazer esse contato com o médico, que, ao voltar, **o acusado preencheu o receituário com o nome do paciente e a dosagem, que justamente a cópia de fls. 18 corresponde ao receituário preenchido pelo acusado, que viu o acusado preencher a receita, mas não viu assinar nem apor qualquer carimbo à mesma, acreditando que a assinatura e o carimbo já estivessem na folha do receituário**, que tentaram inclusive marcar uma consulta com uma médica conveniada ao Fusex mas essa consulta só ocorreria depois de dois meses e era necessário que seus pais mantivessem a medicação, que, **sem saber que a prescrição médica teria sido falsificada, procurou o então Tem Vinícius e foi através deste que soube que a receita seria falsificada e, como tal, deveria ser retida para comprovar eventual prática delitiva**, que, depois de alguns contratempos, entregou a receita adulterada graças à intervenção do Cap Souza Cruz, que é difícil marcar consulta psiquiátrica com os profissionais credenciados pelo Fusex em Santos, que anteriormente já tinha obtido receitas médicas para seus pais com outros oficiais médicos, tendo em vista a situação antes explicitada, que seus pais, quando não medicados à época dos fatos, ficavam tristes, sendo que um problema familiar os levou a uma fase de depressão na qual precisavam fazer uso do medicamento, medicamento que por orientação médica está suspenso no presente momento, que foi a primeira vez que viu que a receita estava sendo preenchida por alguém que não era o médico, (...) que em vezes anteriores já tinha conseguido renovar as receitas sem a presença de seus pais. (...) que foi no dia dos fatos que teve o primeiro contato com o acusado, que não foi oferecida nem solicitada qualquer tipo de vantagem para a 'renovação da receita', que o acusado inclusive foi muito bem educado quando atendeu a depoente, que, conforme já dito, em nenhum momento suspeitou que aquela receita pudesse ter sido falsificada, tanto assim que conforme já revelado a apresentou espontaneamente ao médico que no entender dela seria o responsável pela mesma." (sem negrito no original).

A Defesa não arrolou testemunhas (fl. 137).

No prazo do art. 427 do CPPM, nada foi requerido pelas Partes (fls. 139 e 139v).

Em alegações escritas (fls. 142/144), o MPM afirmou que, conforme restou apurado, o Acusado, na função de enfermeiro de dia, no posto médico da guarnição da baixada santista, efetivamente falsificou uma prescrição médica. Aduziu que a autoria e a materialidade do delito restaram comprovadas, conforme o laudo pericial acostado às fls. 76/89; que, ao ser ouvido na fase inquisitória, confessou ter confeccionado a falsa prescrição, tendo reiterado tal afirmação na fase judicial. Pugnou, por fim, pela condenação do 3º Sgt ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, como incurso no crime previsto no art. 311 do CPM.

A Defesa, por sua vez, em alegações escritas (fls. 146/152), alegou que a Ação Penal não merece prosperar, eis que a conduta praticada pelo Acusado é comum na FUSEX, pois, em relação às guias médicas, que haja a aposição de carimbo de um médico é feito um traço à guisa de rubrica; que a prática antes referida é generalizada quanto à emissão de guias e que tanto o depoente quanto outros militares a praticam normalmente, inclusive com o conhecimento do Tenente Médico VILAR; que o Réu só copiou a prescrição porque outro médico já havia dado a receita; que não recebeu nenhuma vantagem pecuniária. Alegou, ainda, que o Réu agiu em estado de necessidade de terceiro para proteger direito alheio de perigo iminente, pois, diante do quadro de depressão no qual se encontrava o pai da Civil, a quem se destinava a medicação, e não tendo conseguido contatar o médico de sobreaviso, não viu outra saída a não ser copiar a receita, apor o carimbo, *“fazer um traço, validando o carimbo e entregar à filha do paciente sem a assinatura do médico, a fim de salvaguardar o bem jurídico saúde, pertencente a terceiro”*.

Em caso de eventual condenação, pugnou pelo reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea “a”¹¹, do CPM, por ter o Acusado agido motivado por sentimento de solidariedade, motivo esse relevante, no seu entender, do ponto de vista moral e até mesmo social. E, caso se entenda aplicável a agravante do § 1º do art. 311 do CPM, por

¹¹Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

Circunstâncias atenuantes (...)

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

ser o Réu militar, que seja levado em conta o que dispõe o art. 75¹² do mesmo *codex*.

Finalmente, requereu a absolvição do 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, com fulcro no art. 439, alínea “d”, do CPPM¹³, e, em caso de condenação, que seja aplicada a pena mínima, prevista para o crime de falsificação de documento público, com direito ao *sursis*, levando em consideração a falta de antecedentes criminais, ser o réu primário, a confissão e o arrependimento do Acusado, nos termos do art. 69 do CPM.

Em 24 de outubro de 2012, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército resolveu, por maioria (3x2), considerar parcialmente procedente o pedido condenatório para condenar o Acusado ALESSANDRO AMARAL ALUYZA pela prática do crime previsto no artigo 311, *caput*, do CPM, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, convertida em prisão, *ex vi* do art. 59, inciso II, do mesmo diploma legal, reconhecendo o direito ao benefício do *sursis* pelo período de prova de 2 (dois) anos, atendidas as condições previstas no art. 626 do CPPM, acrescida da obrigação de apresentar-se ao Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM a cada 90 (noventa) dias (Ata às fls. 164/165).

A Sentença consta às fls. 170/175.

Dela se extraem os seguintes fundamentos:

“Com todo o respeito à DPU, evidente que o acusado de fato falsificou o receituário médico, pois foi ele que o preencheu, carimbou e, a título da assinatura, apôs um ‘traço’ que, como reconhecido pelo acusado, possibilitou sua identificação. Também é evidente que a receita falsificada era hábil a enganar, tanto assim é que só foi necessária a emissão de nova receita tempos depois (v. fl. 133), quando se descobriu que a receita era fal-

¹² Concurso de agravantes e atenuantes

Art. 75. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. Se há equivalência entre umas e outras, é como se não tivessem ocorrido.

¹³ Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: (...)

d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);

sa pelo acaso de ser a filha dos pacientes atendida exatamente pelo médico cujo carimbo foi apostado à falsa receita.

Não é possível acatar-se o pedido de absolvição do acusado com base na hipótese do artigo 39 do CPM, eis que, no caso em tela, era razoavelmente exigível do acusado uma conduta diversa, por exemplo, acionando superiores hierárquicos no sentido de localizar o médico que deveria estar de plantão.

Também não é possível absolver-se o acusado com base no estado de necessidade de terceiro, pois como sabido, tratando-se de causa excludente da ilicitude, deve haver prova segura da sua ocorrência, algo que inexistente nestes autos. Vê-se no depoimento de fls. 132/134, bem assim nas próprias palavras do acusado (fls. 126/128), que, **embora o acusado de fato tenha tentado ajudar os pais da Sra. Daniela, o pedido não foi feito em tons de urgência, de risco de vida, de extrema necessidade, capazes de levar o acusado a imaginar que aquela prática ilícita, de falsificar a receita, seria a única saída possível para evitar um perigo iminente.**

De outra sorte, faz-se cogente que se atenda o pedido formulado pelo MPM e pela DPU no sentido de afastar-se a agravação determinada pelo parágrafo 1º do artigo 311 do CPM. Isso por conta do princípio da proporcionalidade, pela pouca repercussão de seu ato, pelos motivos que determinaram sua conduta, tudo a indicar que a Justiça não seria feita se a pena aplicada ao mesmo ultrapassar os dois anos, levando a sua exclusão do Exército e a impossibilidade de ser reconhecido ao mesmo o direito ao sursis.

Em decorrência das razões expostas, colocadas antes mesmo do começo da efetiva dosimetria da pena, tem-se como correto, neste caso, fixar a pena-base em dois anos, mormente por se tratar de acusado primário, de bons antecedentes, que confessou desde início a prática delitiva, com personalidade que evidentemente não está voltada para o crime, fixando-se esta pena como definitiva, sendo convertida em prisão por igual período, ex vi do disposto no artigo 59, inc. II, do CPM.

Isso posto, DECIDE O CPJ-EX, POR MAIORIA DE VOTOS (3x2), CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO CONDENATÓRIO CONTIDO NA DENÚNCIA, PARA CONDENAR O ACUSADO ALESSANDRO AMARAL ALUYZA PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 311, CAPUT, DO CÓ-

DIGO PENAL MILITAR, À PENA DE 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, CONVERTIDO EM PRISÃO POR IGUAL PERÍODO EX VI DO ARTIGO 59, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

Fica reconhecido ao acusado o direito ao sursis, desde que aceitas as seguintes condições:

APRESENTAR-SE A ESTE JUÍZO A CADA 90 (NOVENTA) DIAS;

NÃO SE AUSENTAR DO TERRITÓRIO DA JURISDIÇÃO DESTE JUÍZO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO;

NÃO FREQUENTAR CASAS DE BEBIDAS ALCOÓLICAS OU DE JOGO;

NÃO PORTAR ARMAS OFENSIVAS OU INSTRUMENTOS CAPAZES DE OFENDER, EXCETO EM SERVIÇO;

NÃO MUDAR DE RESIDÊNCIA SEM PRÉVIO AVISO A ESTE JUÍZO.

Havendo revogação do benefício, caso o acusado tenha dado baixa, a pena deverá ser cumprida integralmente em regime aberto.”.

O Capitão do Exército RÔMULO MARCONDES DE FRANÇA votou vencido nos seguintes termos (fl.174):

“Votei vencido - Entendi que no caso em tela ocorreu uma excludente de culpabilidade, eis que estivesse sozinho em sua seção, não conseguisse localizar o médico que deveria realizar o atendimento e, de fato, conforme demonstram os autos, a medicação fosse necessária para manutenção da saúde de um casal de idosos. Em razão disso, absolvi-o”.

Por sua vez, a 1º Tenente GABRIELA MARIANA SANTOS MODESTO também votou vencida, nos seguintes termos:

“Tenho a certeza que o acusado não agiu com dolo, que ele jamais pretendeu falsificar um documento público, mas que tentou ajudar de forma graciosa um casal de idosos. Jamais o acusado pretendeu atentar contra a administração militar, ao contrário, sua ação foi altruísta e humana. Em razão disso, absolvi o acusado, com fundamento no artigo 439, ‘b’ do CPPM”.

A Sentença foi lida e assinada em 29 de outubro de 2012, presente o Acusado e ausentes o MPM e a Defesa (fl. 176).

A Defensoria Pública da União tomou ciência da Sentença em 9 de outubro de 2012 (fl. 180) e interpôs recurso de Apelação no mesmo dia (fl. 179).

Em suas Razões, apresentadas em 22 de novembro de 2011 (fls. 184/190), pugna pela exclusão da culpabilidade, entendendo estar presente a inexigibilidade de conduta diversa por parte do Recorrente, pois, conforme narrado em seu depoimento, seria comum no FUSEX utilizar o carimbo de um médico nas guias médicas. Aduziu que no ato da renovação de receituário médico o recorrente agiu corretamente tentando localizar o médico que estaria de sobreaviso e, não logrando êxito, diante do desespero da civil, não encontrou outra saída a não ser *“transcrever a receita anterior e utilizar o carimbo do médico que estava no FUSEX, apondo nela uma rubrica à guisa de uma mera validação do carimbo (tal com se fez nos cartórios) e tentar provavelmente localizar o médico. Como não conseguiu, entregou-lhe a receita como estava”*.

Alegou que a conduta do Réu é compreensível e justificável diante dos fatos narrados e da situação delicada em que ele se encontrava; que o Conselho Permanente de Justiça não proferiu um julgamento justo, pois o Recorrente foi condenado por ter tido uma atitude altruísta.

Alegou, ainda, que, diante do nervosismo da civil DANIELA DE FREITAS COELHO e da gravidade da situação, agiu somente para proteger direito alheio, no caso a vida do Capitão reformado do Exército DANIEL CÉSAR COELHO, de perigo iminente, configurando-se o estado de necessidade, pois buscou proteger a saúde de um ser humano diante do quadro de depressão em que este se encontrava.

Requer a absolvição do Recorrente nos termos do art. 439, alínea “d”, do Código de Processo Penal Militar.

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar afirmou que não merecem prosperar os argumentos da Defesa, pois, apesar da alegação de que *“era comum na FUSEX a prática de usar o carimbo de um médico”* (fl. 186) e que o Acusado em *“nenhum momento sabia que a conduta que praticava era crime”* (fl. 187), restou comprovado que o 3º Sgt ALESSANDRO, no exercício da função de enfermeiro do dia, emitiu uma falsa prescrição médica, utilizando-se de um formulário de receituário do Exército, bem como o carimbo do 2º Tenente Médico VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA; que a alegação de que era comum a prática de utilização de carimbo e receituário médico pelos militares, no âmbito da

FUSEX, não restou comprovada, bem como o alegado estado de necessidade de terceiros.

Pugna, ao final, pelo não provimento do recurso interposto, mantendo-se a decisão proferida (fls. 194/197).

A SEJUD certificou, à fl. 203, que nada consta em relação ao Acusado.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de 19 de março de 2013, da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, opina pelo conhecimento e desprovimento da Apelação interposta pela Defensora Pública da União, mantendo-se incólume a Sentença Condenatória do Conselho Permanente de Justiça por seus fundamentos jurídicos próprios.

É do Parecer (fls. 207/213), *in verbis*:

“(...) Em que pese o inconformismo do Condenado, a Sentença recorrida não merece reparos.

No que pertine à alegação da Defesa no sentido de que inexistiu falsificação, porquanto o acusado após apenas uma rubrica na receita médica, temos de ter em vista todo um contexto gráfico capaz de iludir o fornecedor do medicamento.

Conforme se constata do Laudo Pericial de fls. 73/80, tratou-se de um ‘(...) Receituário médico carbonado, (...) contendo em seu canto inferior direito o carimbo do médico VINÍCIUS L. E. DE FARIA, Asp Of Médico (CRM 145761), (...) e rubricado com caneta esferográfica preta (...)’ (fl. 77). À fl. 15, verifica-se que o referido documento possui o Brasão da República, subscrito pelos dizeres ‘MINISTÉRIO DA DEFESA’ e, logo abaixo, ‘EXÉRCITO BRASILEIRO’.

Afinal, não se trata, por exemplo, de um cheque falsificado que deve ser apresentado em um banco para confronto com uma ‘ficha de autógrafos’, mas de um documento com grafia verossímil e condizente com um receituário legítimo, no qual, pela praxis do mercado, presume-se verdadeira a receita. Tanto é assim, que o remédio foi normalmente adquirido, sendo a falsidade descoberta pelo médico somente quando nova receita foi necessária. Saliente-se a lição do mestre MIRABETE a respeito da matéria:

‘Falsificação imperfeita: existência do crime - TJSP: “Falsificado o documento com a intenção de

imitar o verdadeiro, e se a falsificação, ainda que não perfeita, for capaz de enganar o homem médio, não se pode tê-la como grosseira” (RT 727/458)’ (Apud CÓDIGO PENAL INTERPRETADO - MIRABETE, J. F., Ed. ATLAS, 2000, pág. 1591).

No tocante ao estado de necessidade de terceiro, também não pode prosperar a alegação defensiva, uma vez que, conforme as palavras do receitante legítimo do medicamento, Dr. VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA (fls. 129/131): ‘(...) que deu a prescrição embora não verificasse no paciente DANIEL “uma ideação suicida”, que no seu entender não se tratava de uma emergência médica quando ele depoente prescreveu o uso de paroxetina ao senhor Daniel (...)’. Não obstante esse médico se referisse a momento anterior no qual não havia situação de emergência, constata-se que no dia em que o Apelante atendeu a civil Daniela, os pais dela, os quais desejavam a receita, não estavam presentes, inferindo-se daí que, igualmente, não havia emergência na obtenção da receita. Seguindo-se a mesma linha de raciocínio, considera-se inaplicável ao fato a excludente de inexigibilidade de conduta diversa, também porque o paciente poderia ser encaminhado a outro médico ou mesmo a outro nosocômio. Dessa forma, não merecem prosperar os argumentos defensivos, restando evidente o dolo que orientou a conduta do Apelante.

Em vista do exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento e desprovemento da Apelação interposta pela Defensoria Pública da União, mantendo-se incólume a Sentença Condenatória do Conselho Permanente de Justiça, por seus fundamentos jurídicos próprios.”.

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

É o Relatório.

VOTO

No mérito, trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União, no tocante à condenação do 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 311, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

A Sentença foi lida e assinada em 29 de outubro de 2012 (fl. 176). A Defensoria Pública da União foi intimada em 6 de novembro de 2012 (fl. 177v) e interpôs recurso de Apelação em 12 subsequente (fl. 179).

Em síntese, tem-se que o Apelante, no dia 25 de agosto de 2011, falsificou uma receita médica emitindo-a em nome do 2º Tenente Médico VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA, a pedido da civil DANIELA DE FREITAS COELHO, que compareceu ao posto médico da Guarnição da Baixada Santista e solicitou ao Apelante que renovasse uma prescrição de medicamento de uso controlado, destinado ao seu pai, o Capitão da Reserva DANIEL CÉSAR COELHO, quando apresentou a prescrição anterior, regularmente emitida pelo 2º Tenente Médico VINÍCIUS EMYGDIO. Em vista do acontecido, o 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA foi denunciado no art. 311, § 1º, do CPM e condenado como incurso no art. 311, *caput*, do CPM.

A Defensoria Pública da União, em grau de recurso, pugnou pela absolvição do Apelante, com fulcro no art. 439, alínea “d”, do CPPM, por existir circunstância que exclua a culpabilidade do acusado.

Contudo, razão não lhe assiste.

Conforme restou apurado, o Apelante em seu depoimento, às fls. 126/128, confirmou que preencheu um receituário médico, da mesma forma como constava de uma receita que lhe foi apresentada pela civil DANIELA DE FREITAS COELHO, apondo o carimbo do Tenente Médico VINÍCIUS LOPES EMYGDIO LOPES DE FARIA e, em seguida, rubricando-a.

Admitiu que foi ele próprio quem preencheu o receituário e reconheceu o documento, constante à fl. 15, como uma cópia daquele que foi por ele preenchido. Ademais, admitiu prontamente, quando descoberta a falsidade, ser ele o autor.

Ao ser ouvido em Juízo (fls. 129/131) na qualidade de testemunha, o Tenente Médico VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA declarou ter sido procurado pela Srª DANIELA, que lhe apresentou um receituário médico igual ao que consta à fl. 15 dos autos, solicitando-lhe uma renovação da receita. Verificou, então, que aquela caligrafia não era sua, muito menos a rubrica lançada em cima do seu carimbo.

Afirmou ainda que, no âmbito do FUSEX, seu carimbo fica à disposição da seção, mas que desconhece por completo a possibilidade de um graduado apor uma rubrica a carimbos de oficiais médicos com intuito de validar guias médicas, e que jamais admitiu tal prática. Por fim, confirmou que a rubrica aposta em seu carimbo nada tem de similar à sua rubrica ou assinatura.

Por sua vez, a estudante **DANIELA DE FREITAS COELHO** (fls. 132/134) declarou, *in verbis*:

*“(...) que, ao voltar, **o acusado preencheu o receituário com o nome do paciente e a dosagem, que justamente a cópia de fls. 18 corresponde ao receituário preenchido pelo acusado, que viu o acusado preencher a receita, mas não viu assinar nem apor qualquer carimbo à mesma, acreditando que a assinatura e o carimbo já estivessem na folha do receituário (...)** que, **sem saber que a prescrição médica teria sido falsificada, procurou o então Ten Vinícius e foi através deste que soube que a receita seria falsificada e, como tal, deveria ser retida para comprovar eventual prática delitiva, (...)**” (sem negrito no original).*

Apesar de a Defesa ter alegado que era comum a prática de usar no FUSEX um carimbo médico nas guias médicas, sendo esse proceder um costume na organização militar, tal fato não restou comprovado. Ao contrário, conforme se extrai da declaração do médico VINÍCIUS EMYGDIO, em depoimento prestado no Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM, apesar de seu carimbo, eventualmente, ficar à disposição da Seção, *“(...) desconhece por completo a possibilidade de um graduado apor uma rubrica a carimbos de oficiais médicos no sentido de validar guias médicas (...)*” e que o depoente *“jamais admitiu tal prática”* (fls. 129/130).

Ao ser ouvido na fase do IPM (fls. 27/28), perguntado como seu carimbo foi parar nas mãos de terceiros, respondeu que *“usualmente os carimbos dos médicos do Batalhão ficam à disposição do FUSEX, para confecção de guias médicas, onde são carimbadas e depois levadas para a assinatura do médico responsável”*.

Ademais, mesmo que essa alegada prática fosse de fato verdadeira, tal argumento não seria suficiente para justificar a emissão de um falso receituário médico.

Quanto à tese defensiva de que o Apelante agiu movido pelo estado de necessidade de terceiro e pela inexigibilidade de conduta diversa, ela também não restou comprovada nos autos. De acordo com o depoimento prestado pelo médico VINÍCIUS EMYGDIO, não se tratava de uma emergência médica quando prescreveu o medicamento “paroxetina” ao Sr. DANIEL, pois esse medicamento é um antidepressivo e a sua interrupção, apesar de prejudicial, em momento algum caracterizaria estado de necessidade.

Corroborando esse entendimento, destaco trecho da Sentença a quo que adoto, também, como razão de decidir, *in litteris*:

*“(...) Não é possível acatar-se o pedido de absolvição do acusado com base na hipótese do artigo 39 do CPM, eis que, no caso em tela, era **razoavelmente exigível do acusado uma conduta diversa, por exemplo, acionando superiores hierárquicos no sentido de localizar o médico que deveria estar de plantão.***

*Também não é possível absolver-se o acusado com base no estado de necessidade de terceiro, **pois como sabido, tratando-se de causa excludente da ilicitude, deve haver prova segura da sua ocorrência, algo que inexistente nestes autos.** Vê-se no depoimento de fls. 132/134, bem assim nas próprias palavras do acusado (fls. 126/128), que, **embora o acusado de fato tenha tentado ajudar os pais da Sra. Daniela, o pedido não foi feito em tons de urgência, de risco de vida, de extrema necessidade, capazes de levar o acusado a imaginar que aquela prática ilícita, de falsificar a receita, seria a única saída possível para evitar um perigo iminente.**” (sem negrito no original).*

No mesmo sentido, transcrevo trecho do Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, *in verbis*:

*“(...) No tocante ao estado de necessidade de terceiro, também não pode prosperar a alegação defensiva, uma vez que, conforme as palavras do **receitante legítimo do medicamento, Dr. VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA** (fls. 129/131): ‘(...) que deu a prescrição **embora não verificasse no paciente DANIEL “uma ideia suicida”, que no seu entender não se tratava de uma emergência médica quando ele depoente prescreveu o uso de paroxetina ao senhor Daniel** (...)’. Não obs-*

tante esse médico se referisse a momento anterior no qual não havia situação de emergência, constata-se que, no dia em que o Apelante atendeu a civil Daniela, os pais dela, os quais desejavam a receita, não estavam presentes, inferindo-se daí que, **igualmente, não havia emergência na obtenção da receita. Seguindo-se a mesma linha de raciocínio, considera-se inaplicável ao fato a excludente de inexigibilidade de conduta diversa, também porque o paciente poderia ser encaminhado a outro médico ou mesmo a outro nosocômio.** Dessa forma, não merecem prosperar os argumentos defensivos, restando evidente o dolo que orientou a conduta do Apelante (...).

Referindo-se ao estado de necessidade de terceiros, Guilherme de Souza Nucci assim se posiciona:

“é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiros, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível”.

O que, no caso, comprovadamente, não é o que se depreende da conduta do agente.

No que diz respeito ao afastamento da agravante constante do parágrafo 1º do artigo 311 do CPM¹⁴, pedido inclusive requerido pelo MPM em sede de alegações orais, embora tenha o Apelante cometido o delito de falsificação de documento, agiu bem o Conselho de Justiça em afastá-la, fundamentando no *“princípio da proporcionalidade, pela pouca repercussão de seu ato e pelos motivos que determinaram sua conduta, tudo a indicar que a Justiça não seria feita se a pena aplicada ao Apelante ultrapassasse os dois anos, culminando com a sua exclusão do Exército e a impossibilidade de ser reconhecido ao mesmo o direito ao sursis.”* (fl. 172).

A autoria e a materialidade do delito ficaram amplamente demonstradas tanto pela confissão em Juízo quanto pelas provas testemunhais, bem como o laudo de fls. 76/89, que comprova que os lançamentos realizados na peça de exame (falso atestado) são idênticos aos da peça de confronto (página 9, do livro de partes diária do enfermeiro de dia), preenchida pelo Apelante.

¹⁴ Art. 311. (...).

Agravação da pena

§ 1º A pena é agravada se o agente é oficial ou exerce função em repartição militar.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo para manter íntegra a Sentença que condenou o Apelante ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, 3º Sgt Ex, à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 311, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em negar provimento ao apelo defensivo para manter irretocável a Sentença hostilizada.

Brasília, 15 de agosto de 2013 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO¹⁵ DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
APELAÇÃO Nº 30-47.2012.7.02.0202-SP

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Apelação interposta pelo 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que, por maioria de votos, condenou-o à pena de 2 anos de prisão, como incurso no art. 311, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o regime prisional inicialmente aberto.

O recurso é tempestivo, cabível e interposto por parte legítima e interessada. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

De início, cumpre ressaltar que o então indiciado 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA não fora advertido sobre a garantia constitucional ao silêncio quando de sua oitiva no Inquérito Policial Militar, vindo a produzir, dessa forma, provas contra si próprio.

Em momento anterior ao IPM, o acusado fora ouvido, em 18/11/2011, nos autos de Sindicância, como testemunha (fls. 29/30). Ainda no bojo dela, ele foi notificado, em 21/11/2011, “sobre sua mu-

¹⁵ Com alterações na versão da revista.

dança de situação”, ou seja, passou da condição de testemunha para a de sindicado (fl. 21).

Em 30/1/2012, entretanto, já nos autos do Inquérito Policial Militar, o 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA não foi ouvido como indiciado, mas sim como testemunha, tendo, inclusive, de firmar o compromisso de dizer a verdade. Leia-se o Termo de Inquirição de Testemunha de fls. 55/56:

“(...) compareceu a testemunha abaixo nomeada que foi inquirida sobre a Port. nº 174-Sind, de 10 de Nov 11 em anexo, a qual lhe foi lida, declarando o seguinte: ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, 3º Sgt, (...) depois do compromisso de dizer a verdade, declarou que sim”.

Pois bem, certo é que uma Sentença fundamentada em prova colhida somente na fase inquisitorial merece ser reformada. *In casu*, porém, verifico que o depoimento do réu no IPM não exerceu qualquer influência no convencimento do Conselho de Justiça, até porque a Decisão vergastada, sequer, a ele se referiu.

O *Decisum a quo*, *ex vi* do princípio do livre convencimento motivado, fundamentou-se em provas outras para condenação, deixando evidenciado não ter se baseado no depoimento do então indiciado inquirido como testemunha, nem mesmo para corroborar os demais instrumentos probatórios do processo.

Nesse conspecto, imprescindível a análise do ponto à luz do postulado *pas de nullité sans grief*. Conforme prescrevem os arts. 499 e 502 do CPPM, não será declarada a invalidação do ato judicial quando da mácula inexistir prejuízo para a defesa, ou o ato processual agredido não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Daí que, por força do princípio do prejuízo, somente se cogita de nulidade nas hipóteses em que a falha apontada seja de extrema seriedade, gerando manifesto prejuízo à parte, de modo que a sua não cassação importe em grave risco à efetividade do devido processo legal processual e substancial, o que, nem de longe, ocorreu nestes autos.

Na *quaestio sub examine*, não vislumbrei qualquer afronta ao *due process of law*, especialmente em sua versão substancial, porquanto a impureza encontra-se, tão só, em sede de investigação preliminar, não tendo exercido qualquer influência sobre o Conselho de Justiça.

Confirmam-se as jurisprudências pátrias:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CITAÇÃO. RÉU EVADIDO. REVELIA. Pedido de anulação do processo penal militar a que responde o Paciente civil, a partir da decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército que decretou a sua revelia, alegando-se que a defesa técnica foi impedida de conhecer os fundamentos dessa decisão. (...) O Termo de Audiência possibilita o conhecimento dos fundamentos da decisão que decretou a revelia, não havendo qualquer prejuízo à Defesa. **Se não há prejuízo, não há nulidade, em face do postulado pas de nullité sans grief, consagrado no art. 499 do CPPM.** Não vislumbrado o constrangimento ilegal apontado. Pedido conhecido. Ordem denegada por falta de amparo legal. Unânime.” (STM: HC nº 133-35.2012.7.00.0000, Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, DJe de 17/10/2012) (grifo nosso).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL MILITAR. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POSSE DE DROGA EM RECINTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008 E DO NÃO RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) 2. **O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.** (...) 4. Habeas corpus denegado.” (STF: HC nº 113593, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17/4/2013) (grifo nosso).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. BIS IN IDEM ACUSATÓRIO. ALEGADO OFERECIMENTO DE DUAS DENÚNCIAS INEXISTENTE, MERA PROTOCOLIZAÇÃO SIMULTÂNEA DE OUTRA PEÇA MINISTERIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NEGATIVA DE VISTA DOS AUTOS NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE ILE-

GALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 5. **Alegações genéricas de nulidade sem comprovação nos autos não dão ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief.** 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ): HC nº 194695, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 30/4/2013) (grifo nosso).

A prova judicial do processo foi totalmente independente da oitiva em IPM.

Para além, impende observar ser o inquérito policial peça meramente informativa e prescindível para deflagração da *persecutio criminis*. Em virtude disso, eventual vício nessa fase procedimental constitui mera irregularidade, sem o condão de invalidar a ação penal devidamente instaurada e instruída de acordo com os princípios e garantias constitucionais a ela inerentes.

A propósito, jurisprudências desta Corte Castrense, do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: APELAÇÃO. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM PODER DOS APELANTES EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INFRINGÊNCIA DO ART. 290 DO CPM. INCONFORMISMO DA DEFESA. MANTENÇA DA CONDENAÇÃO ‘A QUO’. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESSES. - **Rejeitada preliminar de nulidade do Feito ‘ab initio’ por ausência de comunicação ao flagranteado do direito de permanecer em silêncio. Nulidades ocorridas no IPM não têm o condão de contaminar todo o Feito. Condenação que se pautou nos elementos de prova colhidos na fase judicial, sob o manto do contraditório e ampla defesa. ‘Nulidades ocorridas durante o inquérito policial não contaminam o processo penal, eis que após a prolação da sentença condenatória, esta é que deve ser atacada por eventuais nulidades’.** Precedente do STF. Decisão unânime. Improvimento do Apelo defensivo. Decisão unânime.” (STM: Apelação nº 17-87.2008.7.02.0202, Relator Ministro José Alfredo Lourenço dos Santos, DJe de 24/11/2009) (grifo nosso).

“EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. PREFEITO. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. CONCURSO FORMAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REGIME PRISIONAL. DIREITO SUBJETIVO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INDULTO. CRIME CONTINUADO. PENAS ALTERNATIVAS. CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO. 1. **Depois de instaurada a ação penal, eventual vício ocorrido no inquérito policial não mais subsiste. A matéria preclui.** (...) Negado provimento.” (STF: RHC nº 80919/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ de 14/9/2001) (grifo nosso).

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DO SELO OU SINAL PÚBLICO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PACIENTE OUVIDO NO INQUÉRITO COMO TESTEMUNHA. DIREITO AO SILÊNCIO NÃO OBSERVADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO OBSERVADO. NATUREZA INQUISITIVA E PRESCINDÍVEL DO INQUÉRITO. ORDEM DENEGADA. I. **Hipótese na qual a defesa pugna pela nulidade da denúncia elaborada com base no depoimento do paciente como testemunha em inquérito policial, condição na qual não se garante o direito ao silêncio.** II. **Eventuais irregularidades verificadas no decorrer do inquérito policial não contaminam a ação penal, considerando o fato de que o procedimento inquisitivo apenas se presta a fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal, podendo, inclusive, ser dispensado.** III. **Ordem denegada.**” (STJ: HC nº 207461, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 10/5/2012) (grifo nosso).

Destarte, sem embargo da inobservância pelo encarregado do IPM da garantia *nemo tenetur se detegere*, prossigo para análise do mérito recursal propriamente dito.

A autoria e a materialidade delitivas restaram comprovadas, sendo incontroverso que o 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA praticou o crime de falsificação de documento quando, no dia 25 de agosto de 2011, encontrava-se de serviço na função de enfermeiro de dia do ambulatório do PMGu e a civil Daniela de Freitas Coelho compareceu ao local solicitando-lhe renovação de um receituário para seu genitor, o Cap R1 Daniel César Coelho, tendo-lhe apresentado a prescrição anterior,

regularmente emitida pelo médico 2º Ten Vinícius Lopes Emygdio de Faria.

Naquela data, feriado militar do dia do soldado, não havia médico de plantão, somente de sobreaviso, ocasião em que o apelante buscou contato telefônico com o profissional de saúde, não logrando êxito. Assim, prescreveu de próprio punho a receita solicitada pela civil, copiando os termos da anterior e utilizando-se do carimbo do experto, apondo um “traço” sobre seu nome para dar aparente validade à receita.

A contrafação foi descoberta pelo próprio médico, procurado, posteriormente, pela civil Daniela de Freitas Coelho, em 7/11/2011, para renovação da falsa prescrição médica emitida pelo sujeito ativo.

Pois bem, a tipificação do delito de falsificação de documento, estatuído no art. 311 do Código Repressivo Castrense, visa tutelar a fé pública dos atos e documentos expedidos pela Administração. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, fundamentado na vontade livre e consciente de praticar a conduta delituosa. A mencionada fé pública consiste na credibilidade depositada na instituição pela sociedade como um todo, bem como pelos órgãos estatais e privados.

Em interrogatório judicial, o denunciado reconheceu a prática delitiva, confessando ter prescrito o receituário livre e conscientemente. Leia-se:

“(...) que no período da tarde compareceu a esse posto a civil Daniela que desejava a renovação de uma receita médica para seu pai, que o remédio em questão é controlado, que o interrogando tentou entrar em contato com o médico que estava de sobreaviso, que ligou para este mas não conseguiu contato, que diante daquela situação, exclusivamente no intuito de ajudar a civil, evitando assim que o pai da mesma ficasse sem sua medicação, preencheu um receituário médico, da mesma forma como viu preenchido um receita anterior que lhe foi apresentada pela civil, apondo a este o carimbo do então aspirante oficial médico Vinícius Lopes Emygdio de Faria, que não procurou de forma alguma imitar a caligrafia do médico em questão, mas após ao carimbo uma rubrica sua mesmo.”.

A prova testemunhal, de igual forma, corroborou o falso perpetrado pelo apelante. Neste teor, trecho do depoimento de Vinícius Lopes Emygdio de Faria:

“(...) que foi procurado pela senhora Daniela que apresentou-lhe um receituário médico idêntico aquele apostado por cópia a fl. 15 dos autos o qual na oportunidade foi mostrado ao depoente, solicitando-lhe uma renovação da receita, ele depoente verificou que aquela caligrafia não era sua muito menos a rubrica lançada em cima do seu carimbo.” (fls. 129/131).

Outrossim, a oitava da testemunha Daniela de Freitas Coelho:

“(...) que no dia dos fatos procurou o Fusex que foi atendida pelo acusado, que procurou o Fusex para obter uma prescrição médica para seu pai e sua mãe, ambos com problemas de depressão, que a dosagem do medicamento paroxetina para seu pai é de 10mg e para sua mãe de 20mg, que inicialmente o acusado disse que iria contatar o médico que estava de sobreaviso, que o acusado saiu por instante da sala deixando a depoente para fazer esse contato com o médico, que ao voltar, o acusado preencheu o receituário com o nome do paciente e a dosagem, que justamente a cópia de fls. 18 corresponde ao receituário preenchido pelo acusado, que viu o acusado preencher a receita, mas não viu assinar nem apor qualquer carimbo à mesma, acreditando que a assinatura e o carimbo já estivessem na folha do receituário.” (fls. 132/134).

O Laudo Pericial de fls. 73/89, ao confrontar o falso receituário com a parte diária do enfermeiro de dia ao PMGu, asseverou, verbis:

“II – QUESITO

- SE OS LANÇAMENTOS CONSTANTES DO RECEITUÁRIO FORAM FEITOS PELA MESMA PESSOA QUE REDIGIU A PARTE DIÁRIA DO ENFERMEIRO DE DIA AO PMGu/SÃO VICENTE-SP, DO SERVIÇO DO DIA 25 PARA 26 AGO 11.

(...)

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

- Tendo em vista os elementos de ordem materiais observados e examinados, estes peritos inferem que:

- O texto constante na Peça de Exame apresenta semelhanças em relação ao contido na Peça de Confronto, pois o seu andamento gráfico é semelhante em ambas as peças, também é possível afirmar que seu ritmo, velocidade e dinamismo são bastante semelhantes nas peças analisadas.

- Em face da verossimilhança constantes na peça de exame (Anexo 'A') em relação ao contido na peça de confronto (Anexo 'B'), é de se afirmar que os textos são provenientes do mesmo punho.

VII – RESPOSTA AO QUESITO:

- Sim. Os lançamentos realizados na peça de Exame (Anexo 'A') são idênticos aos da Peça de Confronto (Anexo 'B'), conforme especificado pelo item considerações finais”.

Noutro giro, a aposição de uma rubrica do próprio recorrente ou mesmo de um simples “traço” sobre o carimbo médico não são capazes, *in casu*, de caracterizar o crime impossível.

Isso porque o falso iludiu o fornecedor do medicamento, tanto que a civil Daniela de Freitas Coelho retornou ao FUSEX desejando obter novo receituário para seu pai, razão pela qual o ilícito foi descoberto.

Nesse sentido, o parecer ministerial, de fls. 207/213, bem observou que o Laudo Pericial, de fls. 73/89, aduziu tratar-se de um “*Receituário médico carbonado, (...) do MINISTÉRIO DA DEFESA, contendo em seu canto inferior direito o carimbo do médico VINÍCIUS L. E. DE FARIA, Asp Of Médico (...) e rubricado com caneta esferográfica preta*”.

Da cópia do receituário acostada aos autos, verifica-se que o documento “*possui o Brasão da República, subscrito pelos dizeres ‘MINISTÉRIO DA DEFESA’ e, logo abaixo, EXÉRCITO BRASILEIRO*”, consoante à aludida manifestação da PGJM.

Melhor sorte não assiste ao recorrente no concernente à caracterização da excludente de ilicitude.

Dispõe o art. 43 do CPM que:

“*Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.*”.

Não obstante o Código só haver se referido ao perigo atual, a doutrina majoritária compreende o perigo iminente como apto a caracterizar o estado de necessidade. Ocorre que esse perigo há de ser compro-

vado pela “necessidade imediata de proteção, ou seja, a constatação, também pelo juízo de pessoa inteligente, de que a não ação naquele momento ensejaria maior risco ou efetivo dano ao bem jurídico”¹⁶.

A despeito de o agir do acusado ter sido considerado altruísta, o processo não demonstrou que o genitor da civil Daniela de Freitas Coelho corria risco de vida se ficasse sem a medicação prescrita pelo réu. A respeito, trecho do depoimento da aludida testemunha (fls. 132/133):

“(...) que seus pais quando não medicados à época dos fatos, ficavam tristes, sendo que um problema familiar os levou a uma fase de depressão na qual precisavam fazer uso do medicamento, medicamento que por orientação médica está suspenso no presente momento (...) que foi seu próprio pai que pediu para que a depoente tentasse renovar a receita no fusex, eis que naquele dia não pudesse sair do trabalho e sua mãe não ter carteira de habilitação.”.

Nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt¹⁷ leciona que o perigo futuro não pode justificar o estado de necessidade, *verbis*:

“Perigo passado ou futuro não pode justificar o estado de necessidade. Se o dano ou perigo já se efetivou, a ação do agente somente estará legitimada para impedir sua continuação. Se o perigo for futuro, poderá até não se concretizar; se for passado caracterizará vingança. Em qualquer dessas hipóteses falta-lhes a característica da atualidade, permitindo a utilização de outros recursos menos danosos para afastar o perigo.”.

Para invocação do estado de necessidade, imprescindível que o perigo atual ou iminente não possa ser afastado de outro modo, o que aqui não se configurou, pois o pai da civil estava trabalhando e, sequer, compareceu ao posto médico.

Nesse diapasão, merece desacolhimento a tese de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que era razoavelmente exigível do agente agir oposto ao perpetrado, já que deveria ter ele insistido em acionar o médico plantonista ou, ao menos, comunicado o fato aos superiores hierárquicos para que localizassem o profissional de saúde. Restando infrutí-

¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 370.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 409.

feras as tentativas, o recorrente ou seus superiores deveriam encaminhar a civil a outro posto de saúde.

De outra banda, sustentou a DPU ser prática comum no âmbito do FUSEX o uso do carimbo médico para preenchimento dos receituários, de modo a caracterizar um costume na Organização Militar.

A alegação da defesa, contudo, não ficou comprovada. Ao revés, a testemunha Vinícius Lopes Emygdio de Faria informou desconhecer a possibilidade de um graduado apor rubrica sobre carimbos de oficiais médicos, de modo a validar guias médicas, sendo que ele jamais admitiu tal prática (fls. 129/131).

Ainda que realmente a praxe da OM fosse no sentido noticiado pelo apelante, ela não seria capaz de levar a atipicidade da infração penal.

Segundo entendimento doutrinário, o costume consiste na prática reiterada de uma regra de conduta constante e uniforme.¹⁸ Quando confrontado com a lei, ele recebe três classificações, a saber: a) *secundum legem* – o costume tem respaldo na própria lei; b) *praeter legem* – o costume destina-se a suprir lacunas legais, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”); e *contra legem* – o costume contrário à lei.

Com efeito, o costume *contra legem* não pode ser encarado como *ab-rogativo*, porquanto a fonte do direito mediata não tem o condão de revogar a fonte imediata.

Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*:

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

Por igual, a doutrina ensina não possuir o costume força normativa a ponto de revogar legislação em vigor. Confirma-se o magistério de Rogério Greco¹⁹:

¹⁸ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 180; e GRECO, Rogério, *apud* MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1. p. 15.

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1. p. 15.

“Discute-se, comumente, se os costumes têm o poder de revogar as leis, ou, melhor dizendo, se a prática reiterada de determinadas condutas teria o condão de afastar a aplicação da lei penal. O jogo do bicho é o exemplo clássico daqueles que defendem a tese dessa possibilidade. Em que pesem algumas posições contrárias, o pensamento que prevalece, tanto na doutrina quanto em nossos tribunais, é no sentido da impossibilidade de se atribuir essa força aos costumes.

(...)

Assim, não se pode falar em revogação de leis pelos costumes, mas tão somente por outra lei.”.

Sobre o tema, Cezar Roberto Bitencourt²⁰:

“Questão que não raro surge refere-se à possibilidade de os costumes revogarem alguma lei penal. Na verdade, o costume contra legem não tem nenhuma eficácia, pois somente uma lei pode revogar outra lei. A despeito de algum entendimento em sentido contrário, sustentamos tratar-se de um grande equívoco do passado, completamente superado pela própria evolução político-criminal, que encontrou outros mecanismos para a solução desse tipo de questões, como o princípio da adequação social, que mantém intacta a segurança dogmática do direito penal da culpabilidade.”.

Nesse diapasão, a alegação defensiva não merece prosperar, certo que eventual costume da OM, se existente fosse, não poderia revogar delito tipificado na *Lex Specialis*.

O agir do réu é, portanto, típico, antijurídico e culpável, inexistindo reconhecimento de crime impossível, de estado de necessidade de terceiro, de inexigibilidade de conduta diversa ou de revogação do delito pelo costume *contra legem*.

Sem embargo, há de considerar ter sido a ação do apelante altruísta e, além de tudo, praticada em um contexto peculiar que, se não foi possível excluir o crime, ao menos, torna desnecessária a aplicação da pena ao caso concreto.

Consoante relato do agente, a civil Daniela de Freitas Coelho compareceu ao posto de saúde da OM, extremamente nervosa, sollicitan-

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, pp. 181/182.

do-lhe renovação de receituário médico que havia sido prescrito naquele mesmo local.

Confiram-se trechos do seu depoimento, ouvido, inclusive, na condição de testemunha na fase inquisitorial, com o consequente compromisso de dizer a verdade, *verbis*:

Termo de Inquirição de Testemunha (fls. 55/56): “(...) que no dia 25 de agosto de 2011, não recordando o horário, uma senhora, de baixa estatura, branca, de cabelo preto, bem nervosa, veio no PMGu de posse de uma receita anterior, solicitando que renovasse o pedido da medicação utilizado seus pais. (...) A senhora então solicitou que acionasse o médico, pois, precisava do medicamento e não sabia que naquele dia não tinha expediente e que o posto estava sem médico. (...) Perguntado se conhecia a indicação clínica e efeitos colaterais do medicamento receitado, respondeu que sim, que é um medicamento anti-depressivo e que possui efeitos colaterais”.

Termo de Qualificação e Interrogatório (fls. 126/127): “(...) que no período da tarde compareceu a esse posto a civil Daniela que desejava a renovação de uma receita médica para seu pai, que o remédio em questão é controlado que o interrogando tentou entrar em contato com o médico que estava de sobreaviso, que ligou para este mas não conseguiu contato, que diante daquela situação, exclusivamente no intuito de ajudar a civil, evitando assim que o pai da mesma ficasse sem sua medicação, preencheu um receituário médico, da mesma forma como viu preenchido um receita anterior que lhe foi apresentada pela civil, apondo a este o carimbo do então aspirante oficial médico Vinícius Lopes Emygdio de Faria, que não procurou de forma alguma imitar a caligrafia do médico em questão, mas após ao carimbo uma rubrica sua mesmo”.

Comprovando o temperamento “nervoso” da aludida civil, a testemunha Vinícius Lopes Emygdio de Faria, aduziu, *verbis*:

Termo de Inquirição de Denunciante (fls. 53/54): “(...) a Sra. Daniela insistiu veementemente para que eu fornecesse a receita mesmo na ausência de seu pai, e que prescrevesse também para sua mãe, que nunca havia sido minha paciente. Diante de minha recusa firme, porém sempre a tratando com educação e respeito, a Sra. Daniela irritou-se e retirou-se do ambulató-

rio do PMGu, levando consigo a receita de Paroxetina que seria objeto de investigação. Solicitei a ela que deixasse a receita em meu poder, ao que ela se recusou. Visto que a Sra. Daniela estava em posse da prova de um possível crime, tomei as medidas para tentar reaver a receita, solicitando ao CMT da Guarda Sgt Lucena que impedisse sua saída do 2º BIL. A Sra. Daniela dirigiu-se diretamente à sala da RP, de onde fez ligações telefônicas de seu celular. O Oficial de Dia, Ten Fente, foi comunicado e compareceu ao local. Nós dois nos dirigimos a sala da RP e tentamos convencer a Sra. Daniela a devolver a receita, ao que ela novamente se recusou. Após alguns minutos, compareceu a RP o Cap. Souza Cruz, a chamado da própria Sra. Daniela. Ainda na sala da RP o Cap. Souza Cruz ouviu toda a versão da Sra. Daniela e retirou-se com ela da sala em direção à saída do batalhão, onde conversaram por alguns minutos e então ela lhe entregou a receita”.

Depoimento Judicial (fls. 129/131): “que foi procurado pela senhora Daniela que apresentou-lhe um receituário médico idêntico àquele aposto por cópia a fl. 15 dos autos o qual na oportunidade foi mostrado ao depoente, solicitando-lhe uma renovação da receita, ele depoente verificou que aquela caligrafia não era sua muito menos a rubrica lançada em cima do seu carimbo (...) que no atendimento que deu à senhora Daniela na qual a mesma pedia uma renovação de receituário para seu pai, houve um primeiro momento amistoso, mas quando o depoente disse que ficaria com a receita apresentada por se tratar de uma possível prova de uma prática delitiva a mesma reagiu de forma negativa, saiu do local e o depoente teve que tomar providências no sentido de impedir a saída da mesma do quartel com o receituário falsificado, que a senhora Daniela acabou se acalmando graças à intervenção do capitão Souza Cruz que seria amigo da família da civil, sendo que esta acabou por entregar o receituário adulterado (...)” (fls. 129/131).

Por outro lado, extrai-se dos depoimentos do recorrente e da testemunha Daniela de Freitas Coelho, respectivamente:

Termo de Inquirição de Testemunha (fls. 55/56): “(...) Perguntado se conhecia a senhora ou algum de seus familiares, respondeu que não. (...) Perguntado qual o motivo que o levou a assinar a receita, respondeu que tinha como intenção somente ajudar a senhora, sem ter ganhos pessoais”.

Termo de Qualificação e Interrogatório (fls. 126/127):
“(...) que diante daquela situação, exclusivamente no intuito de ajudar a civil, evitando assim que o pai da mesma ficasse sem sua medicação, preencheu um receituário médico, da mesma forma como viu preenchido uma receita anterior que lhe foi apresentada pela civil (...) que nunca antes fez nada parecido e como já dito agiu dessa forma exclusivamente com o objetivo de ajudar o pai da civil Daniela, que a civil Daniela estava nervosa, ansiosa para obter o receituário para seu pai, que como já dito, admitiu prontamente quando descoberta a falsidade do documento, ser ele interrogando o autor da falsificação (...)”.

Depoimento Judicial (fls. 132/134): *“que foi no dia dos fatos que teve o primeiro contato com o acusado, que não foi oferecida nem solicitada qualquer tipo de vantagem para a ‘renovação da receita’ (...)”* (fls. 132/134).

Assim, na data do ocorrido, feriado do dia do soldado, não havia médico de plantão na Unidade Militar, só de sobreaviso, ocasião em que o apelante tentou entrar em contato telefônico com o profissional de saúde, sem sucesso. Daí, no intuito de ajudar, prescreveu de próprio punho a receita solicitada pela civil, que se encontrava nervosa por conta do quadro de saúde de seu genitor, impulsionado por um gesto humanitário.

Não foi por outro motivo que sua condenação pelo Conselho de Justiça deu-se em apertada maioria de votos (3x2), tendo dois Juízes Militares votado pela absolvição. Confira-se:

Juiz Militar Cap Rômulo Marcondes de França (fls. 174/175): *“Votei vencido – Entendi que no caso em tela ocorreu uma excludente de culpabilidade, eis que estivesse sozinho em sua seção, não conseguindo localizar o médico que deveria realizar o atendimento e, de fato, conforme demonstram os autos, a medicação fosse necessária para manutenção à saúde de um casal de idosos. Em razão disso, absolvi o acusado, com fundamento legal no artigo 439, ‘d’, do CPPM c/c o artigo 39 do CPM”.*

Juíza Militar 1º Ten Gabriela Mariana Santos Modesto (fl. 175): *“Votei vencida – Tenho a certeza que o acusado não agiu com dolo, que ele jamais pretendeu falsificar um documento público, mas que tentou ajudar de forma graciosa um casal de*

idosos. Jamais o acusado pretendeu atentar contra a administração militar, ao contrário, sua ação foi altruísta e humana. Em razão disso, absolvi o acusado, com fundamento legal no artigo 439, 'b', do CPPM".

Assim, muito embora tenha havido fato típico, ilícito e culpável podendo dar ensejo à punição do agente (teorias retributivas da pena), a aplicação da sanção mostra-se inútil e desnecessária, sobretudo porque o recorrente é indivíduo ajustado ao convívio social (teorias relativas da pena), e não um delinquente.

Ora, o funcionalismo penal extrai do Direito Penal sua tarefa mais importante: o ajustado funcionamento da sociedade. Isso, aliás, revela-se mais importante do que a mera mecanização da interpretação da lei pelo aplicador do Direito.

Consoante o modelo pós-finalista moderado capitaneado por Claus Roxin (Escola de Munique) e explicitado por Cezar Roberto Bitencourt:

"(...) o Direito Penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos fins que o legitimam. Por isso, sustenta que quando as soluções alcançadas no caso concreto, por aplicação dos conceitos abstratos deduzidos da sistematização dogmática, sejam insatisfatórias, elas podem ser corrigidas de acordo com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Em outras palavras, a configuração do sistema de Direito Penal passa a ser estruturada teleologicamente, atendendo a finalidades valorativas.

Desse modo, a dogmática deixa de estar estritamente vinculada à exegese do Direito positivo, ou a conceitos deduzidos da natureza das coisas, para incorporar, como parâmetro valorativo, as finalidades que o Direito Penal busca alcançar, permitindo, em última instância, que a solução do caso concreto se amolde em maior medida às finalidades do sistema penal. Nas palavras do autor, 'quando as finalidades regentes do sistema convertem-se diretamente em configuradoras do sistema, fica garantida de antemão a justiça na decisão do caso concreto [...] já que toda constelação de casos é reconduzida ao fim da lei'. Com base nesse postulado, Roxin defende que o sistema poderá inclusive chegar a descartar aquelas soluções que, mesmo sendo

coerentes com a dedução sistemática, sejam incompatíveis com seus princípios garantistas e fins político-criminais”²¹.

Por decorrência, no que tange à aplicação do agravo, no esteio da teoria unificadora dialética de Roxin, *verbis*:

“(…) o princípio da culpabilidade passa a ocupar uma função secundária – não fundamentadora – na teoria unificadora dialética de Roxin. Isto é, o princípio de culpabilidade deixa de estar vinculado à ideia de retribuição da culpabilidade, e passa a exercer tão só o papel de limite máximo da pena aplicada ao caso concreto, no sentido de que a duração desta não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, mesmo quando os fins preventivos o aconselhem. Ou, dito graficamente, ‘a sensação de justiça à qual corresponde um grande significado para a estabilização da consciência jurídico-penal exige que ninguém pode ser castigado com maior dureza do que merece; e merecida é somente uma pena conforme com a culpabilidade’. Em contrapartida, sob a perspectiva dos fins da pena, Roxin defende que não existe impedimento nenhum a que a pena seja fixada, no caso concreto, em limite inferior ao grau de culpabilidade. Dessa forma, a pena adequada à culpabilidade nunca poderá ser aumentada, mas pode ser reduzida de acordo com fins preventivos”²².

In specie, a reprimenda aplicada em seu patamar mínimo, revela-se injusta e despicienda, despossuidora de caráter ressocializador para o apelante, tão só retributivo, causando-lhe um mal justo por ter ele causado um mal injusto.

Ocorre, contudo, afigurar-se desnecessário, e mesmo antidemocrático, o mal justo, pelo que entra em cena o princípio da bagatela imprópria.

Para o aludido postulado, muito embora esteja plenamente delimitada a infração penal militar com todos os seus elementos, a imposição sancionatória exsurge como dispensável.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

²² *Ibidem*, p. 156.

Trata-se de medida excepcional a ser aplicada, dadas as circunstâncias da espécie, sendo, por isso, a justiça do caso concreto.

O fato deve ser analisado à luz da necessidade da sanção, regra fundamental de Direito Penal aplicável à Justiça Castrense, consoante o art. 59, *caput*, do CP comum, *verbis*:

*“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**”* (grifo nosso).

Vê-se, pois, que a insignificância imprópria jamais será valorada sob o plano abstrato, somente poderá incidir caso a caso. Outrossim, pressupõe a inaplicabilidade da bagatela própria, porquanto o sujeito praticou fato formal e materialmente típico, ilícito e culpável, além de a persecução penal ter sido regularmente processada. Sem embargo, a apenação torna-se inoportuna.

Na insignificância própria, o fato, desde o início, já se constitui irrelevante para o Direito Penal, sendo atípico. Na imprópria, a conduta é típica e, a princípio, merece ser reprimida penalmente por apresentar desvalor da ação e do resultado. No entanto, após o crime, a mínima culpabilidade do agente, a valoração favorável das circunstâncias judiciais, a inexistência de antecedentes criminais, a reparação do dano, a reduzidíssima reprovabilidade do comportamento, a confissão do delito e a colaboração com a Justiça, a inexistência de repercussão social, a prisão provisória, o ônus da persecução penal sobre o sujeito, dentre outros, revelam a desnecessidade da reprimenda.

Nesse conspecto, o magistério de Luiz Flávio Gomes:

“2. Infração bagatelar imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).

(...)

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da

culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer conjuntamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria, porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância. Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida a posteriori o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, em princípio, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.”²³ (grifo nosso).

Nesse diapasão, a jurisprudência vem aplicando a insignificância imprópria, sem olvidar de sua excepcionalidade, analisada de *per se* em cada processo. Vejam-se os precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

“PENAL E PROCESSUAL. ART. 334 DO CÓDIGO DE PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA (ART. 20 DA LEI 10.522/2002) E DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. APLICABILIDADE. CONDUTA ATÍPICA E DESNECESSIDADE DE PERSECUÇÃO CRIMINAL E DE PUNIÇÃO. 1. Na linha do entendimento consolidado pela colenda 4ª Seção desta Corte, quando o valor do imposto iludido for igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, inexistente justa causa para a persecução penal pela suposta prática do crime de descaminho (art. 334 do CP), pois atípica a conduta. 2.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

Para aplicação do princípio da irrelevância penal do fato, imperiosa a conjugação de determinados fatores, tais como ínfima culpabilidade, perdimento dos bens em prol do fisco, primariedade do agente, dentre outros. 3. Sendo o fato típico, antijurídico e culpável mas preenchendo o acusado tais requisitos, por razões legais e de política criminal, também em face do princípio da proporcionalidade e irrelevância penal do fato, torna-se desnecessária a continuidade da persecução penal e da punição, consoante autorização expressa contida no art. 397, IV, do CPP, bem como na parte final do art. 59 do CP.” (TRF4: Correição Parcial nº 200904000235584, Relator Desembargador Sebastião Ogê Muniz, Sétima Turma, DE de 21/10/2009) (grifo nosso).

“EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES – FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS – AGENTE QUE PRATICOU ASSALTO POR SER VICIADO – RÉU RECUPERADO – AMEAÇA MÍNIMA – RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR – RÉU PRIMÁRIO – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – DEMORA EXCESSIVA E INJUSTIFICÁVEL NA CONCLUSÃO DO PROCESSO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – DEFERIMENTO. *Tratando-se de crime de roubo ocorrido há mais de cinco anos, onde o agente, hoje recuperado, praticou assalto para sustentar o vício de drogas, exercendo ameaça mínima, já que apenas colocava a mão por debaixo da camiseta, dando a entender que portava algum instrumento, aplica-se o princípio da bagatela imprópria, sendo desnecessária a imposição da pena, mormente por se tratar de réu primário e a res furtiva ser de pequeno valor, além do feito ter se estendido por prazo desarrazoado, não obstante sua simplicidade e total ausência de complexidade. Deferimento.*” (TJMS: Revisão Criminal nº 2008.002829-1/0000-00, Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes, Seção Criminal, DJ de 18/6/2008) (grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL. ART. 334 DO CP. DESCAMINHADO. INSIGNIFICÂNCIA. DESCABIMENTO. ART. 18, § 1º, DA LEI Nº 10522/02. CULPABILIDADE. PRINCÍPIO DA IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA

*REPRIMENDA NO CASO CONCRETO. 1. Materialidade e autoria devidamente demonstradas, uma vez que o réu introduziu em território nacional mercadorias de procedência estrangeira, desacompanhadas da documentação legal. 2. Incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o valor dos tributos sonegados ultrapassa o parâmetro contido no artigo 18, § 1º, da Lei nº 10.522/02. Precedentes do STJ. 3. **Sendo a conduta típica e antijurídica e não havendo excludentes, mostra-se de rigor o reconhecimento da culpabilidade do agente. 4. Todavia, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, bem como ter sido esta a primeira e única vez que o agente se envolveu numa infração penal, além de ter respondido ao processo sem criar qualquer obstáculo, inclusive confessando expressamente o delito, por razões de política criminal e em face do princípio da proporcionalidade e da irrelevância penal do fato, excepcionalmente, torna-se desnecessária a aplicação da pena no caso concreto, conforme estatuído na parte final do artigo 59 do Código Penal.**" (TRF4: ACR nº 20037003009 9216, Relator Desembargador Élcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, DE de 17/10/2007) (grifo nosso).*

Na mesma esteira, a despeito de não a ter aplicado ao fato concreto, também o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de incidência da bagatela imprópria, *verbis*:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS POSITIVOS. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO DA DESNECESSIDADE DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. **I. O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos. II. No vertente caso, o Tribunal a quo reconheceu a incidência do princípio da bagatela imprópria quanto ao crime de lesão corporal, tendo em vista que este se processa mediante ação penal pública condicionada. Contudo, deixou de aplicar o citado princípio para o crime de cárcere privado, por se tratar de***

delito que se processa através de ação penal pública incondicionada. III. A ação penal pública incondicionada não se submete ao juízo de oportunidade e conveniência da vítima para se manifestar sobre seu interesse na persecução penal do autor do fato criminoso. IV. Ademais, o paciente não reúne requisitos subjetivos positivos, pois foi condenado anteriormente por outros delitos igualmente graves, o que não permite o reconhecimento da desnecessidade da pena. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.” (Habeas Corpus nº 222.093, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe de 14/8/2012) (grifo nosso).

In specie, os seguintes requisitos são concorrentes para a incidência do princípio da insignificância imprópria: ínfima culpabilidade do agente que praticou a conduta com objetivo exclusivamente altruísta (reconhecida em Sentença); coação moral, ainda que resistível, por parte da civil Daniela de Freitas Coelho (pessoa de personalidade “nervosa”) em obter receituário para seu pai, que, por sua vez, é Capitão da reserva; ser o acusado primário de bons antecedentes (fls. 106, 107-v, 113, 119 e 123-v) (reconhecido em Sentença); mínima repercussão social do fato tanto no meio civil como no seio da tropa (reconhecida em Sentença); valoração favorável das circunstâncias judiciais; confissão do delito no bojo da Sindicância, do Inquérito Policial Militar e da Ação Penal Militar (reconhecida em Sentença); inexistência de personalidade voltada para o crime (reconhecida em Sentença); e ônus do indiciamento na fase inquisitorial e da persecução penal sobre o recorrente.

Tal como colocado, o binômio suficiência/necessidade descortina-se para a punição e o aprendizado do apelante, não havendo, por isso mesmo, que lhe aplicar a pena de 2 (dois) anos de prisão.

A função principal da sanção penal é precisamente reintegrar o condenado à sociedade, instruindo-o para a pacífica convivência social. Nestes autos, a apenação teria o exclusivo intuito retributivo, causando um mal supostamente justo a alguém perfeitamente ajustado a vida em comunidade. Não atingiria, por consequência, sua finalidade precípua.

Certo é “que por muitas vezes o rigorismo da lei não faz justiça ao caso concreto. Dar ao caso concreto o justo julgamento, é o papel do Poder Judiciário, é a função dos tribunais. Caso contrário, para que servem os juízes?” (TJMS: Revisão Criminal nº 2008.002829-1/0000-00, Relator

Desembargador Romero Osme Dias Lopes, Seção Criminal, DJ de 18/6/2008).

Aqui, notória a injustiça da reprimenda a violar os princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, insertos no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, inciso XLVI, da Lei Maior.

Destarte, deixo de aplicar a pena imposta ao 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA, por considerá-la desnecessária, em atenção ao princípio da insignificância imprópria, extinguindo sua punibilidade. Ressalvo, todavia, a apreciação do fato na esfera administrativa disciplinar.

Ex positis, votei vencida pelo conhecimento e provimento do Recurso da Defesa para, reformando a Sentença hostilizada, absolver, com base no art. 439, alínea *f*, do CPPM, o 3º Sgt Ex ALESSANDRO AMARAL ALUYZA da conduta descrita no art. 311, *caput*, do CPM, ressaltando a apreciação do fato na esfera administrativa disciplinar.

Superior Tribunal Militar, 15 agosto de 2013.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
APELAÇÃO Nº 30-47.2012.7.02.0202-SP

Votei convergente, acompanhando a eminente Ministra-Revisora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, pela absolvição do 3º Sgt ALESSANDRO AMARAL ALUYZA do crime previsto no art. 311, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, alínea “d”, do CPPM.

Entendo que o militar teria agido sob o Estado de Necessidade Putativo e não era merecedor de uma condenação à pena de 2 (dois) anos de reclusão pelo crime de falsificação de documentos, pelos motivos que passo a expor.

Em síntese, o Apelante encontrava-se exercendo a função de enfermeiro-de-dia, no ambulatório do Posto Médico da Guarnição da Baixada Santista, e prescreveu uma receita médica, de próprio punho, à Civil DANIELA DE FREITAS COELHO, utilizando de sua própria assinatura,

mas com o carimbo do 2º Tenente-Médico VINÍCIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA. Tudo no intuito de ajudar aquela Civil que precisava da medicação para seus genitores.

O Acusado confessou o delito durante seu interrogatório perante a Autoridade Militar, ouvido na qualidade de testemunha (fls. 29/30) e, também, diante do Conselho Permanente de Justiça para o Exército (fls. 126/127), não havendo nada em contrário quanto à negativa da autoria delitiva.

As testemunhas corroboraram com a formação da convicção do Conselho de que o 3º Sgt ALESSANDRO cometeu o tipo penal do art. 311 do CPM, conforme depoimentos prestados em Juízo e acostados às fls. 129/131, do Tenente Médico VINICIUS LOPES EMYGDIO DE FARIA, e às fls. 132/133 da Civil DANIELA DE FREITAS COELHO.

A materialidade ficou comprovada pelo Laudo Pericial lançado às fls. 74/89.

Dessa forma, em tese, a conduta praticada pelo Apelante seria típica, antijurídica e culpável. Contudo, verifico que o Acusado somente praticou o delito porque acreditava estar salvando uma vida ao fornecer a receita à Civil DANIELA. Naquele momento, não havia sequer médico para atendimento na Unidade Militar que pudesse fornecer a guia do receituário. Nessa situação, a vida a ser salva se apresentava, para o 3º Sargento ALESSANDRO, como um bem maior a ser preservado, em detrimento da Administração Militar.

Soma-se ao fato o desespero pelo qual estava se apresentando a Civil DANIELA DE FREITAS COELHO naquele momento, conforme relatado pelo 3º Sargento ALESSANDRO, *in verbis*: “(...) agiu dessa forma exclusivamente com o objetivo de ajudar o pai da civil Daniela, que a civil Daniela estava nervosa, ansiosa para obter o receituário para seu pai (...)”.

Apesar de o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, por maioria de votos (3x2), ter condenado o Apelante, dois Juízes-Militares que compunham aquele Órgão perceberam que a conduta praticada pelo graduado não merecia uma resposta penal e votaram pela sua absolvição, com os seguintes fundamentos:

RÔMULO MARCONDES DE FRANÇA – Capitão do Exército, às fls. 174/175:

“Votei vencido – Entendi que no caso em tela ocorreu uma excludente de culpabilidade, eis que estivesse sozinho em sua seção, não conseguisse localizar o médico que deveria realizar o atendimento e, de fato, conforme demonstram os autos, a medicação fosse necessária para a manutenção da saúde de um casal de idosos. Em razão disso, absolvi o acusado, com fundamento legal no artigo 439, ‘d’ do CPPPM c/c o artigo 39 do CPM”.

GABRIELA MARIANA SANTOS MODESTO – 1º Tenente, à fl. 175:

“Tenho a certeza que o acusado não agiu com dolo, que ele jamais pretendeu falsificar um documento público, mas que tentou ajudar de forma graciosa um casal de idosos. Jamais o acusado pretendeu atentar contra a administração militar, ao contrário, sua ação foi altruísta e humana. Em razão disso, absolvi o acusado, com fundamento legal no artigo 439, ‘b’ do CPPM”.

Verifico que o militar agiu diante do chamado Estado de Necessidade Putativo. Esse instituto, disciplinado pelo art. 43 do CPM, exclui a ilicitude do fato e o agente não pode ser punido criminalmente, *in verbis*:

“Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.”.

Naquele instante, para o militar, o perigo era atual e iminente. O Apelante não podia agir de modo diverso a não ser fornecer a receita médica para que a Civil pudesse comprar a medicação e amenizar o sofrimento de seus genitores que estavam sofrendo de forte depressão. Isso se depreende do relato da Civil DANIELA DE FREITAS COELHO, às fls. 132/133, prestado em Juízo, *in verbis*:

“(…) que procurou o fusex para obter uma prescrição médica para seu pai e sua mãe, ambos com problemas de depressão, que a dosagem do medicamento paroxetina para seu pai é de 10mg e para sua mãe de 20mg, que inicialmente o acu-

sado disse que iria contatar o médico que estava de sobreaviso, que o acusado saiu por instantes da sala deixando a depoente para fazer esse contato com o médico, que ao voltar, o acusado preencheu o receituário com o nome do paciente e a dosagem (...) que tentaram marcar uma consulta com uma médica conveniada ao fusex, mas essa consulta só ocorreria depois de dois meses e era necessário que seus pais mantivessem a medicação (...)”.

Esses esclarecimentos prestados pela Civil corroboram o meu convencimento de que a conduta praticada pelo graduado não representou crime militar, pois estava agindo pelo Estado de Necessidade Putativo.

O Acusado forneceu a receita à Sra. DANIELA acreditando estar salvando uma vida, que é um bem maior do que o crime que lhe foi imputado.

Diante de todo o exposto, votei convergente, acompanhando a Eminente Ministra-Revisora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, na absolvição do 3º Sgt ALESSANDRO AMARAL ALUYZA do crime previsto no art. 311, *caput*, do Código Penal Militar, porém com fundamento no art. 439, alínea “d”, do Código de Processo Penal Militar.

Faço, desse modo, a presente Declaração de Voto, para que fique constando dos autos nos termos do § 8º do art. 51 do RISTM.

Superior Tribunal Militar, 15 de agosto de 2013.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 52-22.2009.7.12.0012-AM

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

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Leandro Pinheiro Rosa, 1º Ten Aer, e de Douglas Sampaio Neil Júnior, 2º Ten Aer, como incurso no art. 176, caput, do CPM.

Apelado – A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 8/11/2012.

Advogado – Dr. Abdiel Afonso Figueira.

EMENTA

ARTIGO 176, CAPUT, DO CPM. OFENSA AVILTANTE A INFERIOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APELAÇÃO MPM. PROVIMENTO. Tem-se por inadmissível o reconhecimento da prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal como pretende a Defesa em contrarrazões. Tal instituto não é aceito pelos Tribunais Superiores. Precedentes. Preliminar rejeitada. Unânime. Comete o crime previsto no art. 176, caput, do CPM o Oficial que, em represália ao recruta que o sujou de lama após passar pelo treinamento conhecido como “falsa baiana”, e com a nítida intenção de humilhar o subordinado, determina que ele fique de quatro, na frente dos colegas de caserna para, em seguida, desferir-lhe um chute. Também responde pelo crime o Oficial que desencadeia a situação, ao ordenar que o recruta, enlameado, dê um abraço no superior, já prevendo a reação deste, pois, com tal ordem, criou o risco da superveniência da ofensa aviltante sofrida pela praça. Autoria e materialidade do delito amplamente demonstradas tanto pela confissão em Juízo quanto pelas provas testemunhais. Recurso ministerial a que se dá provimento para condenar, por unanimidade, o militar que executou a ação e, por maioria, o militar que criou o risco para a superveniência da ação delituosa.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição antecipada, arguida pela Defesa. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento ao recurso Ministerial, para condenar o 2º Ten Aer Douglas Sampaio Neil Júnior à pena de 1 ano, 3 meses e 8 dias de detenção, convertida em prisão, nos termos

do art. 59 do CPM, como incurso no art. 176, *caput*, c/c o art. 70, inciso II, alínea “i”, todos do CPM, e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 4 anos, devendo o militar cumprir as condições previstas no art. 626 da Lei Adjetiva Castrense, excetuada a da alínea “a”, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do Diploma Processual Castrense; e, **por maioria**, no tocante ao 1º Ten Aer Leandro Pinheiro Rosa, condená-lo à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 176 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea “a”, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime aberto para o caso de descumprimento das condições do *sursis*. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e Artur Vidigal de Oliveira votavam pelo conhecimento e parcial provimento do recurso Ministerial, para manter a Sentença recorrida que absolveu o 1º Ten Aer Leandro Pinheiro Rosa do crime previsto no art. 176, *caput*, do CPM, com base no art. 439, alínea “b”, do CPPM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará voto vencido. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Alvaro Luiz Pinto e Fernando Sérgio Galvão não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 73ª Sessão, 3/10/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição de LEANDRO PINHEIRO ROSA, 1º Ten Aer, e de DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, 2º Ten Aer, do crime previsto no art. 176, *caput*, do CPM.

Narra a exordial acusatória:

“Consta do incluso inquérito policial militar que em 24 de junho de 2009, por volta de 13H00, o 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, qualificado à fl. 260, agiu com rigor excessivo e expôs a perigo a saúde dos Recrutas do Curso de Formação de Soldados da BAPV, ao determinar que os mesmos ‘pagassem’ flexão no asfalto quente, sendo certo que o S2 GLEILSON FERREIRA MAGALHÃES, qualificado à fl. 17, apresentou queimaduras de segundo grau nas mãos (ct. fls. 67, 88, 91, 248 e 260).

Consta, ainda, que em 29 de junho 2009, durante o exercício de passagem pelo obstáculo ‘falsa baiana’, do Curso de Formação de Soldados da BAPV, o 1º Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA, qualificado à fl. 266, e o 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, qualificado à fl. 260, em acordo de vontades e unidade de desígnios, empreenderam maus-tratos ao S2 RODRIGO RODRIGUES FERREIRA, qualificado à fl. 62, ao fazê-lo cair da ‘falsa baiana’ (cf. fls. 40, 65, 246 e 247).

Consta, por fim, que, na mesma data, ao final do exercício de passagem pelo obstáculo ‘falsa baiana’, do Curso de Formação de Soldados da BAPV, o 1º Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA, qualificado à fl. 266, e o 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, qualificado à fl. 260, em acordo de vontades e unidade de desígnios, ofenderam, mediante ato de violência aviltante, o S2 IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR, qualificado à fl. 13 (cf. fls. 38, 56, 63, 67 e 299).

Segundo restou apurado no primeiro fato, ocorrido na data de 24 de julho de 2009, o Tenente NEIL chegou ao alojamento e determinou que os Recrutas desocupassem o mesmo para ser cedido à Força Nacional, dando o tempo de um minuto, o qual não foi cumprido pela tropa. Diante dessa situação, NEIL ficou zangado e determinou que os Recrutas ‘pagassem’ flexão no asfalto quente, sob o sol das 13h00. Um Soldado antigo avisou NEIL de que estava quente, ao que aquele oficial respondeu: ‘Deixa queimar’. As flexões, aproximadamente trinta, fizeram com que o Recruta MAGALHÃES apresentasse bolhas não mãos, o qual se dirigiu ao 1º Sargento ALEXANDRE FERNANDES DE ARRUDA mostrando-lhe as palmas das mãos, sendo que o gra-

duado determinou que o Recruta se dirigisse ao Esquadrão de Saúde.

No Esquadrão de Saúde, MAGALHÃES foi atendido pelo Aspirante VICTOR HUGO FINE JÚNIOR, o qual constatou que o Recruta havia sofrido queimadura de segundo grau nas mãos, com bolhas pequenas em uma mão e uma bolha grande na outra (fl.248).

Quanto ao segundo fato, ocorrido na data de 29 de junho de 2009, durante o exercício de passagem pelo obstáculo 'falsa baiana', enquanto o Recruta R FERREIRA, bastante enlameado, fazia a passagem pelas cordas, NEIL pisando em uma delas balançava-as com intuito de dificultar a execução do exercício, mesmo tendo o 3º Sargento LUIZ CARLOS VENT solicitado, por duas ou três vezes, para que o Oficial não fizesse aquilo. A atitude de NEIL provocou a queda de R FERREIRA, o qual, caindo de costas, sentiu muitas dores.

Enquanto R FERREIRA estava caído ao solo, o Tenente PINHEIRO, que a tudo assistia, aproximou-se do Recruta e disse para o mesmo: 'Levanta seu escamão', aquiescendo e aprovando a conduta de NEIL.

Quanto ao terceiro fato, ocorrido, também, em 29 de junho de 2009, ao término do exercício de passagem pelo obstáculo 'falsa baiana', os Recrutas, já bastante enlameados, foram mandados entrar em forma, sendo que o Recruta LOURENÇO, quando terminou o último obstáculo, foi chamado pelo Tenente PINHEIRO que apontou para o Tenente NEIL e determinou que LOURENÇO abraçasse aquele oficial.

LOURENÇO, mesmo com medo, abraçou o Tenente NEIL, ao que este ficou furioso e indagou: 'Você tá maluco?', e mandou LOURENÇO ficar de quatro. O Recruta obedeceu à ordem, permanecendo com as pernas fechadas. Momento em que NEIL cutucou as pernas de LOURENÇO para abri-las e, ato contínuo, desferiu um intenso pontapé, de baixo para cima, atingindo a região genital do Recruta.

Tal fato foi presenciado por diversos militares, sendo observado que o Tenente PINHEIRO ria bastante.

Assim agindo, livre e conscientemente, NEIL agiu com rigor excessivo e expôs a perigo a saúde dos Recrutas, quando determinou que os mesmos pagassem flexão no asfalto quente, ocasionando queimaduras de segundo grau em MAGALHÃES.

Da mesma forma, livres conscientemente, PINHEIRO e NEIL, ambos em comum acordo, empreenderam maus-tratos a R FERREIRA, quando cientes que não deveriam tocar nas cordas da falsa baiana, NEIL assim o fez com a aquiescência de PINHEIRO, ocasionando a queda do referido Recruta. Finalmente, livres e conscientemente, PINHEIRO e NEIL, ambos em acordo de vontades, ofenderam, mediante ato de violência, de modo aviltante, o Recruta LOURENÇO, quando NEIL determinou que este ficasse de quatro e, não contente com tal cena que, já de si, é aviltante, chutou-o na região genital, com a aquiescência e os risos de PINHEIRO.

Isto posto, DENUNCIO perante esse r. Juízo o 1º Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA e o 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, como incurso, o primeiro, nas penas do artigos 176, caput, 213, caput, do Código Penal Militar; e o segundo, como incurso nas penas dos artigos 174²⁴; 176, caput, e 213, caput²⁵, do Código Penal Militar.” (fls. 02/07).

O Relatório do IPM, acostado às fls. 317/330, concluiu que o S2 IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR efetivamente foi agredido com um chute nos testículos pelo Ten DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, durante a realização do exercício de campanha do curso de formação de Soldados/BAPV – 1ª Turma de 2009; que o Soldado GLEISON FERREIRA MAGALHÃES sofreu queimaduras de 2º grau nas mãos, após obedecer à ordem emanada pelo 2º Ten DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, de fazer flexões no asfalto quente, por volta das 13 horas do dia 24 de junho de 2009, fato esse confirmado por diversas testemunhas e pelo próprio Indiciado. Concluiu, ainda, que o S2 RODRIGO RODRIGUES FERREIRA sofreu uma queda durante a passagem pelo obstáculo conhecido como “falsa baiana”, após o 2º Ten DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR balançar as cordas no intuito de dificultar o exercício; que o 1º Ten LEANDRO

²⁴ Art. 174. Exceder a faculdade de punir o subordinado, fazendo-o com rigor não permitido, ou ofendendo-o por palavra, ato ou escrito:

Pena - suspensão do exercício do posto, por dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.

²⁵ Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

PINHEIRO ROSA, na condição de Oficial Coordenador, mandava que recrutas abraçassem instrutores e que outros instrutores assim agissem; que era conivente com ordens constrangedoras e que, até aquele momento, não havia tomado providências administrativas diante do chute desferido pelo Ten NEIL nos testículos do S2 LOURENÇO. Concluiu, por fim, que o referido militar faltou com a verdade em seu depoimento, às fls. 278/279, uma vez que a vítima, S2 LOURENÇO, e diversas testemunhas confirmaram que ele estava presente, mandou este soldado abraçar o Ten NEIL, tendo presenciado o exato momento em que tal abraço ocorreu.

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

Os Réus, ouvidos no Juízo da Auditoria da 12ª CJM, declararam, *in verbis*:

LEANDRO PINHEIRO ROSA (fls. 492/496):

*“(...) que não são verdadeiros os fatos narrados na exordial acusatória; que o interrogando não viu quando o S2 R. FERREIRA caiu da ‘falsa baiana’; que, depois de ficar sabendo da queda do S2 R. FERREIRA, bem como de que o mesmo já havia recebido pré-atendimento médico, o interrogando não mais teve qualquer contato com o referido soldado; que, em relação ao S2 MAGALHÃES, o interrogando não estava presente quando o mesmo veio a sofrer queimaduras em suas mãos, isto porque o interrogando já havia se retirado da BAPV e ido para a sua residência; que o interrogando soube deste fato através de um contato telefônico feito na parte da tarde daquele mesmo dia, 24/6/2009, por meio do 1S FERNANDES, que havia dito ao interrogando que, quando a tropa tinha sido ordenada a ‘pagar flexão’, um dos soldados (o S2 MAGALHÃES) havia sofrido queimaduras nas mãos (...) **que o interrogando determinou que alguns instruídos fossem ‘abraçar os instrutores’, como forma de agradecimento pelo término da instrução**, entretanto, o interrogando não lembra exatamente quais instruídos receberam tal determinação (‘não lembro se o S2 LOURENÇO estava entre eles’); que o interrogando não presenciou o outro acusado (Ten NEIL) dar algum pontapé na região genital do S2 LOURENÇO; (...) que, ao saber de tal fato, o interrogando, na segunda-feira seguinte, no âmbito da BAPV, perguntou pessoalmente ao Ten NEIL se eram verdadeiras as informações no senti-*

do de que este havia desferido um pontapé na região genital do S2 LOURENÇO, ao que o Ten NEIL respondeu negativamente; (que o interrogando, ao dizer para o S2 R. FERREIRA 'levanta, seu escamão', não sabia que este havia sofrido uma queda durante o exercício da 'falsa baiana' (...)) que o interrogando não chegou a comunicar tal fato (pontapé sofrido pelo S2 LOURENÇO) ao Comandante do BINFA da BAPV, (...) que diariamente, após as instruções, eram feitos relatórios verbais ao Comandante do BINFA, nos quais eram transmitidos os fatos pertinentes às instruções; que, nos relatórios em questão, o interrogando mencionou a queda na 'falsa baiana' sofrida pelo S2 R. FERREIRA, **não tendo mencionado a queimadura sofrida pelo S2 MAGALHÃES**, visto que a mesma não aconteceu no âmbito do acampamento e sim anteriormente; **que o suposto pontapé na região genital sofrido pelo S2 LOURENÇO também não havia sido relatado pelo interrogando**, pois, como dito, este só veio a saber do fato posteriormente, de uma maneira informal ('MSN'); que não sabe informar por qual motivo está sendo acusado da prática dos crimes de 'maus-tratos' e 'ofensa aviltante a inferior'; **que não era normal a prática dos instruendos em 'abraçar o instrutor'**; **que o interrogando, realmente, quando havia determinado que os instruendos abraçassem o Ten NEIL, o fez como forma de 'descontração'** (...) que, pela experiência do interrogando, este entende como 'normal' balançar a 'falsa baiana' como forma de dificultar o exercício; (...) que também era função do interrogando, na qualidade de coordenador, velar pela segurança das instruções (...) que, quando encontrou o S2 R. FERREIRA sentado, este estava encostado em uma árvore, passando a impressão ao interrogando de que estaria 'acochambrando', ou seja, passava a impressão de que, enquanto todos faziam o exercício, ele, o S2 R. FERREIRA, simplesmente ficava descansando (foi por este motivo que o interrogando falou 'levanta, seu escamão'); (...) que a altura das cordas em relação ao chão, quando o instruendo estava passando, é de aproximadamente um metro e meio; que geralmente as cordas são balançadas quando o instruendo encontra-se no meio da pista (...) que a determinação para os instruendos abraçarem os instrutores foi dada ao final da 'falsa baiana', quando os instruendos já se encaminhavam para reunirem-se em função do término do exercício; que, durante as instruções, os alunos são expressa-

mente orientados **a não cumprirem ordens abusivas** (...) que, quando o interrogando determinou aos instruídos que estes ‘abraçassem os instrutores’, o Ten NEIL, pelo que o interrogando lembra, distava aproximadamente ‘de dez a quinze metros’ deste. (...)” (negritos nossos).

DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR (fls. 497/502):

“(…) que confirma o depoimento prestado no bojo do IPM n. 74/09, ora lido ao interrogando (fls. 272/273 dos presentes autos); que, durante o exercício de flexões, o S2 MAGALHÃES em nenhum momento falou para o interrogando que estava sofrendo queimaduras em suas mãos (...) que o interrogando, em verdade, somente tomou conhecimento de que as mãos do S2 MAGALHÃES sofreram queimaduras de 2º grau no curso do inquérito policial militar (aquele soldado, em nenhum momento, fez qualquer tipo de comentário neste sentido com o interrogando); (...) que, na visão do interrogando, o ato de balançar as cordas da ‘falsa baiana’ sempre foi ‘normal’, devendo ser ressaltado que o interrogando, quando realizava tais tipos de exercício, era constantemente ‘balanceado’, sendo que tais procedimentos eram realizados pelos instrutores como uma forma de simular uma situação real de combate (...) que naquela ocasião muitos alunos caíam (...) que o interrogando não se lembra como se deu, especificamente, a queda do S2 R. FERREIRA, (...) que nenhum profissional de saúde fez qualquer tipo de comentário com o interrogando a respeito de alguma queda sofrida pelo S2 R. FERREIRA; **que o interrogando confirma ter sido abraçado pelo S2 LOURENÇO**, sendo que, naquela ocasião, o referido soldado não disse ao interrogando o motivo de tal abraço (...) que o interrogando foi surpreendido pelo mencionado abraço, cabendo asseverar que, em momento algum, havia dado qualquer tipo de ‘abertura’ ao S2 LOURENÇO para este tomar aquele tipo de atitude, razão pela qual o interrogando interpretou aquele ato (abraço) como uma forma desrespeitosa do subalterno tratar o seu superior hierárquico; que, quando recebeu aquele referido abraço, o interrogando questionou o S2 LOURENÇO, dizendo ‘você tá maluco?’; que o interrogando, na qualidade de instrutor, buscou exercer uma natural pressão psicológica no instruído, razão pela qual **determinou que este ficasse de quatro e deu um chute em sua região glútea, dizendo:**

*'sai correndo'; que o interrogando gostaria de esclarecer que o chute em questão em nenhum momento foi desferido com a intenção de causar qualquer lesão ao S2 LOURENÇO ('foi um chute fraco'), **muito menos teve o intento, naquela ocasião, de praticar qualquer ofensa aviltante ao mesmo; (...) que o chute em questão, como dito, não teve qualquer intenção de humilhar, muito menos de agredir** (tais procedimentos são comuns durante as instruções, inclusive no âmbito da Academia da Força Aérea, como forma de doutrinar, e não humilhar, o instruendo); que na segunda-feira seguinte, o Ten PINHEIRO (corréu) chegou a questionar o interrogando, dizendo a este ter tomado conhecimento de que o S2 LOURENÇO 'havia tomado um chute nos testículos', sendo que o interrogando respondeu, naquela ocasião, que não foi desferido qualquer chute na região genital do S2 LOURENÇO, explicando: 'não foi nada disso, **eu apenas dei um chute de leve na bunda dele, e mandei ele ir embora, só isso**'; que as flexões mencionadas na exordial (que resultaram em queimaduras nas mãos do S2 MAGALHÃES) foram realizadas 'mais ou menos no horário do almoço' (...) que naquela ocasião não se chegou a checar a temperatura do solo (...) que o interrogando entendeu que tais fatos (suposto chute sofrido na região genital pelo S2 LOURENÇO) não passavam de 'boatos' (...) que, após receber o chute na região glútea, o S2 LOURENÇO levantou-se e saiu correndo (o mesmo não estava 'mancando' nem apresentava nenhum sinal ou expressão de dor); que realmente existia um tópico nas normas do acampamento (inclusive nas NS) **que não permitia o contato físico dos instrutores com os instruendos**, sendo que tal orientação era 'bem simples e objetiva' (...) que era normal instruendo rastejar em algumas partes da pista de obstáculo; que, em relação ao S2 LOURENÇO, o interrogando acompanhou tal rastejo, ressaltando que, em nenhum momento, aquele soldado exibiu qualquer expressão de dor ou fez qualquer tipo de reclamação (...) que o rastejo em questão ocorreu aproximadamente dois minutos após o S2 LOURENÇO levar o chute na região glútea ('com certeza, se o chute fosse na região genital, com a intensidade relatada pelo S2 LOURENÇO, ele não teria a menor condição de rastejar'); (...) que o interrogando não sabe informar se o Ten PINHEIRO (corréu) encontrava-se próximo ao interrogando quando este desferiu um chute na região glútea do S2 LOURENÇO,*

dizendo mais ou menos o seguinte: 'vai embora' (o interrogando ressalta que não lembra exatamente qual expressão usou naquela ocasião com o S2 LOURENÇO); (...) que não era apenas o interrogando quem balançava as cordas da 'falsa baiana', pois, quando este estava exercendo alguma outra atividade (nem que fosse descansando), sempre havia outro militar com a função de balançar as mencionadas cordas, ressaltando inclusive que, quando o S2 R. FERREIRA caiu, o interrogando realmente não recorda se era ele, ou outra pessoa, quem se encontrava, naquele momento, exercendo a função de balançar as cordas (...) que, quando o S2 LOURENÇO recebeu o chute nas nádegas aplicado pelo interrogando, 'foi um pouco para frente e imediatamente levantou-se e saiu' ('ele não caiu'); que, após o chute em questão, o S2 LOURENÇO atravessou os seguintes obstáculos: 'passeio do macaco', 'pneus', 'parte íngreme' (na qual, como dito, atravessou rastejando por várias vezes), 'rastejo baixo com arame farpado', 'transposição de muro', 'transposição de troncos' e 'equilíbrio em troncos' (...) e em nenhum momento fez qualquer tipo de 'queixa', bem como o interrogando, também em nenhum momento, percebeu qualquer atitude daquele soldado que denotasse que este sentia algum tipo de dor; que, quando recebeu o chute nas nádegas aplicado pelo interrogando, o S2 LOURENÇO não 'gemeu' ou efetuou qualquer expressão que denotasse dor; (...)” (negritos nossos).

Os Ofendidos, ouvidos no Juízo da Auditoria da 12ª CJM, declararam de relevante, *in verbis*:

GLEISON FERREIRA MAGALHÃES (fls. 506/509):

“(...) que toda a tropa foi obrigada a 'pagar flexão' (...) **que todos na tropa acabaram, de uma forma ou de outra, queimando as mãos, sendo que a queimadura do declarante foi a mais grave (...); que, na hora do exercício, o declarante sentia que as suas mãos 'estavam queimando'** e tentava tirá-las do asfalto, falando com companheiros ao lado, bem como com o soldado mais antigo (que se encontrava de pé em frente à tropa), avisando que **'estava queimando'**; que o soldado mais antigo acima referido **avisou ao Ten NEIL que os integrantes da tropa estavam reclamando que o asfalto estava quente e suas mãos 'estavam queimando'**; que o referido oficial **'não fez**

nada; (...) que, logo após as flexões, as mãos do declarante ficaram 'queimando e muito vermelhas', **sendo que, 'por volta das três e meia, quatro horas da tarde', as bolhas começaram a aparecer, quando então o declarante mostrou-as ao 1S FERNANDES; (...)**" (negritos nossos).

IVANILDO LOURENÇO GOUVEIA JÚNIOR (fls. 517/521):

"(...) que, quando foi dada a ordem ao declarante, pelo Ten NEIL, para aquele 'ficar de quatro', o declarante observou que o referido tenente estava **'com bastante raiva'** (não foi uma ordem dada em tom de brincadeira); que, **naquele momento em que foi determinado ao declarante 'ficar de quatro', não havia nenhum médico presente no local; que imediatamente depois de receber o pontapé em sua região genital, o declarante não chegou a reclamar de dores ('simplesmente coloquei a mão e caí, quando então o Ten NEIL bateu com uma vara no meu capacete, dizendo levanta, levanta')**; que naquela sexta-feira em que recebeu o pontapé referido, o declarante não chegou a especificamente pedir ajuda médica, apenas manifestando reclamação quanto às dores que sentia; que o declarante pôde observar que o seu testículo esquerdo apresentou 'inchaço'; (...) **que, após receber o pontapé em sua região genital, o Ten NEIL determinou ao declarante: 'vai até a madeira', tendo este ido 'de quatro' até o final da pista, tendo que gritar 'trinta e três', percorrendo, 'de quatro' todo o percurso de volta;** (...) que, quando o Ten PINHEIRO determinou ao declarante que este 'abraçasse o Ten NEIL', aquele oficial o fez 'em tom de brincadeira'; que, naquele momento, o declarante **cumpriu a referida determinação do Ten PINHEIRO porque 'estava com medo';** (...) que, quando foi feita tal determinação, **o Ten PINHEIRO 'já estava rindo'**; que naquela ocasião o declarante, como dito, 'estava com medo' do Ten NEIL ('eu estava com medo dos dois, mas estava com mais medo do Ten NEIL'); que o declarante tinha medo do Ten NEIL 'porque ele era muito rígido com a gente' (o declarante menciona o específico episódio de a tropa 'pagar flexão' no asfalto quente (...) que, ao contrário do quanto dito em Juízo pelo Ten NEIL em seu interrogatório, **o chute desferido no declarante pelo referido oficial não foi um 'chute fraco' nem foi um chute desferido na 're-**

gião glútea' (como dito, o pontapé em questão foi na região genital, e 'foi forte'); que o declarante ratifica o quanto dito em sede inquisitorial, no sentido de que havia reclamado, na segunda-feira seguinte, ao 1S FERNANDES sobre suas dores nos testículos, solicitando a ida ao ES da BAPV, tendo aquele referido graduado dito ao declarante que havia conversado com o Ten PINHEIRO e o oficial em questão havia negado a ida do declarante ao Esquadrão de Saúde. (...) que, após levantar-se (depois de levar o chute), o declarante pôde observar que o Ten PINHEIRO 'estava rindo'; que não sabe dizer por qual motivo o Ten PINHEIRO estava rindo; que, mesmo o Ten PINHEIRO tendo dado aquela ordem ('abraçar o Ten NEIL') em 'tom de brincadeira', o declarante confirma ter 'ficado com medo' daquele oficial; (...) que o seu testículo esquerdo ficou inchado por aproximadamente quatro ou cinco dias depois de iniciar o tratamento com o anti-inflamatório; (...)" (sem negritos no original).

O Ministério Público Militar arrolou testemunhas que, ao serem ouvidas, declararam de relevante:

2S Aer CLÓVIS BEZERRA DE LIMA (fls. 522/528), *in verbis*:

"(...) que, nos vinte e três anos de Força Aérea Brasileira, o depoente nunca viu a situação de soldado 'ficar de quatro e receber pontapé de oficial'; que, considerando o tempo de FAB acima referido, o depoente entende que a situação em questão (pontapé) foi 'desnecessária'; (...)" (grifos nossos).

Soldado Aer AGEU PEREIRA DA SILVA (fls. 690/691): após confirmar seu depoimento prestado no IPM, reiterou que se encontrava distante aproximadamente 2 (dois) metros do S2 LOURENÇO, no momento em que ele foi chutado por trás pelo Acusado DOUGLAS NEIL SAMPAIO JÚNIOR; que o chute em questão foi dado quando LOURENÇO já estava de quatro. *"Ele já estava de quatro e depois saiu andando mancando"*; que o clima após o encerramento da instrução não era de descontração, sendo que todos se encontravam *"sérios"*.

Soldado Aer MARCELO OLIVEIRA DO NASCIMENTO (fls. 692/693): que se encontrava a aproximadamente 2 (dois) metros do S2 LOURENÇO no momento em que este foi chutado por trás pelo Acusado DOUGLAS

NEIL SAMPAIO JÚNIOR; que confirma que o Acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA permaneceu rindo após o chute desferido pelo 1º Acusado DOUGLAS NEIL no S2 LOURENÇO; que se encontrava junto à tropa quando NEIL determinou que a tropa “pagasse flexões no asfalto quente”, por volta das 13 horas, e que viu o S2 LOURENÇO com expressão de dor após o chute desferido contra ele.

1S Aer ALEXANDRE FERNANDES DE ARRUDA (fls. 698/699): confirmou ser verdadeiro o fato de que o S2 GLEILSON FERREIRA MAGALHÃES **dirigiu-se a ele mostrando as palmas das mãos em que havia uma “bolha” de queimadura que abrangia aproximadamente 1/3 da palma** e que o encaminhou ao Esquadrão de Saúde; que, em consequência desse fato, o S2 retornou com um curativo nas mãos, tendo sido dispensado de realizar esforços físicos; que foi procurado na segunda-feira pelo S2 IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR, que lhe informou que estava com “dor no saco”.

JUZIEL CIANQUETA DE SOUZA (fls. 772/778): que **presenciou o momento em que o S2 LOURENÇO recebeu ordem do Ten NEIL** para que ficasse de quatro, tendo sido chutado por este. Afirmou, ainda, que o S2 LOURENÇO reclamou de dor nos testículos e que os mesmos encontravam-se inchados e, em razão disso, foi ao hospital.

Em Alegações Escritas, às fls. 922/981, o *Parquet* militar pugnou pela condenação do Ten DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, como incurso no art. 174 do CPM (rigor excessivo) por haver ordenado que os recrutas “pagassem flexões” em asfalto quente, por volta das 13 horas, ocasionando, com essa conduta, lesões no S2 GLEISON FERREIRA MAGALHÃES.

Pugnou, ainda, pela condenação, com relação à agressão perpetrada contra o S2 IVANILDO LOURENÇO JUNIOR, por entender que houve ofensa aviltante a inferior, devendo sua conduta ser subsumida no art. 176 do CPM.

Com relação à conduta praticada pelo 1º Ten LEANDRO PINHEIRO ROSA, que assistiu e aquiesceu com os atos vergonhosos praticados por NEIL, além de ordenar ao recruta LOURENÇO que, sujo de lama, abraçasse o referido Tenente, o MPM considerou o fato típico, antijurídico e culpável, e postulou a condenação no art. 176 do CPM.

Quanto ao fato de balançar a corda durante a execução do exercício intitulado “falsa baiana”, para que os recrutas caíssem, o *Parquet* manifestou-se pela absolvição dos denunciados, aduzindo carência de provas suficientes a ensejar a condenação, pois não restou comprovado que o S2 R. FERREIRA caiu no momento em que NEIL e PINHEIRO balançavam a corda.

A Defesa por sua vez, em Alegações Escritas, preliminarmente, arguiu a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao crime tipificado no art. 174 do CPM, por haver decorrido lapso temporal superior a dois anos, com base nos arts. 123, inciso IV, e 125, inciso VII, todos do CPM. Com relação ao crime tipificado no art. 176 do CPM, arguiu pela prescrição intercorrente ou virtual, uma vez que, no seu entender, mesmo que os acusados sejam condenados à pena máxima, o crime em questão já se encontraria prescrito. No mérito, pugnou pela absolvição dos acusados “*dos crimes imputados*” (fls. 1.089/1.111).

Na Sessão de 8 de novembro de 2012, o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica, à unanimidade, extinguiu a punibilidade com fulcro no art. 123, inciso IV, do CPM, com relação ao delito capitulado no art. 174 do CPM imputado ao réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR.

Com relação ao crime previsto no art. 213 do CPM, julgou improcedente a Denúncia, por unanimidade, para absolver os acusados DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR e LEANDRO PINHEIRO ROSA, com base no art. 439, alínea “e”, do CPPM, ressaltando a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica).

Julgou, ainda, improcedente a Denúncia, por unanimidade, para absolver o réu LEANDRO PINHEIRO ROSA da imputação do crime previsto no art. 176 do CPM, fundamentando, por maioria (3x2), com base no art. 439, alínea “b”, do CPPM, ressaltando a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica).

Finalmente, julgou improcedente a Denúncia para absolver, por maioria (3x2), o acusado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR do crime previsto no art. 176 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM, ressaltando a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica).

O MM. Juiz-Auditor Substituto e o Presidente do Conselho votaram pela condenação do réu, 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, como incurso no art. 176 do CPM, condenando-o à pena de oito meses de prisão, com a concessão do benefício do *sursis* por dois anos e a garantia de apelar em liberdade (Ata de Julgamento às fls. 1.133/1.134).

A Sentença absolutória consta às fls. 1.136/1.160 e dela se extrai:

“(...) Preliminarmente, razão assiste à Defesa dos acusados ao sustentar a ocorrência do instituto da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito capitulado no art.174 do Código Penal Militar (‘Rigor excessivo’).

Com efeito, ao crime em questão foi cominada, pelo legislador, a sanção penal da suspensão do exercício do posto, por dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave (grifamos).

Por outro lado, de acordo com o inciso VII, do artigo 125, da Lei Penal Castrense, a prescrição da pretensão punitiva estatal delinea-se ‘em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano’. Insta consignar que o interregno temporal acima mencionado inicia-se pelo recebimento da exordial acusatória ofertada, à luz do § 5º, inciso I, daquele referido dispositivo legal. Com efeito, com tal recebimento tem-se configurada a ‘instauração do processo’.

Pois bem, in casu, a Denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar foi recebida neste Juízo em 10 de novembro de 2009 (fl. 02). Foi naquela data, portanto, que se instaurou o presente feito. Ora, evidente está que entre o dia 10/11/2009 e a presente data (8/11/2012) já se passou interregno temporal superior a 2 (dois) anos, razão pela qual, em relação ao crime acima referido, configurada está a causa extintiva de punibilidade descrita no art.123, inciso IV, do Código Penal Militar.

DO DELITO CAPITULADO NO ART. 213 DO CPM

Em relação ao segundo fato narrado na peça vestibular do Parquet Milicien, consubstanciado em supostos maus-tratos infringidos pelos réus DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR e LEANDRO PINHEIRO ROSA ao Soldado RODRIGO RODRIGUES FERREIRA em 29/6/2009, o que teria ocasionado uma queda sofrida por este último quando o mesmo estava a realizar treinamento

no obstáculo denominado 'falsa baiana', razão assiste ao Parquet Milicien em se manifestar pela absolvição daqueles aludidos réus.

Com efeito, de acordo com o unânime ponto de vista dos integrantes deste Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica, delinea-se correta a observação feita pelo Órgão Ministerial Castrense à fl. 981, relativamente ao réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, no sentido de que 'não restou estreme de dúvidas que NEIL balançava as cordas no momento do acidente'. A mesma observação pode perfeitamente ser estendida ao acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA.

Cabe ressaltar que análise dos depoimentos testemunhais insertos nos presentes autos permite o raciocínio acima esposado, com a adoção do vetusto brocardo 'in dubio pro reo'.

EMENTA: Apelação. Crime de Furto. "In dubio pro reo". Inconsistência da prova, quanto à determinação da autoria. Ausência da certeza. Aplicação, na hipótese, do "in dubio pro reo / Provimento ao Apelo, para absolver o Acusado, com supedâneo no art. 439, alínea 'e', do CPPM. Decisão unânime" (2002.01.049118-0/RJ, 24/10/2002. Apelação) (grifamos).

Ementa: Apelação. Furto qualificado. "In dubio pro reo". Inexistindo no processo elementos suficientes que conduzam à certeza sobre o agir dos Acusados, faz-se impositiva a absolvição com supedâneo no art. 439, alínea "e", dp/CPPM ("In dubio pro reo"). Decisão unânime' (2003.01.049316-6/RJ, 14/8/2003. Apelação) (grifamos).

DO CRIME DE OFENSA AVILTANTE A INFERIOR

Por outro lado, no que diz respeito ao terceiro fato descrito na Denúncia, consistente na ocorrência, em tese, do crime de 'Ofensa aviltante a inferior', capitulado no art. 176 do Estatuto Repressivo Castrense, delito este que, segundo o Parquet Milicien, restou cometido por ambos os réus (DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR e LEANDRO PINHEIRO ROSA) em face do Soldado IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR naquele mesmo dia 29/6/2009, ao final do exercício de passagem pelo já mencionado obstáculo

denominado 'falsa baiana', este Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica não compartilha uma posição unânime.

Com efeito, de acordo com a visão adotada pela maioria dos integrantes deste Escabinato, o acusado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, por ocasião daquele referido fato, não agiu com dolo específico, ou seja, não atuou impelido pela vontade livre e consciente de ofender ou de aviltar a pessoa do então instruendo IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR.

Segundo a majoritária avaliação do CEJ/Aer, razão assiste à Defesa do denunciado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR quando esta afirmou em Plenário, por ocasião da sua Sustentação Oral, que o mencionado réu 'não desejou machucar o Soldado'.

Ademais, de acordo com a avaliação da maior parte dos componentes deste Conselho de Justiça, em cursos como os descritos na exordial acusatória, busca-se a preparação não apenas física como também psicológica dos instruendos, e algumas atitudes dos instrutores possuem o escopo de justamente fortalecer este segundo aspecto, qual seja, a determinação do aluno, incrementando a sua força de vontade, tornando-o mais resistente a pressões. Tal postura não pode, jamais, ser confundida com uma eventual atuação impelida por uma finalidade de índole pessoal, muito menos algum suposto ato motivado pela intenção criminosa de ofender ou de aviltar a pessoa de quem quer que seja.

Não foi diversa a posição adotada pelo Egrégio Superior Tribunal Militar por ocasião do julgado abaixo referido:

'EMENTA. APELAÇÃO. OFENSA AVILTANTE A INFERIOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO POR RECLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE OFENSA A INFERIOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA A QUO. As provas dos autos revelam que os fatos – técnicas de defesa pessoal com a utilização de algemas ensinadas pelos Cabos aos Soldados – se passaram sem qualquer tipo de violência, apenas como brincadeira. Ademais, a ausência de dolo torna atípicas as condutas dos Acusados. Apelo improvido. Unânime'. (Superior Tribunal Militar; Apelação – FO nº 2006.01.050270-

O/SP; DJ 19/8/2008; Relator Ministro Rayder Alencar da Silveira) (grifamos).

Na ótica da maioria dos integrantes do CEJ/Aer, portanto, a conduta do réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, consubstanciada em aplicar um chute na região glútea do ofendido IVANILDO LOURENÇO GOUVEIA JÚNIOR, muito embora reprovável, não se constituiu em ilícito de natureza criminal, quedando-se na seara da infração disciplinar, visto que houve o descumprimento do quanto inserto no Item 4.12 da NS 01/BINFA/2009, que assim dispôs: '4.12 É expressamente proibido o uso de força ou qualquer tipo de contato físico entre instrutores e instruídos' (fl.134 - grifamos).

Em decorrência dos mesmos argumentos acima expendidos, o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica entende que também o acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA está a merecer absolvição em relação à acusação da prática do delito capitulado no art. 176 do Código Penal Militar, muito embora haja discordância entre os integrantes do escabinato quanto ao fundamento de tal absolvição.

Posto isto, resolve o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica:

Em relação ao delito capitulado no art. 174 do Código Penal Militar ('Rigor excessivo'), cuja prática havia sido imputada ao réu **DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR**, **extinguir a sua punibilidade**, por unanimidade de votos, com fulcro no **art. 123, inciso IV, do Código Penal Militar**;

Julgar **improcedente** a Denúncia, para **absolver**, por unanimidade de votos, os acusados **DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR e LEANDRO PINHEIRO ROSA** da acusação de prática do delito capitulado no art. 213 do Código Penal Militar (Maus-tratos), com supedâneo no art. 439, alínea 'b', do Código de Processo Penal Militar, ressaltando a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 ('Regulamento Disciplinar da Aeronáutica');

Julgar **improcedente** a Denúncia, para **absolver**, por unanimidade de votos, o réu **LEANDRO PINHEIRO ROSA** da acusação de prática do delito capitulado no art. 176 do Código Penal Militar ('Ofensa aviltante a inferior'), fundamentando-se, desta feita por maioria de votos (3X2), no quanto inserto no art. 439, alínea 'b' do Código de Processo Penal Militar, ressaltando

a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 ('Regulamento Disciplinar da Aeronáutica');

Julgar **improcedente** a Denúncia, para **absolver**, por maioria de votos (3X2), o acusado **DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR** da acusação de prática do delito capitulado no art. 176 do Código Penal Militar ('Ofensa aviltante a inferior'), com base no art. 439, alínea 'b' do Código de Processo Penal Militar, ressaltando a análise do aludido fato sob a ótica disciplinar, à luz do Decreto nº 76.322/75 ('Regulamento Disciplinar da Aeronáutica').

O voto vencido do Juiz-Auditor Substituto foi lavrado nos seguintes termos:

"Votei vencido, pela condenação do acusado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR como incurso no delito capitulado no art. 176 do Código Penal Militar ('Ofensa aviltante a inferior').

Com efeito, a circunstância elementar 'ato de violência', descrita no tipo penal acima referido, é assim definida doutrinariamente:

'Para concretizar a violência é suficiente que o corpo do subordinado seja tocado, mesmo sem ocasionar lesão ou morte porque, se esses resultados forem alcançados, o crime qualifica-se. (...) Ato aviltante é o que humilha, ofende a dignidade, o decoro, situando o ofendido em condição de inferioridade, de menor valia, diante de outros militares que lhe são superiores, inferiores ou de igual nível hierárquico. O aviltamento resultante de ato inerente à própria natureza da violência é aquele em que a violência realiza-se de maneira a aviltar, a humilhar, o subordinado, como aplicar tapas no rosto, nas nádegas, puxar as orelhas, etc.' (Lobão, Célio; 'Direito Penal Militar - 2ª Edição'; Editora Brasília Jurídica; páginas 250 e 254) (grifamos).

Ora, foi o próprio réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR quem afirmou em Juízo, relativamente ao ofendido IVANILDO LOURENÇO GOUVEIA JÚNIOR, que, naquele dia 29/6/2009, 'determinou que este ficasse de quatro e deu um chute em sua região glútea, dizendo: "sai correndo" (fl.498)'. No meu sentir, rogando as devidas escusas a quem esposou entendimento diverso, aquele aludido Soldado restou deveras vulnerado moralmente em decorrência do ato daquele referido acusado, tanto que o então S2 LOURENÇO passou a ser alvo de chacotas e pi-

adas por parte dos seus companheiros de caserna, angariando o inusitado apelido de 'gemada' (fl.519).

Neste diapasão, não faz absolutamente nenhuma diferença, no meu sentir, se o chute aplicado pelo Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR naquele referido Soldado de 2ª Classe havia sido forte ou fraco, ou se foi utilizada a parte interna ou o 'peito do pé', ou mesmo se atingiu os testículos ou a região glútea do ofendido. O bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 176 do Estatuto Repressivo Castrense não é a integridade física do ofendido. Tanto isto é verdade que, à luz do parágrafo único daquele aludido dispositivo legal (que, por sua vez, faz expressa alusão ao parágrafo único do artigo anterior – art. 175 do CPM), 'Se da violência resulta lesão corporal ou morte é também aplicada a pena do crime contra a pessoa (...)' (grifei).

Destarte, de acordo com o meu entendimento, o simples fato do réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR ter determinado que o ofendido IVANILDO LOURENÇO GOUVEIA JÚNIOR ficasse de quatro, para em seguida lhe aplicar um chute (ainda que fraco, com a parte interna do coturno, e na região glútea), já faz consumir a ofensa aviltante.

'Ementa: Ofensa Aviltante a Inferior. Rejeição de Denúncia. I - Na dicção de Célio Lobão, em sua obra Direito Penal, "O objeto da tutela penal é a disciplina militar, alicerce basilar da instituição militar, diante da ameaça ao bem jurídico protegido, resultante da conduta do superior hierárquico em ofender o subordinado mediante ato de violência aviltante. O princípio de autoridade sofre sério desgaste, principalmente pela forma como se realiza a violência, inaceitável para quem tem o dever legal de fazer obedecer as normas dos regulamentos militares, relativas à disciplina e às relações entre superior e inferior hierárquico." II - Recurso a que foi dado provimento para, desconstituindo-se a Decisão questionada, receber a Denúncia, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito. III - Decisão unânime'. (Superior Tribunal Militar; Recurso em Sentido Estrito nº 0000070-88.2011.7-05.0005/PR; DJe 6/3/2012; Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão) (grifei).

Ademais, e falo isso a título de mera argumentação, se o chute aplicado pelo réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR no S2 IVANILDO LOURENÇO DE OLIVEIRA JÚNIOR tivesse sido as-

sim tão fraco como quis fazer entender a Defesa, ou se tivesse atingido tão somente a região glútea daquele mencionado ofendido, este decerto não necessitaria fazer uso de nenhum medicamento (fl. 81), ficar dispensado das atividades físicas por 7 (sete) dias (fl. 82), muito menos haveria qualquer necessidade da realização de um exame de Ultrassonografia na sua bolsa escrotal (fl. 79). De qualquer forma, entendo que o denunciado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR agiu, ao menos, com inegável animus injuriandi (abstraindo-se o fato de ter ou não havido animus laedendü, o que já é suficiente para sinalizar, como acima ponderado, a configuração do delito capitulado no art. 176 da Lei Penal Castrense.

Quanto ao acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA, votei pela sua absolvição da prática do crime em comento. No entanto, tal voto teve fundamento diverso utilizado pela maioria dos integrantes do Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica.

Isto porque, pela análise destes autos, não constatei que o Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA tivesse incidido, em face do S2 IVANILDO LOURENÇO GOUVEIA JÚNIOR, na prática que qualquer 'ato de violência', à luz do conceito doutrinário explicitado no começo da presente declaração. Com efeito, aquele aludido Oficial limitou-se a determinar ao referido Soldado que o mesmo 'abraçasse' o réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, sem ter exercido para tanto qualquer tipo de coação física, seja diretamente ('vis corporalis'), seja indiretamente ('vis physica').

Poder-se-ia argumentar, por outro lado, que o réu LEANDRO PINHEIRO ROSA, muito embora não tivesse praticado o núcleo do tipo penal em comento, incidiu no mesmo, na qualidade de partícipe, por ter aderido à conduta típica do acusado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR. Rogo vênias para ponderar que os elementos constantes destes autos não são suficientes para o alcance de tal conclusão, visto que não possibilitam demonstrar, de forma isenta de dúvidas, aquela suposta adesão.

Ora, destes autos não se pode extrair a certeza de ter havido algum acerto prévio entre os referidos denunciados, ressaltando-se que a conduta do réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR somente ocorreu posteriormente ao ato do acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA, razão pela qual fazer qualquer tipo de referência a uma adesão deste à conduta daquele seria enve-

redar pela seara de uma inaceitável responsabilidade penal objetiva.

Destarte, em relação ao acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA, entendi ser aplicável o vetusto brocardo *'in dubio pro reo'* motivo pelo qual exarei um voto pela sua absolvição, mas com fulcro na alínea 'c', do art. 439, do CPPM (não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal), ressaltando, em face da curiosa determinação daquele inusitado *'abraço'* no instrutor, o cometimento da infração disciplinar consistente na violação do Item 4.12 da NS 01/BINFA/2009 (fls. 129/134), que assim dispôs, *in verbis*: '4.12 É expressamente proibido o uso de força ou qualquer tivo de contato físico entre instrutores e instruendos' (grifei).

Assim votei, acompanhado pelo Ilustríssimo Senhor Coronel Sérgio Humberto Consentino Munaretto, Digníssimo Presidente do CEJ/Aer, rogando as mais sinceras escusas àqueles integrantes do aludido Escabinato que esposaram entendimento diverso. Juiz-Auditor Substituto. (fls. 1.159/1.160)." (grifos no original).

Inconformado com a Sentença, o Ministério Público Militar interpôs o presente recurso. Nas razões de fls. 1.169/1.170, aduz que a Sentença deve ser reformada para condenar os Apelados nas penas do delito de ofensa aviltante a inferior. Alegou que os três Juízes militares que absolveram o Réu NEIL o fizeram sem *'muita explicação, confusamente'*. Que, apesar de Réu confesso, NEIL *'viu sua absolvição brotar de três Juízes Militares'*, pois, no seu entender, tal fato se deu por tratar-se, a vítima, de um simples soldado. Manteve suas alegações escritas, insertas às fls. 922/981, como razões de apelação, ressaltada a parte em que figura NEIL como autor de outros delitos militares.

Requeriu, por fim, a reforma da Sentença para condenar LEANDRO PINHEIRO ROSA e DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR nas sanções do art. 176, acrescidas da circunstância agravante prevista no art. 70, inciso "d", tudo do Código Penal Militar.

Por sua vez, nas contrarrazões de fls. 1.172/1.186, a Defesa, preliminarmente, pugnou pela prescrição antecipada da punição estatal, devendo ser declarada a extinção da punibilidade referente ao crime capitulado no art. 176 do CPM (ofensa aviltante a inferior).

No mérito, aduziu que o Apelante NEIL nunca teve a intenção de cometer um ato de violência contra o S2 LOURENÇO; que a honra do Ofendido não foi atingida, pois o Apelante não teve intenção de o humilhar; que o fato não passou de uma brincadeira de mau gosto, devendo ser considerada como transgressão disciplinar.

Após tecer comentários sobre a maneira como se deu o chute nos testículos do Ofendido, aduziu, finalmente, que ao Apelante deve ser concedida a atenuante prevista no art. 72 do CPM²⁶, por haver confessado, desde a instauração do IPM, ter chutado a vítima.

Com relação ao Ten PINHEIRO, acusado de ser conivente com as atitudes do Ten NEIL, afirmou que “estava rolando uma brincadeira” de recrutas enlameados abraçarem instrutores; que PINHEIRO não participou de nenhum ato executório e que não presenciou a cena por estar a mais de 7 metros de distância do fato. Por fim, asseverou que não houve crime e sim transgressões disciplinares. Requeru o reconhecimento da prescrição do crime e, caso não seja esse o entendimento, que os Réus sejam absolvidos do crime imputado.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer de fls. 1.196/1.200, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO DE OLIVEIRA PEREIRA, opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, para serem condenados às penas do art. 176 do CPM o 1º Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA e o 2º Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR.

É do Parecer:

“(...) Como é cediço, a prescrição pela pena ideal não é instituto aceito pelos Tribunais Superiores pátrios, a saber:

*AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva ‘em perspectiva, projetada ou antecipada’. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. **Repercussão geral reconhecida.** Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É **inadmissível***

²⁶ Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

Circunstâncias atenuantes (...)

III - ter o agente: (...)

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;

a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.

(STF, RE 602527 QO-RG/RS, Relator Min. Cezar Peluso, j. 19/11/2009, DJe-237 divulg. 17/12/2009, public. 18/12/2009, destaque nosso).

É *inadmissível* a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

(STJ, Súmula 438, Terceira Seção, j. 28/4/2010, DJe 13/5/2010, destaque nosso)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS DE IDADE NA DATA DA SENTENÇA. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL COMUM. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. **PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INVIABILIDADE.** PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. (...) Na fase processual em que a denúncia é recebida, a prescrição regula-se pelo máximo da pena cominada ao delito, **não cabendo falar-se na declaração da prescrição antecipada, em perspectiva, pré-calculada, virtual ou prognose prescricional. Frustrar o curso da instrução criminal pelo não recebimento da denúncia, à guisa de que eventual condenação importaria em declaração da extinção da punibilidade pela prescrição, seria impedir o legítimo exercício do mister constitucional conferido ao Ministério Público Militar,** legítimo titular da ação penal militar. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido para desconstituir a Decisão a quo e receber a Denúncia. Unanimidade. **(RSE 0000158-16.2011.7.01.0401/RJ, Relator Min. Cleonilson Nicá-**

cio Silva, j. 21/11/2012, DJe 7/12/2012, destaque nosso).

Quanto ao mérito, não há como prevalecer o decreto absolutório.

No que concerne ao Ten NEIL, resta incontroverso o fato a ele atribuído – e por ele confessado – de que determinou ao S2 Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior que ficasse de quatro e, ato contínuo, deu-lhe um chute, havendo dúvida nos autos apenas com relação à região atingida, se as nádegas ou os testículos da vítima.

Não importa, contudo, a área afetada pelo golpe, como mui tecnicamente afirmado pela nobre autoridade judiciária em sua declaração de voto vencido, com respaldo em Célio Lobão: 'Para concretizar a violência é suficiente que o corpo do subordinado seja tocado, mesmo sem ocasionar lesão ou morte, porque, se esses resultados forem alcançados, o crime qualifica-se' (fl. 1159, destaque nosso), colhendo-se da jurisprudência desse Egrégio Tribunal, como atos de violência, tapas no rosto (Ap. 2003.01.049355-7/PA), 'soco por trás' (Ap. 2000.01.048629-1/PA), investir e tomar de forma abrupta armamento portado por sentinela (Ap. 2000.01.048647-0/AM), 'força física que o agente imprime sobre o corpo do subordinado, não sendo necessária a ocorrência de lesão corporal' (Ap. 2002.01.049115-5/PA), entre outros.

Nessa linha, é irretorquível que um chute em alguém, embora não provoque lesão corporal, é um ato de violência, não sendo admissível interpretá-lo de outra forma. Despicienda é a intenção de machucar, ao contrário do que alega a defesa.

Além de ter sofrido um inequívoco ato de violência, o S2 Lourenço foi deliberadamente humilhado pelo Ten NEIL ao ser posto de quatro em frente a outros militares e receber golpe, ainda que supostamente leve, em parte íntima, seja em seus testículos, seja em suas nádegas. Sustentar que essa cena ultrajante não se trata de desmoralização é, de fato, ceder aos apelos do corporativismo, conforme protesta o culto apelante (fls. 979 e 1.170).

Merecedor, então, de reprimenda penal por ter incurso no crime previsto no art. 176 do CPM, ao Ten NEIL não se aplica, no entanto, a atenuante prevista no art. 72, III, d, daquele diploma, haja vista a clareza de seu texto, no sentido de que,

para a redução, a autoria do crime deve ser ignorada ou imputada a outrem, o que não é o caso, em que pese válida a confissão, nos termos do art. 307 do CPPM. Não se confundem a validade da confissão, regulada pelas normas processuais, e a atenuante prevista na lei penal em razão de confissão qualificada.

No que diz respeito ao Ten PINHEIRO, é certo que este foi quem provocou a conduta delituosa ao ordenar que o S2 Lourenço, enlameado, abraçasse o Ten NEIL, conhecido por ser rígido com os alunos. Era lógico, esperado e previsível que o oficial não reagisse bem ao abraço recebido, não apenas por ser inusitado, mas também por tê-lo sujado. Assim, mostra-se evidente que o comportamento do Ten PINHEIRO criou o risco da superveniência da ofensa aviltante sofrida pela praça, e, a partir daí, nos termos do art. 29, § 2º, do CPM, o oficial assumiu a posição de garante em relação às ações por ele provocadas.

Impõe-se, igualmente, a sua condenação.

Por todo o exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, para ver condenados às penas do art. 176 do CPM o Primeiro-Tenente LEANDRO PINHEIRO ROSA e o Segundo-Tenente DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR.”.

Por não constar nos autos a Ata da Sessão de Leitura e Publicação da Sentença, dado que, a que consta à fl. 1.161, refere-se a processo diverso deste, determinei pelo Despacho de 28 de fevereiro de 2013, diligência junto à Auditoria da 12ª CJM para que fosse remetida a Ata correspondente ao presente feito, a qual foi juntada à fl. 1.213.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar teve nova vista dos autos e de tudo teve ciência a eminente Ministra-Revisora.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de LEANDRO PINHEIRO ROSA, 1º Ten Aer, e de DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, 2º Ten Aer, como incurso no art. 176, *caput*, do CPM.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais. O Ministério Público Militar foi intimado em 7 de novembro de 2012 (fls. 1.164/1.165) e interpôs apelação no dia 28 subsequente (fl. 1.167).

Preliminarmente, tem-se por inadmissível o reconhecimento da prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal como pretende a Defesa em contrarrazões.

Tal instituto não é aceito pelos Tribunais Superiores.

Esse é o entendimento pacificado por esta Corte Castrense e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa nas seguintes ementas:

“EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS DE IDADE NA DATA DA SENTENÇA. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL COMUM. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. (...) Na fase processual em que a denúncia é recebida, a prescrição regula-se pelo máximo da pena cominada ao delito, não cabendo falar-se na declaração da prescrição antecipada, em perspectiva, pré-calculada, virtual ou prognose prescricional. Frustrar o curso da instrução criminal pelo não recebimento da denúncia, à guisa de que eventual condenação importaria em declaração da extinção da punibilidade pela prescrição, seria impedir o legítimo exercício do mister constitucional conferido ao Ministério Público Militar, legítimo titular da ação penal militar. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido para desconstituir a Decisão a quo e receber a Denúncia. Unanimidade.” (RSE nº 158-16.2011.7.01.0401/RJ, Relator Min. CLEONILSON NICÁCIO SILVA. Julgado em 21/11/2012 e publicado no DJe de 7/12/2012).

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva ‘em perspectiva, projetada ou antecipada’. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.” (STF, RE 602527/RS, Relator Min.

Cezar Peluso. Julgado em 19/11/2009 e publicado no DJe de 18/12/2009).

No mesmo sentido, a Súmula nº 438, do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”.

Isso posto, rejeito a preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal.

Quanto ao mérito, assiste razão ao Ministério Público Militar. Não há como prevalecer a Sentença absolutória proferida pelo Colegiado *a quo*.

Ficou comprovado que o Ten PINHEIRO desencadeou toda a conduta delituosa, no momento em ordenou ao S2 LOURENÇO, quando este se encontrava sujo de lama, que abraçasse o Ten NEIL, conhecido por sua rigidez no trato com os recrutas, sabendo que isso provocaria, como de fato provocou, a ira do Ten NEIL, que, em represália e com a nítida intenção de humilhar o S2 LOURENÇO, determinou que ele ficasse de quatro na frente de seus colegas de caserna para, em seguida, desferir um chute em seus testículos ou glúteo.

Com relação ao 2º Ten DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, os fatos apurados não deixaram dúvidas de que ordenou ao S2 LOURENÇO que ficasse na humilhante posição ‘de quatro’, tendo lhe desferido um chute.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar CLÓVIS BEZERRA LIMA (fls. 522/528), JEAN CARLOS MELO DOS SANTOS (653/659), AGEU PEREIRA DA SILVA (fls. 690/691), MARCELO OLIVEIRA NASCIMENTO (fls. 692/693) e JUZIEL CIANQUETA DE SOUZA (fls. 772/778) foram unânimes em afirmar que presenciaram o momento em que NEIL ordenou que o Ofendido ficasse de quatro e, ato contínuo, deferiu-lhe um chute.

Por outro lado, as testemunhas arroladas pela Defesa JOSÉ MAURÍCIO FIGUEIREDO JÚNIOR (fls. 900/903) e FÁBIO ARAÚJO DE SOUZA (fls. 904/907) declararam em seus depoimentos que ouviram falar sobre o chute dado pelo Ten NEIL no S2 LOURENÇO. Já a testemunha

CARLOS ESTEFÂNIO DOS SANTOS (fls. 902/912) afirmou que presenciou a ordem para que LOURENÇO ficasse de quatro e o chute desferido pelo militar.

Corroborando com os depoimentos das testemunhas, o próprio Apelante confessou o fato a ele atribuído, quando declarou que chutou o S2 LOURENÇO porque este o abraçou de maneira desrespeitosa, todo sujo de barro. Ordenou, então, que ficasse de quatro e lhe desferiu um chute na região glútea (fls. 326/327).

Com referência à alegação da Defesa de que o chute não foi nos testículos e sim na região glútea, e que o Apelante não teve intenção de humilhar a vítima, transcrevo abaixo trecho do Parecer da PGJM, que adoto, também, como forma de decidir:

*“(...) Não importa, contudo, a área afetada pelo golpe, como mui tecnicamente afirmado pela nobre autoridade judiciária em sua declaração de voto vencido, com respaldo em Célio Lobão: ‘Para concretizar a violência é suficiente que o corpo do subordinado seja **tocado**, mesmo sem ocasionar lesão ou morte, porque, se esses resultados forem alcançados, o crime qualifica-se’ (fl. 1159, destaque nosso), colhendo-se da jurisprudência desse Egrégio Tribunal, como atos de violência, tapas no rosto (Ap. 2003.01.049355-7/PA), ‘soco por trás’ (Ap. 2000.01.048629-1/PA), investir e tomar de forma abrupta armamento portado por sentinela (Ap. 2000.01.048647-0/AM), ‘força física que o agente imprime sobre o corpo do subordinado, não sendo necessária a ocorrência de lesão corporal’ (Ap. 2002.01.049115-5/PA), entre outros.*

Nessa linha, é irretorquível que um chute em alguém, embora não provoque lesão corporal, é um ato de violência, não sendo admissível interpretá-lo de outra forma. Despicienda é a intenção de machucar, ao contrário do que alega a defesa.

Além de ter sofrido um inequívoco ato de violência, o S2 Lourenço foi deliberadamente humilhado pelo Ten NEIL ao ser posto de quatro em frente a outros militares e receber golpe, ainda que supostamente leve, em parte íntima, seja em seus testículos, seja em suas nádegas. Sustentar que essa cena ultrajante não se trata de desmoralização é, de fato, ceder aos apelos do corporativismo, conforme protesta o culto apelante. (fls. 979 e 1.170).” (destaque nosso).

Com relação ao Ten PINHEIRO, dúvida não resta de que foi ele que provocou toda situação a que culminou na conduta delituosa prati-

cada pelo Ten NEIL, ao ordenar que o S2 LOURENÇO, que se encontrava enlameado após passar pelo treinamento conhecido como “falsa baiana”, desse um abraço no referido Tenente, já prevendo qual seria sua reação, pois, tal ordem, além de esdrúxula e inusitada, acabaria por sujá-lo, o que, de fato, veio a acontecer. Poderia ter evitado a situação, mas não o fez.

Como bem asseverou a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o comportamento do Ten PINHEIRO “*criou o risco da superveniência da ofensa aviltante sofrida pela praça e, a partir daí, nos termos do artigo 29, § 2º, do CPM, o oficial assumiu a posição de garante em relação às ações por ele provocadas*”.

Vejam os que diz o artigo 29, § 2º, do CPM, *in verbis*:

“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 omissor 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.” (grifos nossos).

De registrar que o Ofendido, S2 LOURENÇO, em seu depoimento, declarou que, após receber o chute, “o Ten PINHEIRO estava rindo” (fls. 510/514).

A autoria e a materialidade do delito ficaram amplamente demonstradas tanto pela confissão em Juízo quanto pelas provas testemunhais.

Os Apelados tinham conhecimento da ilicitude do seu proceder e poderiam ter agido de maneira diversa, em conformidade com o Direito, e devem ser condenados nas sanções do crime de ofensa aviltante a inferior.

Quanto ao Réu 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias do art. 69 do CPM, deve ser aplicada a pena-base mínima prevista para o delito, 6 (seis) meses de detenção, tornada definitiva ante a ausência de atenuantes, agravantes ou de causas de aumento ou diminuição de pena.

Observe-se que não se aplica a agravante pleiteada pelo *Parquet*, o art. 70, inciso II, alínea *d*, do CPM, pois inexistiu, no caso, qualquer situação de traição, de emboscada, de surpresa, ou de outro meio insidioso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima.

Concedo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea “a”, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime aberto para o caso de descumprimento das condições do *sursis*.

Quanto à dosimetria da pena do Réu 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, as circunstâncias do art. 69 do CPM não lhe são favoráveis.

Foi extenso o dano produzido com sua conduta, eis que o fato repercutiu intensamente no seio da caserna, provocando reflexos humilhantes no Ofendido, para além da própria ofensa aviltante, pois passou a ter o apelido pejorativo de “gemada” e ser motivo de piadas entre os colegas.

O modo de execução do crime foi de intensa reprovabilidade, uma vez que o chute no Ofendido foi dado diante de diversos militares, tendo-lhe sido ordenado que ficasse “de quatro”.

O Réu não teve qualquer atitude de sensibilidade após o crime, uma vez que, imediatamente após o delito, ainda determinou que o Ofendido executasse vários exercícios, mesmo o aluno se queixando de estar sentindo fortes dores.

Diante de tais circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser aplicada a pena-base acima do mínimo legal previsto no art. 176, *caput*, do CPM, em 1 (um) ano e 22 (vinte e dois) dias de detenção.

Na segunda fase, deve ser reconhecida a agravante do art. 70, inciso II, alínea *i*, do CPM, uma vez que o aluno estava sob a imediata proteção do instrutor do curso de formação de soldados. Fixo-a no percentual mínimo de 1/5 (um quinto), a teor do art. 73 do mesmo *Codex*.

Com relação à agravante pleiteada pelo *Parquet* Castrense de 1º grau (art. 70, inciso II, alínea *d*, do CPM), não visualizei qualquer situação de traição, de emboscada, de surpresa, ou de outro meio insidioso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima.

Não se aplica a atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea *d*, do CPM, tendo em vista que, para que haja tal redução, a autoria do crime

deve ser ignorada ou imputada a outrem, o que não é o caso. A ofensa e a agressão perpetradas pelo Ten NEIL contra inferior foram presenciadas por várias testemunhas, conforme se depreende de seus depoimentos.

Relativamente à atenuante inculpada no art. 72, inciso III, alínea c, do CPM, também não há como aplicá-la, pois, conquanto o agente tenha sido provocado por um abraço enlameado de um inferior hierárquico, o ato não tem o condão de induzir a *influência de violenta emoção*.

Ausentes, portanto, atenuantes a considerar. Assim, aumentada a pena-base no patamar de 1/5, em razão da agravante inculpada no art. 70, inciso II, alínea i, do CPM, verifica-se a sanção em 1 (um) ano, 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção.

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Dessa forma, torno-a definitiva em 1 (um) ano, 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção, convertida em prisão, *ex vi* do art. 59 do CPM.

Tendo em vista a existência de 3 (três) circunstâncias judiciais negativas, concedo ao 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR o benefício do *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para, reformando a Sentença *a quo*, condenar o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR à pena de 1 (um) ano, 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, como incurso no art. 176, *caput*, c/c o art. 70, inciso II, alínea “i”, todos do CPM, e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos, devendo o militar cumprir as condições previstas no art. 626 da Lei Adjetiva Castrense, excetuada a da alínea “a”, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do Diploma Processual Castrense; e, no tocante ao 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, condená-lo à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 176 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea “a”, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime aberto para o caso de descumprimento das condições do *sursis*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição antecipada, arguida pela Defesa. **No mérito, por unanimidade**, em dar provimento ao recurso Ministerial, para condenar o 2º Ten Aer Douglas Sampaio Neil Júnior à pena de 1 ano, 3 meses e 8 dias de detenção, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, como incurso no art. 176, *caput*, c/c o art. 70, inciso II, alínea “i”, todos do CPM, e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 4 anos, devendo o militar cumprir as condições previstas no art. 626 da Lei Adjetiva Castrense, excetuada a da alínea “a”, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do Diploma Processual Castrense; e, **por maioria**, no tocante ao 1º Ten Aer Leandro Pinheiro Rosa, condená-lo à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 176 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea “a”, designando o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM, fixando-se o regime aberto para o caso de descumprimento das condições do *sursis*.

Brasília, 3 de outubro de 2013 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO²⁷ DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
APELAÇÃO Nº 52-22.2009.7.12.0012-AM

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 8/11/2012, que absolveu os acusados LEANDRO PINHEIRO ROSA, 1º Ten Aer, e DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, 2º Ten Aer, do crime previsto no art. 176, *caput*, do CPM.

²⁷ Com alterações na versão da revista.

O recurso é tempestivo, cabível e interposto por parte legítima e interessada. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Em Contrarrazões (fls. 1.172/1.186), a Defesa dos recorridos pleiteou, em preliminar, a extinção da punibilidade dos agentes pela *prescrição virtual*, uma vez que o crime de ofensa aviltante a inferior tem a pena máxima de 2 (dois) anos de detenção e as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM lhes são favoráveis.

É cediço que a doutrina diverge acerca da possibilidade jurídica do reconhecimento antecipado da prescrição da pena em perspectiva, com fulcro em uma possível reprimenda fixada no patamar mínimo em hipótese de condenação. Apesar de alguns doutrinadores não a reconhecerem²⁸, outros a admitem, considerando o princípio da economia processual e o interesse-utilidade da medida²⁹.

Não obstante, a jurisprudência pátria, em sua maioria, posiciona-se pelo descabimento da aplicação antecipada, por ausência de previsão legal, inclusive, tendo sido editada a Súmula nº 438 pelo STJ, *verbis*:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. (...) 2. Redução à condição análoga à de escravo – CP 149, caput e § 2º, I. 3. Alegações de falta de justa causa e reconhecimento da prescrição antecipada. Não ocorrência e inadmissibilidade. 4. Satisfeitos os requisitos do CPP 41 e não comprovadas, de plano, atipicidade, incidência de causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Inadmissível a prescrição punitiva em perspectiva, projetada, virtual ou antecipada à míngua de previsão legal. Jurisprudência reafirmada no RE 602.527/RS. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada”. (STF, Habeas Corpus nº 102.439, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Decisão de 11/12/2012).

²⁸ JESUS, Damásio de. *Prescrição penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 145.

²⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 733.

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. OFENSA AO ART. 397, IV, DO CPP. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. SÚMULA 438/STJ. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AFRONTA AO ARTIGO 5º, LXXVIII, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 2. Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são firmes na compreensão de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Inteligência do enunciado 438 da Súmula desta Corte. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2011.02.3.67945, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º/3/2013).

Os julgados desta Corte Castrense, por igual, harmonizam-se com os dos demais Tribunais brasileiros. Leia-se:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM ABSTRATO. AGENTE MAIOR DE SETENTA ANOS DE IDADE NA DATA DA SENTENÇA. ART. 115 DO CÓDIGO PENAL COMUM. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. O procedimento adotado pelo Magistrado a quo, ainda que pese a alegada adoção de política criminal, impingiu regra diversa daquela adotada no Código Penal Militar. O Estatuto Repressivo Castrense tem disposição específica acerca da redução do prazo prescricional, estabelecendo como marco para a sua aferição o tempo do crime. **Na fase processual em que a denúncia é recebida, a prescrição regula-se pelo máximo da pena cominada ao delito, não cabendo falar-se na declaração da prescrição antecipada, em perspectiva, pré-calculada, virtual ou prognose prescricional. Frustrar o curso da instrução criminal pelo não recebimento da denúncia, à guisa de que even-**

tual condenação importaria em declaração da extinção da punibilidade pela prescrição, seria impedir o legítimo exercício do mister constitucional conferido ao Ministério Público Militar, legítimo titular da ação penal militar. Recurso em Sentido Estrito conhecido e provido para desconstituir a Decisão a quo e receber a Denúncia. Unanimidade.” (Recurso em Sentido Estrito nº 158-16.2011.7.01.0401, Relator Ministro Cleonilson Nicácio Silva, DJe de 7/12/2012) (grifo nosso).

Ex positis, rejeitei a preliminar suscitada, em Contrarrazões, pela Defesa.

MÉRITO

Consta dos autos que, durante o curso de formação de soldados da Base Aérea de Porto Velho – 1ª turma de 2009, o 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, em 29/6/2009, determinou que o S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, que se encontrava todo enlameado, abraçasse o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR.

A ordem foi cumprida pelo aludido soldado, que efetivamente veio a abraçar o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, o qual, furioso com o desrespeito a um superior hierárquico, indagou ao recruta: “você tá maluco?”, determinando-lhe “ficar de quatro”, ocasião em que desferiu um pontapé na região genital ou glútea do instruendo e disse “sai correndo”.

Daí, razão parcial assistir ao *Parquet* Castrense, devendo o decreto absolutório ser reformado para condenar o recorrido DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR como incurso no delito do art. 176, *caput*, do CPM e, concernente ao apelado LEANDRO PINHEIRO ROSA, corrigir sua fundamentação para somente constar a alínea *b* do art. 439 do CPPM. Passo, então, ao exame da conduta de cada corréu, separadamente.

DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, 2º Ten Aer:

Após a análise percuciente das provas colhidas, entendo ter o fato típico, ilícito e culpável restado delineado nos autos, sendo a autoria e a materialidade delitivas comprovadas, mormente em face da confissão parcial do agente, da oitiva do ofendido e dos depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa.

Em interrogatório (fls. 497/502), o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, muito embora haja aduzido não serem verdadeiros os fatos narrados na exordial acusatória, confirmou o abraço do S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, interpretando o fato como uma forma desrespeitosa do subalterno tratar o superior hierárquico.

Como consequência, relatou uma natural pressão psicológica sobre o recruta, razão pela qual determinou que ele ficasse “de quatro”, confessando ter-lhe dado um chute na região glútea, momento em que muitos militares estavam a sua volta, inclusive recrutas.

Com relevo para a dosimetria da pena, a assertiva do réu de os instruendos rastejarem na pista de obstáculo, dentre eles, o S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, que o fez, por duas ou três vezes, em terreno íngreme de modo eficaz e rápido, consideradas as dificuldades do exercício, não esboçando qualquer expressão de dor ou queixa.

Nesse contexto, aduziu que o rastejo do ofendido ocorreu aproximadamente **dois minutos após ele ter levado o chute** na região glútea, sendo que, além da realização do exercício de “parte íngreme”, ele ainda atravessou os obstáculos de “passeio do macaco”, de “pneus”, de “rastejo baixo com arame farpado”, de “transposição de muro”, de “transposição de troncos” e de “equilíbrio em troncos”, sendo que, em todos eles, apresentou bons resultados, sem reclames ou expressão de dor.

De seu turno, a vítima relatou, *verbis* (fls. 517/521):

“(...) que, quando foi dada a ordem ao declarante, pelo Ten NEIL, para aquele ‘ficar de quatro’, o declarante observou que o referido tenente estava ‘com bastante raiva’ (não foi uma ordem dada em tom de brincadeira); (...) que imediatamente depois de receber o pontapé em sua região genital, o declarante não chegou a reclamar de dores (‘simplesmente coloquei a mão e caí, quando então o Ten NEIL bateu com uma vara no meu capacete, dizendo ‘levanta, levanta’); (...) que o declarante pôde observar que o seu testículo esquerdo apresentou ‘inchaço’ (após o uso do anti-inflamatório receitado pela aspirante médica mencionada no depoimento prestado em IPM, o ‘inchaço’ cedeu); (...) que, após receber o pontapé em sua região genital, o Ten NEIL determinou ao declarante: ‘vai até a madeira’, tendo este ido ‘de quatro’ até o final da pista, tendo que gritar ‘trinta e três’, percorrendo, ‘de quatro’ todo o percurso de volta (‘só

consegui fazer isso porque lembrava da minha mãe e do orgulho que ela sentia ao me ver em forma no dia da apresentação da tropa ao Comandante da Base, foi isso que me deu forças). (...) que o declarante tinha medo do Ten NEIL 'porque ele era muito rígido com a gente' (...) que o declarante abraçou o Ten NEIL 'de frente', sujando o mesmo (o declarante estava enlameado); que, naquela ocasião, havia outras pessoas presentes, mas, pelo que o declarante se recorda, 'o Ten PINHEIRO estava rindo' (o declarante não chegou a ver se outras pessoas também riam); (...) que, ao contrário do quanto dito em Juízo pelo Ten NEIL em seu interrogatório, o chute desferido no declarante pelo referido oficial não foi um 'chute fraco' nem foi um chute desferido na 'região glútea' (como dito, o pontapé em questão foi na região genital, e 'foi forte'); (...) que, depois deste fato, o declarante ficou bastante constrangido, virando motivo de 'chacota' para toda a tropa, tendo inclusive recebido o apelido de 'gemada'; (...) que o seu testículo esquerdo ficou inchado por aproximadamente quatro ou cinco dias depois de iniciar o tratamento com o anti-inflamatório; (...) que o declarante pôde verificar que o seu testículo esquerdo 'estava bem maior'."

Comprovando a prática da conduta, vejam-se as inquirições das testemunhas de acusação, verbis:

Clóvis Bezerra de Lima, S2 Aer (fls. 522/528):

"(...) que, pelo quanto visto pelo depoente, o chute desferido pelo Ten NEIL 'foi leve' ('não foi uma bicuda'); (...) que, quando o chute foi desferido no S2 LOURENÇO pelo Ten NEIL, este 'encontrava-se atrás do soldado'; que naquele dia 29/6/2009, o depoente havia assistido ao 'apronto' do exercício ('logo na entrada'); (...) que, no momento do chute, a única coisa que o depoente lembra ter ouvido o Ten NEIL dizer ao S2 LOURENÇO era perguntar se este 'estava maluco', dizendo depois 'some'; que o depoente não ouviu o Ten NEIL determinar ao S2 LOURENÇO que este ficasse 'de quatro'; que, considerando o contexto da situação, 'se o tenente realmente falou para o recruta ficar de quatro, não considero isso absurdo'; que o depoente não chegou a observar se, quando estava 'de quatro', o S2 LOURENÇO executou o movimento de 'abrir as pernas' e nem ouviu o Ten NEIL fazer qualquer determinação ao referido recruta, neste sentido; (...) que as expressões 'tá maluco?' e 'so-

me daqui' foram proferidas naquela ocasião pelo Ten NEIL 'em tom alto' ('tanto que me chamou a atenção'); que o depoente não chegou a ouvir/ver o S2 LOURENÇO proferir qualquer tipo de grito ou expressão de dor após o chute desferido pelo Ten NEIL; (...) que o Ten NEIL mantinha as mãos nas costas do S2 LOURENÇO enquanto este ficava 'de quatro' e, imediatamente após, 'desferiu o chute em sua bunda, não se afastando ou indo para o lado para fazê-lo'."

Ageu Pereira da Silva, Soldado Aer (fls. 690/691):

"(...) que o depoente reitera o quanto dito na seara administrativa, no sentido de que distava aproximadamente dois metros do S2 LOURENÇO, no momento em que este foi chutado por trás pelo acusado DOUGLAS NEIL SAMPAIO JÚNIOR; (...) que o chute em questão não fez o S2 LOURENÇO cair no chão ('ele já estava de quatro, e depois saiu andando, mancando'); que o depoente não sabe dizer se, no momento do chute, o S2 LOURENÇO 'gritou ou se contorceu de dor'; que o depoente não chegou a ver se o S2 LOURENÇO, quando saiu mancando, levou ou não as mãos à região genital (alvo do chute); (...) que o clima no momento da instrução, inclusive após o seu encerramento, não era de descontração ('todo o tempo, sério')".

Marcelo Oliveira do Nascimento, Soldado Aer (fls. 692/693):

"(...) que o depoente reitera o quanto dito na seara administrativa, no sentido de que distava aproximadamente dois metros do S2 LOURENÇO, no momento em que este foi chutado por trás pelo acusado DOUGLAS NEIL SAMPAIO JÚNIOR; (...) que, no momento em que o S2 LOURENÇO ficou 'de quatro', o mesmo encontrava-se de costas para o depoente; (...) que o depoente não chegou a ver a posição exata em que o pé do acusado DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR (se de lado, de frente, etc.) atingiu a região genital do ofendido IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR; que o depoente não pode afirmar com certeza se o chute em questão atingiu ou não a região genital do ofendido IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR ('não deu pra ver, mas eu percebi que o chute em questão foi na região posterior, como disse em meu depoimento em sede inquisitorial'); que o depoente não recorda se, em razão do chute, o S2 LOURENÇO, que já estava 'de quatro', acabou por cair deitado ao solo; que o depoente não ouviu o S2 LOURENÇO gritar ou reclamar, mas confirma o quanto dito em sede inquisitorial no sentido de que o re-

ferido ofendido acabou ficando com uma 'expressão de dor' após o chute desferido contra si; que o depoente reitera a 'expressão de dor' vista pelo mesmo ('até porque em um momento, após o chute, ele olhou pra trás e eu pude ver seu rosto')".

E Juziel Cianqueta de Souza, ex-Soldado Aer (fls. 772/778):

"(...) MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O senhor viu algum recruta abraçando o instrutor? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Quem que o senhor viu? TESTEMUNHA - Lourenço. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Abraçando quem? TESTEMUNHA - Tenente Neil. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Ele tava sujo de lama? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O recruta? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O senhor presenciou ou mesmo ouviu falar que no treinamento do dia 29 do 06 de 2009, o S2 Lourenço recebeu ordens de ficar de quatro e foi chutado na região genital pelo tenente Neil? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O senhor presenciou? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Foi logo após ele ter abraçado...? TESTEMUNHA - Sim. DEFESA - Certo. Vamos pro dia dos fatos: no caso do Lourenço, a qual distância que você tava do Lourenço da cena que aconteceu entre o Lourenço e o tenente Neil? TESTEMUNHA - Distância de uns três a quatro metros. DEFESA - Como é que o pé atingiu o soldado? De lado, de peito, de bico de pé, como é que foi? TESTEMUNHA - De peito de pé. DEFESA - O peito do pé do tenente acertou ele? TESTEMUNHA - Isso. DEFESA - E, logo após o chute, o soldado caiu no chão, pois estava de quatro? Como é que aconteceu? TESTEMUNHA - Ele caiu pra frente e foi embora. DEFESA - Ele não saiu gritando de dor ou não levou a mão aos testículos, nada? TESTEMUNHA - Não, ele só reclamou um pouco de dor e foi embora. Aí eu não via mais pra frente. Ele levantou e foi embora. DEFESA - Aí, depois do chute, ele continuou a fazer os exercícios? TESTEMUNHA - Eu fiquei pra trás e ele foi na frente, eu não avistei ele mais lá na frente. Ele veio reclamar já no alojamento com nós".

No mesmo sentido é o que se extrai do depoimento da testemunha arrolada pela Defesa Carlos Stefanio dos Santos, Soldado Aer (fls. 908/912):

"TESTEMUNHA: Estávamos no final da pista de ação e reação e eu estava um pouco mais atrás e eu vi quando, somente

quando o Lourenço tava, ele tava ajoelhado e eu vi só o tenente desferindo o chute, mas o chute que eu vi ele desferindo foi na bunda dele. DEFESA: Tá, o chute que o senhor viu, o senhor estava de que ângulo da cena? Deixa eu te explicar melhor, o senhor estava vendo os rostos, o senhor estava de lado, na diagonal, vendo de trás, como o senhor estava vendo? TESTEMUNHA: Tava de lado. Tava de lado. DEFESA: O senhor saberia me dizer, por exemplo, como que o pé... como que foi o chute, se foi com o bico da botina, se foi com o lado da botina, se foi com o peito do pé? TESTEMUNHA: O ângulo que eu estava vendo foi de lateral. DEFESA: Ou seja, ele bateu com o pé de lado? TESTEMUNHA: Positivo. DEFESA: Se houve algum chute tendencioso a abrir as pernas antes do chute em si? TESTEMUNHA: Não senhor, do jeito que ele caiu foi desferido o chute. DEFESA: E o chute que foi desferido, ele estava quando ele mandou o Lourenço abaixar, ele colocou a mão nas costas dele para desferir esse chute ou ele se afastou e pegou um embalo para chutar? Como é que foi esse chute? TESTEMUNHA: No momento em que ele ficou na posição o tenente desferiu o chute, ele não... DEFESA: Ele não estava com as mãos nas costas dele? TESTEMUNHA: Não estava com as mãos nas costas não. DEFESA: Na sequência do chute, o Lourenço caiu no chão, se contorceu, gritou, o que aconteceu na sequência do chute? TESTEMUNHA: Na sequência do chute ele só se levantou e continuou o término do percurso da pista. DEFESA: Mas não chegou a cair? Por que ele estava de quatro, não seria isso? TESTEMUNHA: Positivo, não caiu não. DEFESA: Não chegou a deitar? TESTEMUNHA: Não senhor. DEFESA: Levou as mãos aos testículos? TESTEMUNHA: Não senhor, em momento nenhum, ele só levantou e continuou o percurso da pista. DEFESA: E ele teve que repetir novamente toda a pista? TESTEMUNHA: Toda a pista novamente, inclusive depois da pista a gente teve que fazer uma corrida e chegou ao término da corrida foi perguntado se alguém tinha alguma coisa pra falar e ninguém disse nada. MINISTÉRIO PÚBLICO: Além do senhor tinha mais alguém quando presenciou lá o Tenente Neil deu um chute no Lourenço? Tinham mais soldados, outros soldados? TESTEMUNHA: Não me recordo. Tinha, mas atrás de mim, não me recordo quem eram. MINISTÉRIO PÚBLICO: Tinham mais quantos atrás? TESTEMUNHA: Creio que tinham mais dois atrás, nós fomos um dos últimos a passar pela pista”.

No que tange à prova documental, muito embora não tenha havido a lesão corporal (Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 236/237), o ofendido, em razão do chute recebido, teve de realizar Ultrassonografia de Bolsa Testicular (fls. 77/78), foi dispensado de atividades físicas por 7 (sete) dias (atestado médico de fl. 82) e fez uso de anti-inflamatório (receituário médico de fls. 81 e 287).

Nesse diapasão, denota-se que o chute realmente atingiu os testículos do recruta e não foi tão fraco como faz crer a Defesa. Ademais, para a tipificação do delito do art. 176, *caput*, do CPM (“Ofender inferior, mediante ato de violência que, por natureza ou pelo meio empregado, se considere aviltante”), não interessa se o golpe foi forte ou leve, se atingiu os testículos ou a região glútea do aluno e se houve ou não lesão corporal.

O bem jurídico *primário* tutelado na ofensa aviltante a inferior é a *autoridade* e a *disciplina militares*, sendo a *honra* e a *integridade física* do sujeito passivo a tutela *secundária* da Norma Penal Castrense.

Tanto é que o crime está alocado no Capítulo “DA USURPAÇÃO E DO EXCESSO OU ABUSO DE AUTORIDADE”. Mais, à luz do parágrafo único do art. 176 do CPM, se da violência resultar lesão corporal, ainda será aplicada a pena do crime contra a pessoa.

Nesse diapasão, o magistério de Célio Lobão, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger e Enio Luiz Rossetto, respectivamente:

“O objeto da tutela penal é a **disciplina militar**, alicerce basilar da instituição militar, diante da ameaça ao bem jurídico protegido, resultante da conduta do superior hierárquico em ofender o subordinado mediante ato de violência aviltante. O **princípio de autoridade** sofre sério desgaste, principalmente pela forma como se realiza a violência, inaceitável para quem tem o dever legal de fazer obedecer as normas dos regulamentos militares, relativas à disciplina e às relações entre superior e inferior hierárquico”.³⁰ (grifo nosso).

“Objetividade jurídica [art. 176]: assim como na violência contra inferior, o tipo penal protege a **autoridade** e a **disciplina**

³⁰ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 291.

militares, bem como **[subsidiariamente] a integridade física do ofendido e sua honra**. Objetividade jurídica [art. 175]: o tipo penal em foco visa tutelar a autoridade que é lesada quando o superior pratica violência contra seu subordinado, uma vez que sua ascendência sobre ele e tantos outros que conhecerem o fato estará sensivelmente prejudicada depois desse evento. A disciplina igualmente será atingida com a conduta, pois a estética militar terá um de seus elos quebrados. Subsidiariamente, protege-se também a integridade física do ofendido”.³¹ (grifo nosso).

“É a tutela penal da **autoridade militar** ao se coibir o abuso do superior hierárquico. Tutela-se, ainda, a **disciplina militar** que não suporta esse aviltamento do subordinado pelo superior. **Subsidiariamente, são tuteladas a integridade e a vida do subordinado** se o crime cometido, mediante violência física, vier a causar lesão ou morte do inferior. **A honra subjetiva do inferior também é tutelada**. O crime é pluriofensivo”.³² (grifo nosso).

E, também, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Militar, *verbis*:

“Ementa: Ofensa Aviltante a Inferior - Rejeição de Denúncia. I - **Na dicção de Célio Lobão, em sua obra "Direito Penal" 'O objeto da tutela penal é a disciplina militar, alicerce basilar da instituição militar, diante da ameaça ao bem jurídico protegido, resultante da conduta do superior hierárquico em ofender o subordinado mediante ato de violência aviltante. O princípio de autoridade sofre sério desgaste, principalmente pela forma como se realiza a violência, inaceitável para quem tem o dever legal de fazer obedecer as normas dos regulamentos militares, relativas à disciplina e às relações entre superior e inferior hierárquico.'** II - Recurso a que foi dado provimento para, desconstituindo-se a Decisão questionada, receber a Denúncia, determinando-se a baixa dos autos ao

³¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 846 e 849.

³² ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 553.

Juízo de origem para o prosseguimento do feito. III - Decisão unânime. Decisão unânime". (Apelação nº 70-88.2011.7.05.0005, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, DJe de 6/3/2012) (grifo nosso).

"EMENTA: Recurso em Sentido Estrito. Ofensa aviltante a inferior (CPM, art. 176). Rejeição de denúncia. Peça acusatória que, além de formalmente apta, revela justa causa por conter elementos indiciários que amparam a acusação e a indicação de um mínimo de prova que viabiliza a Inicial. **Os conteúdos dos depoimentos colhidos na inquisição permitem, em princípio, afirmar a realização, por parte do Denunciado, de conduta, em tese, ilícita, descrita no Art. 176 do CPM, em razão de ter desferido tapa no rosto de subordinado diante de outros militares, o que resultaria em ofensa ao objeto da tutela penal, ou seja, a disciplina militar, alicerce basilar da instituição militar.** Constatção da existência do elemento subjetivo do dolo a demandar investigação probatória, observando-se o contraditório judicial, sob pena de autorizar-se decisão antecipativa de mérito, suprimindo-se fases processuais próprias. Recurso ministerial provido. Decisão unânime". (Recurso em Sentido Estrito nº 2008.01.007524-6, Relator Ministro Francisco José da Silva Fernandes, DJ de 20/6/2008) (grifo nosso).

Por isso, a lesão à integridade física somente teria o condão de qualificar o agravo, uma vez que o agente responderia em concurso de crimes pelos delitos de ofensa aviltante a inferior e lesão corporal, porém, com a regra do cúmulo material.

Concernente à elementar do tipo ato de violência, leciona Célio Lobão ser "suficiente que o corpo do subordinado seja tocado, mesmo sem ocasionar lesão ou morte porque, se esses resultados forem alcançados, o crime qualifica-se"³³. Por igual, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, verbis:

"Elementos objetivos: a conduta cinge-se à prática de violência contra inferior hierárquico ou funcional.

Já estudamos, por mais de uma ocasião, o significado para o CPM do termo violência, sendo possível afirmar que toda vez que a lei se utiliza dessa palavra quer significar a agressão de ordem exclusivamente física. Portanto, nesta previsão, o superior

³³ Op. cit., p. 286.

hierárquico ataca fisicamente o seu subordinado, respondendo ele por este delito mesmo que a agressão não deixe qualquer vestígio".³⁴

Nesse contexto, a conduta do sujeito ativo consubstanciou o indigitado ato de violência, porquanto o corpo do ofendido foi efetivamente atingido por um chute de seu superior hierárquico, não importando, consoante enfatizado, se o golpe acertou a região glútea ou os testículos do recruta para a consumação delitiva.

O elemento subjetivo do tipo, da mesma forma, ficou caracterizado nos autos. Cediço não se poder extrair o dolo da mente do autor, e sim das circunstâncias constantes do processo, por si suficientes para sua configuração.

O autor, consciente e voluntariamente, praticou o núcleo do tipo quando determinou que o sujeito passivo ficasse "de quatro" e lhe desferiu um chute. Ele próprio afirmou em juízo, *verbis*:

"(...) que o interrogando foi surpreendido pelo mencionado abraço, cabendo asseverar que, em momento algum, havia dado qualquer tipo de 'abertura' ao S2 LOURENÇO para este tomar aquele tipo de atitude, razão pela qual o interrogando interpretou aquele ato (abraço) como uma forma desrespeitosa do subalterno tratar o seu superior hierárquico; que quando recebeu aquele referido abraço, o interrogando, na qualidade de instrutor, buscou exercer uma natural pressão psicológica no instruendo, razão pela qual determinou que este ficasse de quatro e deu um chute em sua região glútea, dizendo: 'sai correndo'." (fls. 497/502).

Sua percepção da realidade era tão adequada à situação, que aduziu esperar a negativa da ordem por parte do S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, mas, como ele ficou na posição determinada, simplesmente achou por bem dispensá-lo, determinando que ele fosse embora.

Nesse conspecto, colhe-se doutrina acerca do aviltamento:

Célio Lobão: *"Ato aviltante é o que humilha, ofende a dignidade, o decoro situando o ofendido em condição de inferioridade, de menor valia, diante de outros militares que lhe são*

³⁴ *Op. cit.*, p. 847.

*superiores, inferiores ou de igual nível hierárquico. O aviltamento resultante de ato inerente à própria natureza da violência é aquele em que a violência realiza-se de maneira a aviltar, a humilhar, o subordinado, como aplicar tapas no rosto, nas nádegas, cuspir no rosto, puxar as orelhas, etc. (...) Enfim, a lei refere-se à violência cometida de forma a atingir o subordinado em sua honra especial de militar e de pessoa humana, sendo irrelevante que o ofendido considere-se ou não aviltado, nem que o ato tenha sido cometido com animus jocandi ou outra motivação”.*³⁵

Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger: *“Elementos objetivos: a conduta em si é idêntica àquela tipificada no delito de violência contra inferior. Ocorre, todavia, que aqui o tipo de agressão é humilhante, afronta a honra do ofendido, inferioriza, desvaloriza, ataca a dignidade (atributos morais) e/ou o decoro (atributos físicos e intelectuais), além de lhe atingir a integridade física”.*³⁶

Como se não bastasse, o réu, oficial da Aeronáutica, sustentou que seu agir é comum durante as instruções militares, inclusive no âmbito da Academia da Força Aérea, como forma de doutrinar o instruendo e não de humilhá-lo. Ora, acatar tal alegativa seria ferir veementemente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana!

Para além, é ele sabedor da norma de acampamento que veda o contato físico dos instrutores com os instruendos, inclusive, afirmando que sua interpretação era *“bem simples e objetiva (algo do tipo: é proibido o contato físico entre o instrutor e o aluno)”* (fls. 497/502). A propósito, o item 4.12 da NS 01/BINFA/2009, que tem como assunto *“Exercício de Campanha do Curso de Formação de Soldados da Primeira Turma de 2009”* (fls. 129/141) aduz: *“É expressamente proibido o uso de força ou qualquer tipo de contato físico entre instrutores e instruendos”.*

Ademais, o sujeito ativo, **na qualidade de instrutor do curso de formação de soldados**, deveria ter velado pela incolumidade física e moral dos alunos, uma vez se encontrarem sob sua imediata proteção, de forma que atraiu a incidência da agravante prevista no art. 70, inciso II, alínea *i*, do CPM.

³⁵ *Op. cit.*, p. 292.

³⁶ *Op. cit.*, p. 850.

Frise-se ser o acusado **instrutor** do curso de formação de soldados da Base Aérea de Porto Velho – 1ª turma de 2009, e o militar de mais alta patente, só devendo obediência naquele local ao corrêu, que era o coordenador da instrução militar.

Nesse contexto, trago à balha os seguintes dispositivos do Estatuto dos Militares, consubstanciadores da obrigação legal de proteção, mormente pelo fato de o apelado ser o instrutor de maior autoridade do curso:

“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:

III - respeitar a dignidade da pessoa humana;

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;

XIV - observar as normas da boa educação;

XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Art. 32. Todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los”. (grifo nosso).

Cito, outrossim, jurisprudência desta Corte Castrense:

“APELAÇÃO. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR. OFENSA AVILTANTE A INFERIOR. CONCURSO MATERIAL. LESÃO À IN-

TEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA. TRATAMENTO DEGRADANTE. PERÍODO BÁSICO DE INSTRUÇÃO MILITAR. PROVA DOCUMENTAL. COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DOS FATOS. AUTORIA INCONTROVERSA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. **Incorre nos delitos tipificados nos artigos 175 e 176 do CPM a conduta truculenta e desumana de graduados que impingem toda forma de agressão física (socos, pontapés, choques elétricos, gás lacrimogêneo, dentre outros) contra os instruídos em curso de formação básica.** A prova documental contida em mídia de CD (vídeo) retrata, em minúcias, a exacerbação no uso da violência. **A posição hierarquicamente superior dos agressores os coloca em situação de garantidores da incolumidade dos subordinados, do que resulta o acentuado grau de reprovabilidade das práticas violentas que se puseram ao desserviço da instrução militar.** Sentença condenatória mantida integralmente. Apelo defensivo desprovido por decisão unânime". (Apelação nº 144-03.2009.7.01.0401, Relator Ministro José Américo dos Santos, DJe de 23/4/2013) (grifo nosso).

"APELAÇÃO. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR. IMPOSIÇÃO CONSTRANGEDORA DE SUPERIOR HIERÁRQUICO CONTRA OS CABELOS DE DOIS SUBORDINADOS. CONTEXTO PÚBLICO. MEIO E MODO DENOTAM NÍTIDO PROPÓSITO DE ULTRAJAR E HUMILHAR. A instrução criminal evidenciou que houve excesso e exercício indevido e reprovável da autoridade militar, tanto pela confissão do réu, ao afirmar que, de fato, compeliu seus recrutas a reduzir-lhes o cumprimento do cabelo, bem como pelas versões apresentadas pelas testemunhas. **Além de macular a incolumidade física e moral dos ofendidos, o acusado violou gravemente sua obrigação de, na qualidade de superior, tratar o subordinado dignamente e com urbanidade (art. 31, inciso VI, da Lei nº 6.880/80).** Apelo ministerial provido, para reformar a sentença absolutória recorrida e condenar o réu à pena mínima, com a declaração da extinção da punibilidade, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 123, inciso IV, c/c os artigos 125, inciso VII, todos do CPM. Decisão unânime". (Apelação nº 21-86.2007.7.05.0005, Relator Ministro José Américo dos Santos, DJe de 8/6/2011) (grifo nosso).

Ao sujeito ativo, dessa forma, **incumbia a proteção e resguardo dos instruídos do curso de formação de soldados, por ser ele o instrutor do treinamento**. Sem embargo, humilhou o aluno com violência e covardia.

Por derradeiro, o aviltamento restou sobremaneira comprovado no processo, na medida em que o recorrido deu ordem ao inferior para ficar “de quatro”, ocasião em que lhe desferiu um chute no testículo (ou em sua região glútea), consumando o delito de ofensa aviltante.

Destarte, à vista da inexistência de causas justificadoras ou de dirimentes de culpabilidade, dou provimento ao apelo ministerial para condenar o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR como incurso no delito do art. 176, *caput*, do CPM.

LEANDRO PINHEIRO ROSA, 1º Ten Aer:

Em interrogatório (fls. 492/496), o 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, a despeito de ter alegado não haver presenciado o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR dar um pontapé na região genital do S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, confessou ter determinado a alguns instruídos, ao final do exercício de “falsa baiana”, que abraçassem os instrutores do curso de formação, não se recordando quais soldados receberam a ordem.

Por outro lado, reconheceu ser anormal a prática de os alunos abraçarem os instrutores, contudo, deu tal ordem como forma de descontração, e não com o intuito de maltratar os militares, pois, para ele, ao serem abraçados, os instrutores simplesmente determinavam que os soldados “fossem embora”.

Neste teor, a oitiva da vítima (fls. 517/521), *litteris*:

“(…) que, quando o Ten PINHEIRO determinou ao declarante que este ‘abraçasse o Ten NEIL’, aquele oficial o fez ‘em tom de brincadeira’; que, naquele momento, o declarante cumpriu a referida determinação do Ten PINHEIRO porque ‘estava com medo’ (‘eu titubeei um pouco, ele disse “vai”, e eu fui, afinal ele era o mais antigo’); que, quando foi feita tal determinação, o Ten PINHEIRO ‘já estava rindo’; que naquela ocasião o declarante, como dito, ‘estava com medo’ do Ten NEIL (‘eu estava com medo dos dois, mas estava com mais medo do Ten NEIL’); (...) que, naquela ocasião, havia outras pessoas presentes,

mas, pelo que o declarante se recorda, 'o Ten PINHEIRO estava rindo' (o declarante não chegou a ver se outras pessoas também riam); (...) que o declarante, antes de 'abraçar o Ten NEIL', chegou a ver outros recrutas abraçando outros instrutores e graduados; que o declarante não chegou a ver nenhum recruta receber a ordem de abraçar instrutor ou monitor e não cumpri-la ('pelo que eu vi, todos cumpriram'); que o declarante lembra-se de apenas um recruta que recebeu tal tipo de ordem, o S2 CALDAS ('ele recebeu a ordem de abraçar o S2 MICHEL, e este pegou um pneu e jogou nas costas daquele'); que, na cabeça do declarante, este entendeu que a ordem de abraçar o Ten NEIL era absurda (mas cumpriu tal ordem por falta de experiência - 'o que é uma ordem abusiva?'); (...) que, quando recebeu a ordem do Ten PINHEIRO para 'abraçar o Ten NEIL', este oficial 'estava vindo, mas não lembro a distância' ('era perto'); (...) que, quando recebeu a ordem para abraçar o Ten NEIL, o declarante estava 'em forma', sendo que o Ten PINHEIRO estava a seu lado e aquele referido oficial, como dito, estava vindo (...); (...) que, após levantar-se (depois de levar o chute), o declarante pôde observar que o Ten PINHEIRO 'estava rindo'; (...) que, mesmo o Ten PINHEIRO tendo dado aquela ordem ('abraçar o Ten NEIL') em 'tom de brincadeira', o declarante confirma ter 'ficado com medo' daquele oficial (embora, como dito, ficou 'com mais medo do Ten NEIL'); (...) que, na fase de acampamento, 'o mais antigo era o Ten PINHEIRO'."

A prova testemunhal, de igual forma, corroborou ter o agente dado as determinações para os instruendos abraçarem os instrutores durante o curso de formação. Leiam-se as oitivas das seguintes testemunhas de acusação, com os relatos da fase inquisitorial confirmados em juízo:

Clóvis Bezerra de Lima, S2 Aer (fls. 522/528 e 46/47):

"(...) que, pela experiência que possui e considerando o contexto dos fatos, o depoente não considera que aquela ordem dada aos recrutas (abraçar instrutores/monitores) seja uma ordem 'absurda', pois via que tais determinações tinham como objetivo a interação da tropa com os instrutores/monitores; que, na visão do depoente, tais ordens não tinham a intenção de 'humilhar'; (...) que, pelo que se lembra, quando houve o chute desferido no S2 LOURENÇO pelo Ten NEIL, o Ten PINHEIRO 'estava

ao fundo com os outros recrutas, mas não me recordo de ter visto ele ter dado alguma ordem ao S2 LOURENÇO, e nem o vi sorrindo'; (...) que confirma o quanto dito em sede inquisitorial no sentido de que o Ten PINHEIRO distava aproximadamente 'de cinco a dez metros' do ocorrido (chute do Ten NEIL no S2 LOURENÇO); que o Ten PINHEIRO, naquele momento, 'encontrava-se em uma clareira, com os demais recrutas', de costas para o depoente.

(...) Perguntado se observou a brincadeira dos recrutas abraçarem os instrutores, respondeu que sim, que observou o fato com outros instrutores, inclusive consigo, sendo abraçado por um recruta, mandando-o pagar flexão (...).

Jean Carlos Melo dos Santos (fls. 653/659):

"(...) TESTEMUNHA: Vários militares estavam no chão, certo, eu estava em cima. Como os recrutas vinham cheios de lama um brincando com o outro, pra mim era uma brincadeira 'Vai lá abraça o fulano, que eu não lembro o nome, vai lá abraça ciclano'. Isso eu ouvi, certo (...). JUIZ: Certo. Agora essa situação de que falou pra os recrutas abraçarem os instrutores. Havia isso mesmo? TESTEMUNHA: Sim, eu ouvi a brincadeira embaixo. JUIZ: Era brincadeira ou era ordem dos instrutores? Como é que era isso? TESTEMUNHA: Pra mim era como uma brincadeira. JUIZ: Mas isso acontece mesmo? O recruta cheio de lama abraçar o instrutor? É praxe isso? TESTEMUNHA: Não! Que foi a segunda instrução que eu participei somente".

Ageu Pereira da Silva, Soldado Aer (fls. 690/691 e 64/65):

"(...) que, no momento do referido chute, o depoente não viu ou ouviu qualquer manifestação (palavras, risos, etc.) do acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA, que também se encontrava próximo ao local.

(...) Já no final da pista de obstáculos observou a presença do Tenente Pinheiro e o Sargento VENTURA, e não lembra qual dos dois mandou o S2 LOURENÇO abraçar o Tenente NEIL, que estava chegando no local. (...) que a brincadeira dos instrutores de mandar abraçar os instrutores já estava ocorrendo a bastante tempo".

Marcelo Oliveira do Nascimento, Soldado Aer (fls. 692/693 e 71):

“(...) que confirma que o acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA ‘permaneceu rindo’, após o chute desferido pelo acusado DOUGLAS NEIL SAMPAIO JÚNIOR no S2 LOURENÇO (IVANILDO LOURENÇO JÚNIOR); (...) que, no momento em que o S2 LOURENÇO ficou ‘de quatro’, o mesmo encontrava-se de costas para o depoente; que naquele momento, o acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA distava do S2 LOURENÇO ‘um metro, um metro e meio, por aí’, sendo que o depoente não se recorda em qual posição exata aquele referido réu se encontrava do fato; que o depoente confirma, mais uma vez, que o acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA ‘estava rindo’ (‘não posso afirmar com certeza se a risada foi ou não em razão do chute, mas, após o Ten PINHEIRO determinar ao S2 LOURENÇO que este abraçasse o Ten NEIL, aquele oficial começou a rir, e não parou mais’).

(...) estava distante dois metros do S2 LOURENÇO, no último obstáculo da pista e viu o Tenente PINHEIRO mandar o referido soldado abraçar o Tenente NEIL. O S2 LOURENÇO obedeceu à ordem do Tenente PINHEIRO, abraçando de lado o Tenente NEIL que falou ‘você tá maluco’. (...) O Tenente PINHEIRO logo após mandar o S2 LOURENÇO abraçar o Tenente NEIL e após toda a ocorrência, permaneceu rindo (...)”.

E Juziel Cianqueta de Souza, ex-Soldado Aer (fls. 772/778 e 75/76):

“(...) MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O senhor viu algum recruta abraçando o instrutor? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Quem que o senhor viu? TESTEMUNHA - Lourenço. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Abraçando quem? TESTEMUNHA - Tenente Neil. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - Ele tava sujo de lama? TESTEMUNHA - Sim. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - O recruta? TESTEMUNHA - Sim. DEFESA - Certo. E aonde é que tava o Tenente Pinheiro na hora do chute? TESTEMUNHA - Bem próximo a nós. DEFESA - Nós quem? Você disse que tava a três, quatro metros e ele tava a quanto? TESTEMUNHA - Tava bem próximo, porque nós tava em fila, no final, no final da pista nós tava em filas pra voltar, pra retornar aos exercícios. Era uma pista, ela ia e voltava e eu tava na fila esperando que mais chegassem, todos chegassem ali pra que voltasse e o Tenente Pinheiro tava bem do lado nosso. DEFESA - Certo. E a que distância vocês tavam da... Vocês dois estavam do Tenente Neil e do Tenente Pinheiro do Soldado Lou-

renço? TESTEMUNHA - A que distância eu estava do Soldado Lourenço? DEFESA - É. Vocês dois? Já que ele estava próximo de você, ele devia estar a mesma distância. A que distância vocês estavam? TESTEMUNHA - A uma distância de três metros, dois metros. O Tenente Pinheiro tava mais pra frente da fila, eu tava assim e ele tava mais assim e o soldado tava na frente de nós. DEFESA - Certo. E depois do ocorrido, qual foi a reação do Tenente Pinheiro? TESTEMUNHA - O Tenente Pinheiro deu um breve sorriso e continuou os exercícios, continuou os exercícios normal.

(...) estava bem próximo do S2 LOURENÇO. (...) Havia instrutores mandando os recrutas abraçarem outros instrutores. No último obstáculo da pista, viu e ouviu o Tenente PINHEIRO mandar o S2 LOURENÇO abraçar o Tenente NEIL. (...) Perguntado qual a atitude do Tenente PINHEIRO e Tenente NEIL após a ocorrência, respondeu que ficaram dando risada (...)."

Depreende-se, então, que o sujeito ativo encontrava-se bem próximo ao ofendido e ao corréu, determinando àquele que abraçasse este, para sujá-lo de lama.

Entendo, porém, que a ordem para o aluno abraçar o instrutor partiu **unilateralmente** do mandante, inexistindo acordo de vontades e unidade de desígnios entre os corréus, como pleiteia o membro do *Parquet* Castrense de primeira instância.

Em sentido semelhante, a declaração de voto vencido do Juiz-Auditor Substituto:

"Ora, destes autos não se pode extrair a certeza de ter havido algum acerto prévio entre os referidos denunciados, ressaltando-se que a conduta do réu DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR somente ocorreu posteriormente ao ato do acusado LEANDRO PINHEIRO ROSA, razão pela qual fazer qualquer tipo de referência a uma adesão deste à conduta daquele seria enveredar pela seara de uma inaceitável responsabilidade penal objetiva." (fl. 1.160).

In specie, entendo que a hipótese, nem sequer, levanta dúvidas sobre eventual prévio acordo entre ambos. Os autos revelam que os instrutores em geral, e não somente o 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, determinavam aos alunos que abraçassem outros instrutores. A prática havia se generalizado no local de instrução e, sendo uma "brinca-

deira de mau gosto” realizada com o colega instrutor e o recruta instruendo, pressupunha o desconhecimento de quem iria receber o abraço, pois seria pego de surpresa pelo amplexo de um instruendo enlameado.

Daí, não há que cogitar em concurso de pessoas, mas, sim, em ato unilateral do mandante, que não se confunde com a conduta superveniente do corréu.

A questão, na verdade, seria muito bem pontuada pelo Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar Dr. Roberto Coutinho, no Parecer de fls. 1.196/1.200, *verbis*:

“No que diz respeito ao Ten PINHEIRO, é certo que este foi quem provocou a conduta delituosa ao ordenar que o S2 Lourenço, enlameado, abraçasse o Ten NEIL, conhecido por ser rígido com os alunos. Era lógico, esperado e previsível que o oficial não reagisse bem ao abraço recebido, não apenas por ser inusitado, mas também por tê-lo sujado. Assim, mostra-se evidente que o comportamento do Ten PINHEIRO criou o risco da superveniência da ofensa aviltante sofrida pela praça, e, a partir daí, nos termos do art. 29, § 2º, do CPM, o oficial assumiu a posição de garante em relação às ações por ele provocadas.

Impõe-se, igualmente, a sua condenação”.

A respeito, releve-se a classificação dos crimes em *comissivos*, *omissivos* e de *condutas mistas*. Somente a segunda interessa ao caso *sub oculi*, subdividida em *crimes omissivos próprios* ou *puros* e *crimes omissivos impróprios*, *espúrios* ou *comissivos por omissão*.

Nos *delitos omissivos próprios*, o tipo penal aloja a omissão em seu interior, descrevendo uma conduta negativa. O sujeito ativo **não** responde pelo resultado naturalístico produzido, e **sim por sua omissão**, de sorte que o delito poderá ser cometido por qualquer pessoa assinalada pelo tipo penal, inexistindo norma complementar impositiva do *dever jurídico de agir*.

Nos *crimes omissivos impróprios*, por seu turno, o tipo penal contém uma ação positiva, uma conduta comissiva, mas o agente, incumbido do *dever jurídico de agir*, omite-se, ocasião em que sucede a produção de um **resultado naturalístico** a ele imputável por norma de extensão. São crimes **necessariamente materiais** e *próprios*, por dependerem da produção de resultado naturalístico e somente serem praticados pelas pessoas encarregadas do *dever jurídico de agir*.

Dispõe o art. 29, *caput* e § 2º, do CPM:

“Relação de causalidade

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.” (grifo nosso).

O § 2º do art. 29 do CPM só é aplicável aos crimes comissivos por omissão, pois a inércia do agente, nessas hipóteses, somente interessa ao Direito Penal Militar quando a norma impunha-lhe um agir.

Trata-se da figura do *garante* ou *dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico*. Aqui, o sujeito ativo detinha a obrigação legal de proteção/vigilância. Bem assim, com seu comportamento anterior, criou um risco que efetivamente se consumou.

O próprio autor relatou, em interrogatório, já ter participado de outras instruções semelhantes à narrada na exordial, tanto como instrutor quanto coordenador e, nelas, dentre outras atribuições, incumbia-lhe, na qualidade de coordenador, velar pela segurança das instruções.

Ora, consoante enfatizado, o Estatuto dos Militares consubstancia a obrigação legal de proteção/vigilância:

“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:

VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.” (grifo nosso).

Tal como colocado pela norma, ao sujeito ativo incumbia o dever de agir para evitar (ou ao menos tentar evitar) a consumação delitiva, porquanto detinha a obrigação legal de proteção/vigilância.

Não bastasse, o apelado, com sua conduta antecedente (a de determinar que o S2 Aer Ivanildo Lourenço Gouveia Júnior, que se encontrava todo enlameado, abraçasse o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR), criou o risco de superveniência da **consumação delitiva**, ao tempo em que se absteve de evitar a efetivação do perigo.

À evidência, ele era sabedor que o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR, conhecido por sua rigidez com os graduados, não reagiria bem ao abraço recebido; a uma, por tê-lo sujado e, a duas, por malferir as regras de consideração e respeito devidas ao superior hierárquico.

Após a criação do perigo e ao perceber o que ocorria, o acusado omitiu-se da obrigação que lhe incumbia, sabido que sua ação pretérita criou a situação de risco. E é **na conduta negativa posterior** que deveria ser analisado o elemento subjetivo do sujeito ativo. **Contudo, a consumação delitiva não pode ser imputada ao agente, porquanto o delito de ofensa aviltante a inferior não é um crime material.**

O cenário trazido à colação serve para demonstrar a imprescindível análise do atuar do 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, à luz do Direito Administrativo Disciplinar.

Na seara penal, a despeito do ato censurável, não lhe é possível atribuir o crime do art. 176, *caput*, do CPM. Isso porque os *delitos omissivos espúrios* são necessariamente *materiais* ou de *resultado*.

In casu, a integridade física e a honra do sujeito passivo só têm a proteção **subsidiária** da Norma Penal Castrense. O bem jurídico **primário** tutelado é a autoridade e disciplina militares.

De fato, o crime de ofensa aviltante a inferior não produz um resultado naturalístico no mundo exterior. Não há modificação da realidade física ou alteração material. Tanto é que, ausente a relação entre superior e inferior hierárquico, a conduta permanece típica, mas transmuda-se para o tipo do art. 217 do CPM – injúria real (crime formal). Confira-se, novamente, o magistério de Enio Luiz Rossetto e Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger:

“A definição do crime de ofensa aviltante a inferior se avizinha da injúria real (art. 217). Na injúria real também há o elemento subjetivo especial, há ofensa à honra do indivíduo, mas não há relação de subordinação entre o sujeito ativo (superior) e o sujeito passivo (subordinado), que há no crime do art. 176.³⁷

Deve-se ter em foco que os atos configuradores de ofensa aviltante são os mesmos caracterizadores da injúria real. Nesse sentido, pode-se firmar que a diferenciação entre os delitos repositivos, inicialmente, na questão objetiva de haver um superior contra um inferior na ofensa aviltante, enquanto a injúria real não exige qualidades específicas dos sujeitos ativo e passivo”.³⁸

Nestes autos, se houvesse o resultado lesão corporal (art. 176, parágrafo único, do CPM), ele sim poderia ser imputado ao agente a título comissivo por omissão, tendo em vista a produção de um **resultado naturalístico**. Como inexistiu delito contra a integridade física do indivíduo, impõe-se a verificação da atipicidade da conduta negativa deste agente, o 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA.

Em trabalho sobre os crimes omissivos impróprios, colhe-se doutrina de Sheila Bierrenbach:

“A relação de causalidade refere-se, **exclusivamente, aos delitos de resultado, cuja superveniência coincide com a consumação**. Trata-se de causa e efeito que há de existir entre a conduta do agente e o evento descrito pelo tipo. (...)

Ocorrido, pois, o evento vedado pela lei, cumpre, de pronto, questionar acerca da **relação física, naturalística, porventura existente entre ele, resultado**, e a conduta do sujeito.

(...) já se registrou sucessivas vezes que **os crimes omissivos impróprios são, antes de tudo, crimes de evento, evento este que desponta como fator de importância maior nestes delitos**.³⁹ (grifo nosso).

Portanto, a responsabilidade penal pelos delitos omissivos espúrios pressupõe que o tipo contenha um **resultado naturalístico**, isto é, que o crime seja **material**, de forma a produzir um **resultado no mundo**

³⁷ *Op. cit.*, p. 553.

³⁸ *Op. cit.*, p. 850.

³⁹ BIERRENBACH, Sheila A. *Crimes Omissivos Impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 48 e 74.

exterior separado, tanto no tempo como no espaço, da conduta do agente. **São incompatíveis, assim, com os crimes formais ou de mera conduta.**

Convém frisar que a doutrina, mesmo nos *crimes de resultado*, tem buscado esclarecer quais seriam os resultados imputáveis por omissão de ação imprópria. Juarez Cirino dos Santos informa existir certa tensão dogmática concernente à extensão da responsabilidade penal dos *crimes comissivos por omissão*. Leia-se:

“(...) a lei penal define os fundamentos do dever de evitar o resultado (art. 13, § 2º, CP), mas não indica os resultados de lesão de bens jurídicos atribuíveis ao garantidor sob aqueles fundamentos legais – ou seja, não indica os tipos de resultado de lesão atribuíveis ao garantidor do bem jurídico –, o que parece infringir a proibição de indeterminação legal do princípio da legalidade: afinal, todos os bens jurídicos dos tipos de resultado são atribuíveis ao garantidor, ou apenas os bens jurídicos mais importantes e, nesse caso, quais e de que modo?”⁴⁰

A doutrina especializada sobre o tema assevera ser imprescindível a redução da responsabilidade penal do garantidor aos bens jurídicos mais importantes, quais sejam, **a vida, a integridade física e a liberdade.**

Confira-se doutrina de Juarez Tavares, em obra específica sobre a matéria, *verbis*:

“(...) afora os casos de responsabilidade expressa, ou de deveres legais, só terá sentido uma incriminação da omissão imprópria, quando se tratar de delitos contra a vida, a integridade corporal e a liberdade (incluída a liberdade sexual), cujos objetos jurídicos, por sua natureza e pelas consequências, necessitam de uma imediata e oportuna intervenção protetiva por parte do sujeito, que não pode ser postergada para não se tornar inócua. Não se incluem, assim, bens jurídicos patrimoniais como objetos de lesão dos crimes omissivos impróprios, porque sua natureza fungível ou redutível a reparações civis não é suficiente para

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 104.

*fundar essa imprescindibilidade sob o pressuposto da incidência autônoma da norma penal.*⁴¹

Juarez Cirino dos Santos, outrossim, restringe a incidência dos *crimes omissivos impróprios* aos bens mais importantes, até mesmo negando a tutela aos crimes de sexualidade:

“No caso da lei penal brasileira, a ausência de cláusula de correspondência, pela qual a não evitação do resultado deve corresponder à realização ativa do resultado pelo garantidor, agrava a situação. No Brasil, após a reforma de 1984, a lei penal define os fundamentos do dever jurídico de evitar o resultado (art. 13, § 2º, CP), mas não determina os resultados de lesão dos bens jurídicos atribuíveis ao garantidor, com fundamento nos deveres jurídicos definidos.

*Nessas condições, a única forma de conciliar a omissão de ação imprópria com a proibição de indeterminação do princípio da legalidade seria reduzir a responsabilidade penal do garantidor aos bens jurídicos individuais mais importantes, como a vida e o corpo do sujeito garantido: a extensão da garantia a todos os tipos de resultado de lesão, incluindo o patrimônio, a sexualidade, ou – ainda mais grave – o sistema financeiro, o meio ambiente etc., embora tecnicamente possível, implicaria um dever jurídico indeterminável e excessivo, incompatível com a Constituição da República.*⁴²

Independentemente de toda a controvérsia, o atual cenário demonstra que, ao menos na hipótese vertente, mormente em face da ausência de lesão corporal, impossível atribuir o crime de ofensa aviltante a inferior, por omissão imprópria, ao 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA, pela atipicidade material da conduta.

Por decorrência, entendo que o *Decisum a quo* está eivado de contradição, uma vez que, ao mesmo tempo em que reconheceu a atipicidade da conduta, fundamentando a absolvição na alínea *b* do art. 439 do CPPM, também ponderou a ausência de instrumento probatório suficiente para a condenação do agente, *ex vi* do art. 439, alínea *e*, do mesmo *Codex*.

⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos Crimes Omissivos*. São Paulo: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2012. p. 346.

⁴² *Op. cit.*, pp. 105/106.

Com efeito, se, pelo conceito analítico, o crime constitui-se do fato típico, ilícito e culpável, inexistente razão lógica para a absolvição do recorrido por ausência de provas, se, na espécie, sequer existiu delito por ausência de fato típico.

Em sentido semelhante, extrai-se do voto vencedor da Apelação nº 85-41.2011.7.02.0102, elaborado pelo ilustre Relator Ministro CLEONILSON NICÁCIO SILVA, DJe de 12/9/2013, *verbis*:

“No tocante à insuficiência de provas, aduzida pelo Colegiado de primeiro grau, merece reparo a Sentença prolatada quanto ao descrito na alínea ‘e’ do artigo 439 do CPPM.

É que os autos demonstraram que a Acusada admitiu, em seu depoimento colhido em Juízo, ter efetuado as transações bancárias narradas na Denúncia.

Desse modo, não podem prevalecer os argumentos no sentido de que não existem provas suficientes para a condenação, devendo ser suprimida do Decreto absolutório a menção à alínea ‘e’ do artigo 439 do CPPM, o que, no entanto, não elide a constatação de que a conduta da Acusada foi levada a efeito sob o pálio do estado de necessidade exculpante descrito no art. 39 do CPM.

In casu, restando comprovada a incidência da citada excludente, deve permanecer o fundamento da absolvição escudado na alínea ‘d’ do artigo 439 do CPPM.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo ministerial para manter a Sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos, com fulcro no artigo 439, alínea ‘d’, do CPPM, e suprimir o fundamento da alínea ‘e’ do citado dispositivo legal”.

Destarte, devido à atipicidade do agir, nego provimento ao recurso ministerial a fim de manter a absolvição do 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA da imputação como incurso no delito do art. 176, *caput*, do CPM, ressaltando a apreciação do fato na esfera administrativa disciplinar.

Passo, então, à dosimetria da pena do acusado 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR.

Na primeira fase, observo a *grande extensão do dano*, porquanto, em razão da intensa repercussão dos fatos no seio da caserna, **o ofendido suportou um prolongado efeito ricochete do ato humilhante a que foi**

submetido. Tanto que passou ele a ser motivo de chacotas entre os colegas de farda, angariando apelido pejorativo, por ter recebido um pontapé na região genital.

Cito relato da vítima (fls. 517/521): “*que, depois deste fato, o declarante ficou bastante constrangido, virando motivo de ‘chacota’ para toda a tropa, tendo inclusive recebido o apelido de ‘gemada’*”. Corroborando, o S2 Aer Rodrigo Rodrigues Ferreira (fls. 510/514) declarou que, embora não estivesse presente no momento do chute, tomou conhecimento do ocorrido, posteriormente, em razão da “*chacota entre amigos*”.

Considero de intensa reprovabilidade o *modo de execução do agravo*. O denunciado não se contentou, somente, em dar um chute no soldado diante de diversos militares; pior, deu ordem para que ele ficasse “*de quatro*”, posição de elevada conotação degradante da sexualidade.

Por igual, tenho por negativa a *atitude de insensibilidade após o crime*. Isso porque o próprio agente, imediatamente após a perpetração do ato, determinou que a vítima executasse vários exercícios sob fortes dores, o que demonstra sua extremada frieza no trato dos alunos do curso de formação de soldados.

Concernente aos *antecedentes do réu*, a reforma da Parte Geral do CP, em 1984, não alterou o art. 69 do CPM, de maneira que o Diploma Castrense abarca a *conduta social* dentro dessa circunstância judicial.

A personalidade do réu foi valorada negativamente no Relatório do IPM, sendo considerado uma pessoa fechada, briguenta e estourada (fls. 327/328). Dos depoimentos testemunhais, extrai-se ser ele uma pessoa rígida, firme cumpridor do princípio da hierarquia e um bom profissional. Destarte, embora fosse possível a análise negativa da conduta social do sujeito ativo, no bojo dos antecedentes, não a valoro dessa forma em virtude das divergências apresentadas.

Daí, diante de 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, aplico a pena-base acima do mínimo legal previsto no art. 176, *caput*, do CPM, a qual fixo em 1 (um) ano e 22 dias de detenção.

Na segunda fase, reconheço a agravante do art. 70, inciso II, alínea *i*, do CPM, à vista de o aluno estar sob a imediata proteção do instrutor do curso de formação de soldados. Fixo-a no percentual mínimo de 1/5 (um quinto), a teor do art. 73 do mesmo *Codex*.

Com relação à agravante pleiteada pelo *Parquet* Castrense de 1º grau (art. 70, inciso II, alínea *d*, do CPM), não visualizei qualquer situação de traição, emboscada, surpresa ou outro meio insidioso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Tanto que o próprio MPM sequer fundamentou sua aplicabilidade.

Concernente à agravante do art. 70, inciso II, alínea *g*, do CPM, deixo de considerá-la em observância ao princípio do *ne bis in idem*, uma vez o *abuso de poder* estar compreendido no próprio tipo penal, inserido no Capítulo referente ao *Abuso de Autoridade*.

No que tange à atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea *d*, do CPM, não há como acolher o pleito defensivo. De fato, o tratamento da *confissão espontânea* no âmbito do Diploma Castrense diferencia-se do conferido no Código Penal comum. Aqui, para ser aplicada, pressupõe que a autoria do crime seja ignorada ou imputada a outrem.

Corroborando, o posicionamento desta Casa Superior de Justiça Militar:

“EMENTA: ROUBO QUALIFICADO. ARMA PERTENCENTE ÀS FFAA. VÍTIMA SENTINELA. PROBLEMAS FINANCEIROS. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. TEMPESTIVIDADE. INTIMAÇÃO. ÚLTIMA DATA. Agentes armados com arma de fogo que roubam fuzil de militar em serviço de sentinela no quartel têm confirmada a condenação por roubo qualificado. Dificuldades econômicas não caracterizam estado de necessidade nem se as admite como justificativa para prática de condutas ilícitas. Antecedentes criminais (inquéritos), a gravidade do crime, as consequências dele decorrentes (não recuperação da arma) autorizam aplicação da pena acima do mínimo legal, apesar da primariedade do réu. **Confissão espontânea – atenuação não caracterizada quando já revelada a autoria do crime.** Tempestividade confirmada. A intimação da sentença condenatória é feita tanto ao réu como ao advogado, contando-se o prazo recursal da data da última intimação feita. Preliminar rejeitada. Sentença reformada em parte. Aplicada a atenuante da menoridade. Parcialmente provido um dos apelos e improvido outro. Unânime.” (Apelação nº 2007.01.050629-2, Relator Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, DJ de 22/5/2009) (grifo nosso).

Relativamente à atenuante inculpada no art. 72, inciso III, alínea *c*, do CPM, de forma idêntica, não há como aplicá-la. Conquanto o agen-

te tenha sido provocado por um abraço enlameado de um inferior hierárquico, o ato não tem o condão de induzir à *violenta emoção*. A atenuante não pode incidir simplesmente pelo autor ser considerado pessoa muito rígida, vindo a irar-se com a situação.

O amplexo recebido há de ser analisado no contexto dos fatos, qual seja, em um curso de formação de soldados onde inúmeros instrutores determinavam aos instruendos que abraçassem outros instrutores, tornando-se uma prática generalizada dos superiores hierárquicos embora a entenda indevida.

Ausentes, então, atenuantes a considerar. Assim, aumentada a pena-base no patamar de 1/5, em razão da agravante inculpada no art. 70, inciso II, alínea *i*, do CPM, verifica-se a sanção em 1 (ano), 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção.

Inexistem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Dessa forma, torno-a definitiva em 1 (ano), 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção, convertida em prisão, *ex vi* da previsão constante do art. 59 do CPM.

Alfim, muito embora tenha reconhecido a existência de 3 (três) circunstâncias judiciais negativas, concedo ao 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR o benefício do *sursis* pelo **prazo de 4 (quatro) anos**, por ele preencher os requisitos do art. 84 do CPM, mormente em razão de sua primariedade.

Para tanto, o militar deverá cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea *a*, **impondo-lhe, ainda, norma de conduta a fim de que observe fielmente os incisos III e VI do art. 28 e inciso VI do art. 31, todos do Estatuto dos Militares, a teor do § 4º do art. 608 do CPPM**, 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.

Posto isso, votei pelo conhecimento e parcial provimento do recurso ministerial para a) condenar o 2º Ten Aer DOUGLAS SAMPAIO NEIL JÚNIOR à pena de 1 (ano), 3 (três) meses e 8 (oito) dias de detenção, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, como incurso no art. 176, *caput*, *c/c* o art. 70, inciso II, alínea *i*, todos do CPM, e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos, devendo o militar cumprir as condições previstas no art. 626 da Lei Adjetiva Castrense, excetuada a da alínea *a*, bem como a norma de conduta para observância fiel dos incisos III e VI do art. 28 e do inciso VI do art. 31, todos do Estatuto dos

Militares, a teor do § 4º do art. 608 do CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, ex vi do art. 611 do Diploma Processual Castrense; e b) manter a Sentença recorrida que absolveu o 1º Ten Aer LEANDRO PINHEIRO ROSA do crime previsto no art. 176, *caput*, do CPM, porém, com base tão somente no art. 439, alínea *b*, do CPPM, ressalvando a apreciação do fato na esfera administrativa disciplinar.

Superior Tribunal Militar, 3 de outubro de 2013.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora



JURISPRUDÊNCIA 2014



Apelação

APELAÇÃO Nº 2-47.2013.7.09.0009-MS

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

Revisor – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Apelante – Rodrigo Gonçalves de Oliveira, Sd Ex, condenado à pena de 6 meses de prisão, como incurso no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 7/8/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Apelação. Deserção. Preliminar de ilegitimidade. Inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99, reconhecendo a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito desta Justiça Militar. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, que impede a concessão do sursis nos delitos de deserção. Preliminares indeferidas. Indulto. Extinção da punibilidade. Ausência de óbice ao exame de mérito. Estado de Necessidade. Súmula 3 do STM. Autoria e materialidade, bem como o dolo, restaram plenamente comprovadas nos autos, não havendo que falar em excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Apelo desprovido. Decisões unânimes.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva de inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99, reconhecendo a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito desta Justiça Militar. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira acompanhava o voto do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior (Relator), ressalvado o seu entendimento quanto à aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 ao Réu Civil. Rejeitou, **por unanimidade**, a preliminar de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, que impede a concessão do *sursis* nos delitos de deserção. Na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Presidente. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo para manter na íntegra a Sentença a *quo*.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 13ª Sessão, 11/3/2014).

RELATÓRIO

Em 8 de abril de 2013, o MPM ofereceu denúncia contra o Sd Rodrigo Gonçalves de Oliveira, como incurso no art. 187 do CPM. Narra a exordial acusatória às fls. 1/1-1:

"O ora denunciado ausentou-se, sem licença da unidade militar em que serve, no dia 18 de dezembro de 2012, sendo então feita a respectiva Parte, bem como o Inventário dos bens deixados e extraviados pelo mesmo.

Decorridos mais de oito dias da sua ausência desautorizada de sua OM, consumou-se o crime de Deserção, quando foi elaborada a competente Parte e lavrado o respectivo Termo, sendo o referido militar excluído do serviço ativo.

Em 22 de março de 2013, o ora denunciado foi CAPTURADO, sendo submetido à inspeção de saúde, ocasião em que foi considerado APTO para o serviço do Exército, e, em decorrência, foi novamente incluído nas fileiras do EB.

A sua ausência desautorizada de sua OM por mais de 8 (oito) dias constitui crime de deserção tipificado no artigo 187, do CPM.

Registre-se o péssimo comportamento mantido pelo acusado em sua vida militar, como constam em suas alterações (fls. 12/17).

Em razão do exposto, requer o MPM seja recebida e autuada a exordial acusatória, com a citação do Sd Ex RODRIGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, como incurso na sanção prevista no artigo 187, c/c 72, I, ambos do Código Penal Militar, para se ver processar e julgar, com final condenação.”.

A denúncia foi recebida em 9 de abril de 2013, conforme decisão de fl. 41.

No Termo de Deserção, fl. 08, consta que o Apelante faltou ao quartel desde o dia 18 do mês de dezembro do ano de dois mil e doze, completando, em 27 de dezembro do mesmo ano, o Crime de Deserção.

Na Ata de Inspeção de Saúde de fl. 37, consta que o acusado foi considerado apto para o serviço do Exército.

Em interrogatório, fl. 54, o Apelante declarou:

“(...) que foi incorporado em 1º de março de 2012, como voluntário e desertou em 18 de dezembro de 2012 porque estava com problemas financeiros, uma vez que contribui com o sustento de sua mãe, quatro irmãos menores e sua companheira; que, quando foi incorporado, já tinha a companheira, mas omitiu essa informação na entrevista para a seleção; (...) que, quando desertou, em dezembro, era a única pessoa de sua casa que trabalhava e sustentava a família; que, quando desertou, passou a fazer ‘servicinhos lá fora’ e também trabalhos de pintor de parede, ganhando um pouco mais que no Exército; (...) que sabia que deserção era crime (...)”.

Nessa mesma Sessão, a defesa requereu a concessão da menagem quanto ao restante do prazo de prisão previsto no artigo 453 do CPPM, tendo o Ministério Público se manifestado contrariamente à concessão do benefício. O Conselho de Justiça, por unanimidade de votos, indeferiu o pedido de concessão de menagem e concedeu medida especial para o acusado exercer suas atividades laborais e de lazer durante o dia, no quartel, e ser recolhido ao xadrez à noite, pelo restante do tempo previsto no art. 453 do CPPM (fl. 55).

Em plenário, por ocasião dos debates orais, o MPM requereu a condenação do acusado, nos termos da Denúncia, sustentando que a Deserção restou comprovada sem nenhuma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, às fls. 88/95, por maioria de votos (3x2), condenou o Sd Rodrigo Gonçalves de Oliveira à pena de 6 (seis) meses de detenção com base no art. 187 do CPM. O Conselho ainda concedeu ao acusado o direito de apelar em liberdade.

Não se conformando com a sentença proferida, a Defesa interpôs recurso de apelação, às fls. 104/115, requerendo, em preliminar, a inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, e, no mérito, a reforma da decisão *a quo*, para que se imponha a absolvição com fulcro no art. 39 do CPM, tendo em vista o estado de necessidade exculpante.

Requereu, ainda, a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99, declarando a nulidade do processo e posterior concessão da suspensão condicional do processo.

Subsidiariamente, pediu a incidência das atenuantes da menoridade e do relevante valor moral, caso o Egrégio Superior Tribunal Militar entenda que a conduta do acusado deva ser reprimida com a condenação imposta.

Em contrarrazões, fls. 118/121, o MPM pugnou pelo desprovimento do recurso e pela manutenção da r. decisão *a quo*.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, a PGJM, às fls. 131/136, manifestou-se pelo desprovimento do Apelo.

Em 3 de janeiro de 2014, foi concedido indulto ao Apelante, conforme informa a Juíza-Auditora pelo Ofício nº 08/2014.

É o Relatório.

VOTO

Assim, passo à apreciação do Recurso de Apelação.

O Recurso é próprio, tempestivo e preenche os requisitos essenciais de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual dele conheço.

Ab initio, destaca-se que foi concedido o indulto ao Apelante, com espeque no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 8.172, de 24 de dezem-

bro de 2012, conforme informa a Juíza-Auditora da Auditoria da 9ª CJM pelo Ofício nº 08/2014.

Em que pese a concessão do indulto, tendo sido declarada extinta a punibilidade na forma do art. 123, inciso II, do CPM, não há prejuízo ao julgamento do recurso da Defesa no tocante ao mérito, conforme o estabelecido no art. 5º, inciso I, do mencionado Decreto.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que a concessão de indulto não torna prejudicada a apelação que vise à absolvição, uma vez que o indulto apenas extingue a punibilidade, persistindo, porém, os demais efeitos do crime (Precedentes do STF: RHC 77763-9; HC 71691; RECr 87819 e RC 1457-0).

O Soldado Rodrigo Gonçalves de Oliveira, ao ausentar-se injustificadamente da Organização Militar em que servia, por período superior a oito dias, pratica o crime de deserção, previsto no artigo 187 do CPM, não lhe socorrendo qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

Consta da Ata de Inspeção de Saúde de fl. 37 que o acusado foi considerado apto para o serviço militar.

PRELIMINARES

1. A Defesa alega, preliminarmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99 (determina a não aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais na Justiça Castrense) e a aplicação da Lei nº 9.099/95.

No tocante à alegação de nulidade do processo por inconstitucionalidade da Lei 9.839/99 e aplicação da Lei nº 9.099/95, cabe ressaltar que a questão já foi examinada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo sido rechaçada. O relator do HC 99743/RJ, Ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), questionada pela defesa. O dispositivo exclui a aplicação da referida legislação no âmbito da Justiça Militar. Para o Ministro, o artigo incluído na normatização dos Juizados Especiais, pela Lei 9.839/99, não configura afronta ao artigo 98, inciso I e parágrafo 1º, da Constituição Federal, os quais conferiram ao legislador ordinário a competência para dispor sobre infrações penais de menor potencial ofensivo. Segundo o Ministro, o artigo 88, inciso II, alínea "a", do Código Penal Militar, exclui a suspensão condicional da pena em diversos crimes, dentre os quais está a deserção. Para o Ministro Marco Aurélio, tanto esta norma quanto o dispositivo questionado no HC configuram "opção políti-

ca normativa”, estando em perfeita conformidade com o artigo 142 da Carta Magna, o qual define a organização das Forças Armadas com base na hierarquia e na disciplina.

Assim, rejeito esta preliminar.

2. A Defesa argui, também em sede preliminar, a não recepção, pela CF/88, do artigo 88, inciso II, do CPM, e artigo 617 do CPPM.

Ab initio, ressalte-se que, uma vez condenado, a Lei Penal Castrense estabelece a vedação de concessão do *sursis* para o militar desertor. Ao estabelecer tal vedação, o legislador levou em conta a especial repercussão deste tipo penal militar no cotidiano da Caserna, no qual a preservação da hierarquia e da disciplina constitui o objetivo primordial a ser preservado, estando o dispositivo do artigo 88 do CPM em perfeita harmonia com os princípios elencados na Carta Magna.

É importante demonstrar o que se entende por Princípio da Isonomia (ou Princípio da Igualdade) e seus desmembramentos em igualdade formal e material. Esse Princípio significa dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Contudo, no texto da Constituição Federal de 1988, esse Princípio é enunciado com referência à Lei, em que todos são iguais perante a Lei.

A doutrina construiu uma diferença entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei. A primeira tem como destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais.

O constitucionalista Pedro Lenza diz que se deve buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado Social que efetiva os direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 701).

Assim, não há que dizer que existe na Legislação Penal ou Processual Penal Militar qualquer tratamento discriminatório dispensado ao

militar desertor, quanto à não concessão do benefício do *sursis*, que não decorra da aplicação da norma legal nos seus estritos limites.

Desigualdade haveria se aquele que, embora obrigado a prestar o serviço militar nos termos do artigo 143 da Constituição Federal, não o faz, desertando, permanece livre da prisão, por força de uma suspensão da pena, enquanto todos os demais cumprem rigorosamente os seus deveres legais e constitucionais.

Admitir a Suspensão Condicional da Pena nos crimes de deserção representaria, outrossim, uma mitigação do princípio da obrigatoriedade do serviço militar nos termos da lei e, conseqüentemente, uma porteira aberta diante de um dos pilares que sustenta as Forças Armadas, que é a disciplina.

Portanto, contrária à Constituição Federal é a conduta do agente que se furta a cumprir o disposto em seu artigo 143, e não o dispositivo de lei que o obriga a cumpri-lo.

A matéria não é nova para esta Corte Castrense, sendo farta a jurisprudência desta nesse sentido:

“APELAÇÃO. DESERÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 88, INCISO II, ALÍNEA ‘A’, DO CPM. PRELIMINAR REJEITADA. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. BASE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. Não prospera a preliminar defensiva de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea ‘a’, do Código Penal Militar, que impede a concessão do sursis nos delitos de deserção. A vedação justifica-se tendo em vista que o serviço e o dever militares, bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora (art. 290 do CPM), sobrepõem-se, em importância, aos próprios fundamentos do aludido benefício processual. A concretização da pena cumpre a finalidade de prevenção geral. Preliminar de inconstitucionalidade rejeitada por unanimidade. Delito de deserção caracterizado nos autos, ante a ausência não autorizada de militar por período superior a 8 (oito) dias. Aventado estado de necessidade exculpante carecedor de provas nos autos. Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime.” (Apelação nº 0000148-70.2010.7.03.0103 - Relator: Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos. Data do Julgamento: 9/3/2012; e Data da Publicação: 9/4/2012).

“EMENTA: Apelação. Deserção. Estado de necessidade. Inexistência. Entendimento do STF. Conversão das penas. Aplicabilidade. Materialidade, autoria e culpabilidade comprovadas. Crime de deserção caracterizado pelo conjunto probatório composto por provas testemunhais e documentais, não se vislumbrando os requisitos legais exigidos para se caracterizar a excludente de culpabilidade. A Jurisprudência desta Corte, alinhada ao entendimento do STF, considera que a suspensão condicional da pena não se aplica ao crime de deserção por força do art. 88, inciso II, alínea ‘a’, do CPM (Habeas Corpus nº 85-47.2010.7.00.000/RJ. Julgado em 1º de julho de 2010). Cabível, de ofício, a conversão da pena de detenção em prisão quando o condenado for militar e a condenação imposta não ultrapassar 2 (dois) anos, nos termos do art. 59 do CPM. Apelo parcialmente provido. Decisão por maioria.” (Apelação nº 0000300-54.2010.7.01.0401 – Relator: Min Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Data do Julgamento: 28/2/2012; e Data da Publicação: 16/4/2012).

“EMENTA: CRIME DE DESERÇÃO CAPITULADO NO ART. 187 DO CPM. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO ‘A QUO’. CONCESSÃO DO ‘SURSIS’. IMPOSSIBILIDADE. TRANSFORMAÇÃO DA PENA DE PRISÃO PARA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

II - Defesa argumenta que o militar fazia jus ao benefício do sursis por ser crime de menor potencial ofensivo, bem como pelo fato de estar passando por problemas familiares. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

III - Pleito indeferido, respectivamente, ante a vedação legal ínsita no artigo 88, inciso II, letra ‘a’, do CPM, e a falta de previsão legal na legislação penal castrense. Não há que se comparar o crime de Deserção com crimes de menor potencial ofensivo, bem como aplicar-lhe institutos de Direito Penal comum, considerando a gravidade desse crime no âmbito castrense. Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime.” (Apelação nº 0000098-97.2010.7.08.0008 – Relator: Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Data do Julgamento: 26/3/2012; e Data da Publicação: 17/5/2012).

Este também é o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica na Ementa do Habeas Corpus nº 79824/MS, de 30/6/2000, que teve como relator o Ministro Maurício Corrêa:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR: PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR, EM CONCURSO (CPM, ART. 235 E 237). ALEGAÇÃO DE CASSAÇÃO INDEVIDA DO REGIME ABERTO E DO SURSIS CONCEDIDOS PELA AUDITORIA MILITAR.

1. O Parquet não apelou da decisão da Auditoria Militar nem houve manifestação do Tribunal a quo sobre o regime prisional aberto aplicado aos pacientes: matéria preclusa. Se os pacientes estão em regime fechado, o coator não é o Superior Tribunal Militar, e, assim, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para examinar a matéria. Habeas corpus não conhecido nesta parte.

2. Não há incompatibilidade entre o artigo 88, II, ‘a’, do CPM, que veda a concessão de sursis aos condenados pelo crime do artigo 235, e outros, do mesmo Código, e o artigo 5º, XLVI, da Constituição.

3. Habeas Corpus conhecido, em parte, mas, nesta parte, indeferido.”.

Assim, rejeito também esta preliminar.

MÉRITO

No mérito, a Defesa sustenta a tese de Estado de Necessidade, alegando que o Apelante incorreu em crime de deserção por motivação econômica, já que precisava garantir o sustento da família. Entretanto, não há nos autos qualquer prova que evidencie a excludente de culpabilidade.

Ressalte-se que a excludente de culpabilidade, quando alegada a partir de questões de ordem particular desacompanhadas de provas, como se verifica os autos, não tem sido admitida nos crimes de deserção e de insubmissão, tanto que a matéria já foi sumulada pelo STM, na Súmula 3: *“Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas”.*

Nesse sentido, tem se pronunciado esta Corte Castrense:

“EMENTA: APELAÇÃO DA DEFESA. DESERÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO E DE NULIDADE DE JULGAMENTO, POR AUSÊNCIA DE VOTO, REJEITADAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CRIMES DE DESERÇÃO E IN-SUBMISSÃO. EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE. 1. O voto divergente de um juiz não pode ser confundido com ausência de voto. 2. Inspeção por médico perito da OM é suficiente para atestar a aptidão de saúde do desertor. 3. Cabe à Defesa provar o estado de necessidade exculpante do acusado. Em se imputando a responsabilidade de provar ao Ministério Público Militar, estaria caracterizada a inversão do ônus da prova, em especial quanto ao crime de Deserção. 4. Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas. Aplicação da Súmula 3 desta Corte. Preliminar de nulidade do processo rejeitada por maioria, preliminar de nulidade de julgamento rejeitada por unanimidade e recurso conhecido e negado provimento em decisão unânime.” (688920097050005 PR 0000068-89.2009.7.05.0005, Relator: Artur Vidigal de Oliveira. Data de Julgamento: 9/2/2011; Data de Publicação: 31/03/2011).

É indispensável observar a relevância do fato sob o aspecto da lesão contra o dever militar, que atinge diretamente a estabilidade das relações hierárquicas e disciplinares, próprias e peculiares da vida na caserna. Sem dúvida alguma, tal atitude, contrária ao direito e às normas regulamentares, tem repercussão altamente negativa no seio da tropa.

A autoria e materialidade restaram plenamente comprovadas nos autos, e, por não haver qualquer excludente da responsabilidade penal do apelante, não merece reparo a Sentença.

Na verdade, o que restou provado foi um total descaso com as obrigações militares, faltando o Apelante com o juramento por ele empenhado quando de sua incorporação no Exército.

Não merece razão, também, o pedido de aplicação das atenuantes genéricas do artigo 72, incisos I e III, “a”, tudo do CPM, com o intuito de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, uma vez que o artigo 73 do

CPM limita o *quantum* de atenuação ou agravação aos limites da pena cominada ao crime.

Assim, demonstrada nos autos, de forma incontestada, a configuração do fato típico, antijurídico e culpável, em face da conduta voluntária do apelante, descrito no artigo 187 do CPM, e não havendo que falar em violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, em face da aplicabilidade do artigo 88, II, "a", do CPM, voto no sentido de negar provimento ao apelo defensivo, mantendo íntegra a Sentença a *quo*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de inconstitucionalidade da Lei nº 9.839/99, reconhecendo a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito desta Justiça Militar; em rejeitar, à unanimidade, a preliminar de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM, que impede a concessão do *sursis* nos delitos de deserção; e, no mérito, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Apelação para manter na íntegra a Sentença a *quo*.

Brasília, 11 de março de 2014 – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 2-58.2012.7.03.0103-RS

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

Revisor – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Apelante – Michael Jonathan Leonadas dos Santos, ex-Sd Ex, condenado à pena de 6 meses de reclusão, como incurso no art. 240, § 2º, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelado – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 13/3/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Apelação. Furto (Art. 240 CPM). Comprovadas autoria e materialidade. Princípio da Insignificância. Não cabimento. Apelo não provido. Decisão Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo interposto, para manter a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 13ª Sessão, 11/3/2014).

RELATÓRIO

No dia 1º de Março de 2012, o MPM ofereceu denúncia contra o ex-Soldado do Exército MICHAEL JONATHAN LEONADAS DOS SANTOS, como incurso no art. 240, § 2º, do CPM.

Narra a exordial acusatória, às fls. 1-1/1-3:

“No dia 25 do mês de julho de 2011, o denunciado furtou de dentro da carteira pertencente a seu colega de Cia, Max Willian Rosa da Silva, um cartão de crédito do Banco do Brasil, Agência 4359-1, conta-corrente 12.387-0, juntamente com sua respectiva senha. De posse do cartão, contraiu empréstimos e realizou saques em nome do ofendido Max Willian Rosa da Silva, no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), devolvendo o cartão em seguida, sem que o ofendido percebesse.

Posteriormente, no dia 29 do mês de julho de 2011, o denunciado novamente furtou o cartão do ofendido, realizando mais empréstimos e saques no valor de R\$ 410,00 (quatrocentos e dez reais), conforme comprovantes das folhas 09/13, vindo novamente a devolver o cartão sem que o ofendido percebesse.

O ofendido, Soldado do Exército Max Willian Rosa da Silva, veio a descobrir que havia sido furtado no dia 20 de outubro de 2011, quando se dirigiu a sua agência bancária com o objetivo de contrair um empréstimo. Em conversa com a gerência, teve seu pedido negado, uma vez que já havia atingido o limite máximo de empréstimos. Irresignado, afirmou que não havia feito tais empréstimos, sendo, então, chamado a uma sala onde lhe foi mostrada a imagem do autor dos empréstimos realizados com seu cartão (fls. 46/49). Nesse momento, o ofendido prontamente reconheceu o autor dos saques, Sd Michael Jonathas Leonadas dos Santos.

No dia posterior, de volta ao 3º Batalhão de Comunicações e de posse de seu extrato bancário, procurou o 2º Tenente Kilmer de Souza e Silva e narrou o ocorrido. Chamado pelo Tenente, o denunciado assumiu a autoria dos saques e dos empréstimos.

No entanto, a quantia de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) foi devolvida apenas no dia 27 de outubro de 2011, após ser descoberto por intermédio de imagens coletadas pelas câmeras dos terminais de autoatendimento. Saliente-se que o denunciado obteve a posse mansa e pacífica dos valores subtraídos pelo período de três meses (25/07 até 27/10) (fl. 44).

Vale ressaltar que a devolução de quase toda a quantia subtraída pelo acusado foi realizada pela Sra. Ana Lúcia Leonadas dos Santos, após a mesma ter tomado conhecimento do crime praticado pelo seu irmão Michael. Desta forma, verifica-se

que a devolução da quantia subtraída não foi realizada espontaneamente pelo denunciado.

Diante do contido, infere-se que o denunciado Michael Jonathas Leonadas dos Santos efetivamente furtou o cartão de crédito e a senha de seu colega de Cia e subtraiu a quantia de R\$ 1.210,00 (um mil duzentos e dez reais) causando um prejuízo de R\$ 1.387,49 (um mil trezentos e oitenta e sete reais e quarenta e nove centavos) referente à quantia sacada e juros cobrados pelo Banco (fl. 10), estando tal conduta definida como crime de furto e tipificada no Art. 240, caput, do Código Penal Militar. (...)."

A denúncia foi recebida em 21 de março de 2012, à fl. 85.

Em seu interrogatório, o ex-Sd Ex Michael Jonathan Leonadas dos Santos declarou, às fls. 98/100:

"(...) a acusação constante na denúncia é verdadeira; de fato, tal como ali está descrito, no dia, horário e local, eu retirei o cartão magnético com a senha da carteira pertencente ao meu colega Max e efetuei dois saques bancários, um no valor de R\$ 800,00 e outro no valor de R\$ 410,00; também está correto que somente admiti que fui o autor da subtração porque fui chamado pelo tenente Kilmer; também está certo que foi efetuada a devolução dos valores; só que, em vez de R\$ 1300,00, foram devolvidos R\$ 1387,00, através de minha irmã; não tenho como explicar porque agi dessa maneira, não tinha motivos para ter feito o que fiz; considero-me, portanto, arrependido de minha conduta; os saques foram efetuados no caixa eletrônico que existe lá no Quartel; eu ingressei no Exército em março de 2011 e fui licenciado em janeiro de 2012; eu saí a bem da disciplina por causa desse fato que a denúncia mencionou, pois a baixa somente ocorreu um dia depois; eu também fui preso por esse fato durante três dias; conheço as testemunhas da denúncia e nada tenho a alegar contra os mesmos; nos dias atuais eu sou estagiário na Caixa Econômica, estou trabalhando e estudando; eles não solicitaram meu certificado de reservista porque é estágio; não possuo antecedentes policiais ou judiciais; deixo a cargo do meu defensor impugnar as provas constantes dos autos caso necessário; nos meus assentamentos constam outras duas alterações, sendo que uma foi por um fato igual a esse do cartão; eu caí no 'comportamento mau' depois desse fato; eu fui voluntário para o serviço militar, embora tenha sido pressionado pela minha famí-

lia para servir, pois eu estava ganhando bem no trabalho que eu realizava antes; eu trabalhava na ABCN Advogados Associados e estava para ser efetivado; lá eu ganhava R\$ 680,00 (...)”.

A testemunha arrolada pelo MPM, Kilmer de Souza e Silva, Tenente do Exército, declarou, às fls. 101/102:

“(...) fui eu quem ouvi a confissão do acusado como sendo o autor da subtração mencionada na denúncia; eu o chamei para conversar porque a vítima, que havia reconhecido sua imagem nas fotos do caixa eletrônico, contou-me sobre a ocorrência; eu o chamei até a sala do PC e, perguntando sobre os fatos ele espontaneamente contou sobre o acontecido; depois que o Soldado Max mostrou as fotos, ele assumiu; esclarecendo: as fotos estavam comigo e, após eu mostrá-las, ele assumiu a autoria do furto; ao que tenho conhecimento, houve restituição dos valores subtraídos, feita pelo intermédio da irmã do acusado, de acordo com o que constou na denúncia; sei que, em função do ocorrido, o acusado foi punido com pena de prisão disciplinar e sei também que ele foi excluído a bem da disciplina, considerando tudo que consta nos seus assentamentos; ele é reincidente em falta dessa natureza”.

A testemunha arrolada pelo MPM, Ana Lucia Leonadas dos Santos, Civil, declarou, às fls. 103/104:

“(...) eu fui a responsável pela restituição dos valores subtraídos pelo meu irmão; não lembro do valor total, pois eu levei o dinheiro duas vezes e entreguei esse dinheiro para o Cel Leivison; isso ocorreu no mês de outubro de 2011; eu fiz essa restituição atendendo ao pedido feito pelo meu irmão; quando ele estava detido por causa desse fato, ele me chamou até o Quartel e lá me falou o que tinha feito e me pediu dinheiro emprestado para efetuar a restituição; não tenho bem certeza de quantos dias ele ficou detido, talvez mais de vinte dias; antes de ingressar no Quartel, meu irmão fazia estágio num escritório de Advocacia; nos dias atuais, meu irmão faz estágio na Caixa Econômica; nos dias atuais ele está morando com nossos pais e antes ele morava comigo; nunca soube de fato similar a anterior na conduta do meu irmão; ele não comentou comigo porque realizou a subtração; além dos R\$ 1300,00 devolvidos e cujo recibo está nos autos, eu devolvi mais R\$ 87,00. (...)”.

O MPM, em suas alegações escritas, às fls. 171/172, requereu a condenação do acusado como incurso nas sanções do art. 240 do CPM, em virtude de o acusado, por meio de seu depoimento, ter confirmado a prática do delito diante dos fatos comprovados durante a instrução criminal.

A Defesa do acusado, por sua vez, às fls. 174/175, frente e verso, requereu a absolvição do réu com fundamento nos princípios da mínima intervenção penal e da necessidade de aplicação da pena e no artigo 439, alínea “b”, do CPPM, uma vez que os valores subtraídos foram integralmente pagos, e já foi punido administrativamente com três dias de prisão.

O Conselho Permanente de Justiça do Exército, por unanimidade de votos, julgou procedente a denúncia e condenou MICHAEL JONATHAN LEONADAS DOS SANTOS à pena de 6 (seis) meses de reclusão, como incurso no art. 240, § 2º, do Código Penal Militar, assegurando o direito de apelar em liberdade, concedendo-lhe o benefício do *sursis*, fixando-se o regime inicial aberto, em caso de cumprimento de pena.

Não se conformando com a sentença proferida, recorreu a Defesa do ex-Sd Ex Michael Jonathan Leonadas dos Santos, às fls. 189/191, frente e verso, requerendo a reforma da decisão nos mesmos termos das alegações escritas.

Em contrarrazões de apelação, o MPM, às fls. 193/196, requereu o não provimento do recurso de apelação, para que seja mantida a condenação do apelante pela prática do delito tipificado no art. 240 do CPM, visto que restou demonstrada ao longo da instrução processual sua materialidade, bem como a autoria.

Em parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, às fls. 205/209, opinou pelo desprovimento do recurso defensivo, para que seja mantida a condenação de Michael Jonathan Leonadas dos Santos pela prática do delito tipificado no art. 240 do CPM.

É o Relatório.

VOTO

Recurso próprio, tempestivo e preenche os requisitos essenciais de conhecimento e admissibilidade, motivo pelo qual conheço do Apelo.

Insurge-se a Defensoria contra a Sentença que condenou, à unanimidade, o Apelante pelo crime entabulado no art. 240 do CPM, à

pena definitiva de 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, sendo-lhe concedido o *sursis* (fl. 183).

Alega a Defesa que o Apelante “já foi punido administrativamente com três dias de prisão, tendo sido excluído das fileiras do Exército a bem da disciplina” (fl. 190).

Alega, ainda, os princípios da insignificância e da mínima intervenção do Direito Penal. Enfim, a defesa postula a absolvição do acusado ao argumento da irrelevância penal do furto praticado, entendendo ser desnecessária a reprimenda penal.

Não merece reparo a Sentença proferida.

Compulsando os autos, verifica-se demonstrada a materialidade delitiva pelos extratos bancários acostados às fls. 09 a 13.

A autoria está igualmente comprovada pela própria confissão do Apelante quando admite que “(...) a acusação constante na denúncia é verdadeira; de fato, tal como ali está descrito, no dia, horário e local, eu retirei o cartão magnético com a senha pertencente ao meu colega Max e efetuei dois saques bancários, um no valor de R\$ 800,00 e outro no valor de R\$ 410 (...)” (fl. 98).

Ressalta-se que o ofendido, ao ver as imagens fornecidas pelo banco, reconheceu o Apelante.

A tese da Defesa, para que absolva o réu com base no princípio da insignificância, não tem como prosperar.

Para que condutas penalmente irrelevantes não sejam punidas pelo direito penal, deve-se considerar o tipo em sua concepção material, e não apenas formal, ou seja, somente a conduta que lesionar materialmente o bem jurídico – aquela cujo resultado jurídico for relevante, dotada de conteúdo valorativo – será passível de punição.

Contudo, na hipótese dos autos, mesmo que o valor de R\$ 1.210,00, no dizer da d. Defesa, não possa ser considerado de grande valia, o que não é o caso, haja vista o valor do soldo recebido tanto pelo Ofendido quanto pelo Apelante, a jurisprudência desta Corte é assente em afastar a aplicação de tal princípio no âmbito desta Justiça em casos semelhantes, uma vez que não só o patrimônio do ofendido é bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar, mas outros valores, ainda maiores: a hierarquia e a disciplina, base das Forças Armadas.

Atitude como a do apelante certamente desqualifica o militar em face do acentuado grau de reprovabilidade, ferindo o companheirismo e a confiança que devem existir entre os colegas no convívio militar.

Em caso similar, decidiu esta corte na Apelação nº 0000050-43.2009.7.02.0202 UF: SP, Decisão: 8/9/2011, Relator – Ministro José Coêlho Ferreira, *in litteris*:

“APELAÇÃO. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO. PROVA DO VALOR DA ‘RES FURTIVA’ POR OUTROS MEIOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA PELA DEVOLUÇÃO DO BEM ANTES DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. APELO DESPROVIDO.

A caracterização do princípio da insignificância em crimes patrimoniais exige que seja ínfimo o valor econômico da res furtiva e que seja reduzida a reprovabilidade da conduta do agente.

É relevante e reprovável a conduta do militar que, estando em serviço, durante a noite, subtrai telefone celular de colega de farda que dormia no alojamento cuja segurança lhe incumbia. Ofensa não só ao patrimônio do ofendido, mas também a valores cultuados nas Forças Armadas, como a retidão de caráter, o espírito de corpo e a honra.

Telefone celular com valor estimado em R\$ 370,00 não pode ser considerado de valor ínfimo, em especial ao serem levados em conta os vencimentos do ofendido.

Inexistência nos autos de laudo pericial de avaliação do objeto do furto não macula a condenação, mormente quando não arguida por qualquer das partes, operando-se a preclusão. É válida a avaliação da coisa por outros meios em Direito admitidos, como a pesquisa de preços feita na fase inquisitiva em perfeita consonância com o valor informado pelo ofendido.

A atenuação da pena e a desclassificação para transgressão disciplinar prevista no parágrafo 1º do artigo 240 do CPM exigem, para sua caracterização, observância a critério objetivo: valor da coisa menor que um décimo do salário mínimo, portanto incompatível com o valor do objeto furtado.

A restituição do bem antes do recebimento da denúncia não se caracteriza quando o objeto é encontrado em revista de armários efetuada por superior hierárquico com a finalidade de localizar o objeto do furto, em especial quando o agente tenta ludibriar o superior, informando ser proprietário da coisa. Mate-

rialidade e autoria suficientemente comprovados. Cálculo da pena correto. Inexistência de nulidades processuais. Apelo desprovido. Sentença mantida. Decisão unânime.”.

A Reprimenda penal, ao contrário do que deseja fazer crer a Defesa, é necessária.

Não há dúvida de que houve vontade livre e consciente nas ações perpetradas pelo Apelante ao subtrair para si o dinheiro da conta-corrente de outro soldado. Ademais, a conduta foi praticada, como ressaltado na Sentença, em continuidade delitiva, uma vez que foram efetuados dois saques bancários.

Vem certa a Sentença condenatória quando aplica a atenuante do § 2º do art. 240, já que foram restituídos os valores subtraídos ao ofendido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto, para manter a Sentença hostilizada por seus jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, negar provimento ao Apelo interposto, para manter a sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 11 de março de 2014 – Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 33-57.2012.7.04.0004-MG

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante – Valter de Souza Silva, Civil, condenado à pena de 30 dias de detenção, como incurso, por desclassificação, no art. 249 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª CJM, de 22/7/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA ACIDENTALMENTE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. CONFIGURAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. Não há como afastar a competência desta Justiça Especializada para julgar o presente feito. Os recursos destinados ao pagamento de benefícios e soldos aos militares, bem como aos seus dependentes, estão sob a responsabilidade do órgão público gestor, no caso o Comando da Aeronáutica. Erro de fato não caracterizado, uma vez que o Apelante tinha o conhecimento da necessidade do comparecimento da pensionista ao Parque de Material da Aeronáutica para fins de recadastramento. O Apelante agiu acobertado pelo estado de necessidade ao arcar com as despesas inerentes à ex-pensionista, tais como os valores pagos às cuidadoras e o custeio do sepultamento. Apelo provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União, para processar e julgar o feito. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença condenatória e absolver o Civil VALTER DE SOUZA SILVA do crime capitulado no art. 249 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “d”, do CPPM. O Ministro Olym-

pio Pereira da Silva Junior não participou do julgamento. A Defensoria Pública da União, devidamente intimada da realização do julgamento na presente data, manifestou-se, declinando do direito de fazer sustentação oral.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Marcos Martins Torres e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 22ª Sessão, 2/4/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor do Civil VALTER DE SOUZA SILVA, condenado à pena de 30 dias de detenção, como incurso, por desclassificação, no art. 249 do CPM, 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 (fls. 1/1-1/2), *in verbis*:

“Consta dos autos em anexo que a Srª IZABEL DE SOUZA ROZARIO, genitora do ora denunciado, era correntista da Caixa Econômica Federal na agência 1746, em Belo Horizonte/MG, onde a Administração Militar depositava mensalmente, na conta nº 9.597-1, os valores referentes à pensão a que a mesma fazia jus, conforme Título acostado por cópia à fl. 80.

Ocorre que, após o óbito da beneficiária, que se deu em 11 de janeiro de 2012, segundo Certidão à fl. 31, o ora denunciado, para apoderar-se indevidamente dos valores que ainda eram depositados, realizou transferência e vários saques no comércio e em salas de auto-atendimento, utilizando-se para tanto da senha e do cartão bancário pertencentes à ex-pensionista.

Portanto, com esse artifício de se passar pela correntista, o denunciado induziu em erro o banco que, iludido, autorizou os débitos, tendo o mesmo obtido ilicitamente para si, de janeiro a março/2012, em valores da época, R\$ 4.969,92 (quatro mil, novecentos e sessenta e nove reais e noventa e dois centavos), em detrimento do patrimônio sob administração militar.

Assevere-se, ainda, que a materialidade e a autoria delitiva restaram comprovadas por contracheques (fls. 43/44); informações e extratos bancários (fls. 86/90); Demonstrativos de Débitos (fls. 74/77 e 103/104); Laudo Pericial e anexos (fls. 120/132) e, também, pela confissão do ora denunciado (fls. 37/38), o qual alegou necessidade de pagamento de despesas.

Isto posto, **DENUNCIO** o civil **VALTER DE SOUZA SILVA** nas penas do art. 251, caput, do CPM, por crime de estelionato (...).

O Réu foi devidamente citado (fl. 147). Em seu interrogatório (fl. 151/154), alegou, em síntese:

“que são verdadeiros os fatos narrados na Denúncia e que sua mãe era pensionista da Aeronáutica e recebia mensalmente o valor aproximado de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais); que sua mãe tinha câncer; que depois de um ano de longa convalescença faleceu em 11/1/2012; que sua mãe havia se apresentado pela última vez no Parque de Material Aeronáutico de Lagoa Santa em janeiro de 2011, que ela deveria se apresentar novamente em janeiro de 2012; que recebeu ainda a pensão dos meses de fevereiro e março de 2012; que nos últimos sete anos vinha movimentando a conta da mãe; que a princípio acompanhava a mãe para que ela fizesse o saque da pensão, mas depois passou a ir ao banco sozinho; que tinha conhecimento da senha para movimentação da conta; que não tinha procuração da mãe; que fez vários saques em caixas automáticos; que usou todo o dinheiro da pensão para pagar as despesas deixadas pela mãe, que pagava duas cuidadoras para tratar de sua mãe, uma durante o dia e outra durante a noite; que elas não tinham carteira assinada; que também tinha gasto muito dinheiro com os remédios de sua mãe, lembrando-se que um especificamente custava novecentos reais e a dose dava apenas para 12 dias; que sua mãe faleceu muito rapidamente pois como era Testemunha de Jeová não aceitou passar por cirurgia; que sua mãe morava sozinha; que o interrogado era o administrador de sua vida financeira; que gastou pouco mais de setecentos reais com o funeral; que não levou ao conhecimento da Aeronáutica o falecimento de sua mãe, que na sua cabeça a pensão seria automaticamente cancelada com o cruzamento de CPFs; que o Cartório onde foi lavrada a Certidão de Óbito in-

formou que a pensão seria cancelada automaticamente; que, no mês seguinte ao falecimento de sua mãe, foi ao banco e, ao verificar que a pensão tinha sido depositada, efetuou o saque; que o mesmo ocorreu no mês seguinte; que algum tempo depois foi novamente ao banco verificar a conta de sua mãe e percebeu que não havia mais nenhum depósito; que, seis meses depois, recebeu telefonema da Aeronáutica solicitando seu comparecimento; que não restituiu o valor referente à pensão que recebeu após a morte da mãe; que está desempregado; que pretende negociar a dívida e fazer um acordo para restituir o valor que deve; que não recebeu auxílio-funeral; que foi informado que não tinha direito ao auxílio-funeral; que não responde e nem respondeu a algum processo fora deste”.

A Defensoria Pública da União, em alegações escritas (fls. 161/161v), consignou que o ora Apelante em momento algum teria convertido os valores derivados da pensão de sua genitora em proveito próprio, tendo sido usados para o pagamento das obrigações anteriormente constituídas, quais sejam, o jazigo no Cemitério Belo Vale, no valor de dois mil e duzentos reais; o pagamento das cuidadoras enquanto a senhora Izabel estava internada; e o pagamento dos medicamentos que ela utilizava.

Por sua vez, o Ministério Público Militar, em Alegações Finais (fls. 189/190), pugnou pela condenação do Civil VALTER DE SOUZA SILVA, como incurso nas sanções do art. 251, *caput*, do CPM, nos termos da Exordial acusatória.

A DPU, em suas Alegações Finais (fls. 192/205), requereu fosse reconhecida a incompetência da Justiça Militar da União para processar o presente feito; em não sendo acatado, fosse declarada a absolvição do acusado em razão da atipicidade de sua conduta, nos moldes do art. 439, alínea “d”, do CPPM, ou em razão do desconhecimento do caráter ilícito de sua conduta, *ex vi* do art. 36 do CPM, ou, ainda, pela ausência de provas, na forma do art. 439, alínea “e”, do CPPM. Por fim, requereu a descaracterização do crime de estelionato para o crime de apropriação de coisa havida acidentalmente, pela inexistência de dolo específico.

Em 22 de julho de 2013, o CPJ/Aer, por maioria de votos (3x2), julgou parcialmente procedente a Denúncia, condenando, por desclassificação, o Civil VALTER DE SOUZA SILVA ao crime de apropriação de coisa havida acidentalmente, nos termos do art. 249 do CPM, fixando a

pena de 30 (trinta) dias de detenção, com o benefício do *sursis*, o direito de apelar em liberdade e o regime inicialmente aberto. A Sentença foi lida, assinada e publicada em 30 de julho de 2013.

A DPU, em 13 de agosto de 2013, interpôs recurso de Apelação. Em suas Razões (fls. 234/241), suscitou, preliminarmente, a **incompetência absoluta da Justiça Militar da União** para processar e julgar o presente feito, *in verbis*:

*“(...) o apelante foi condenado da prática de infração penal em detrimento de serviços públicos titularizados pela UNIÃO. Assim, tem-se que a competência para processar e julgar a conduta a ele atribuída pertence à **Justiça Federal comum**, consoante a norma prevista no artigo 109, inciso IV, da Constituição da República.*

(...)

*o STF vem decidindo, **reiteradamente**, que o delito **militar praticado por civil, em tempo de paz, tem caráter excepcional**, somente sendo admitido o seu julgamento pela Justiça Militar quando **atingir bens jurídicos diretamente relacionados às funções típicas das Forças Armadas** previstas no artigo 142, caput, da Constituição da República.*

(...)

Nesse sentido, outrossim, a Excelsa Corte Constitucional, desde há muito, editou o enunciado 298 da súmula de sua jurisprudência, a seguir transcrito:

Súmula 298

O legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares.”.

A DPU alega que o Apelante incidiu em **erro de fato**, consignando que, em nenhum momento, houve por parte do Sr. VALTER DE SOUZA SILVA a integralização da conduta típica do crime de estelionato, uma vez que a caracterização do referido delito se dá quando o agente, visando a iludir a vítima, obtém vantagem ilícita para si ou para outrem, valendo-se, para tanto, necessariamente, de meio fraudulento.

Por outro lado, sustenta que, em que pese tenha o próprio Apelante, em sede de Alegações Finais, suscitado a possibilidade de vir a ser responsabilizado pela prática da conduta prevista no art. 249 do CPM (apropriação de coisa havida acidentalmente), a instrução probatória

revelou não ser possível a configuração do referido tipo penal, senão vejamos:

*“O Código Penal Militar, em seu art. 36, disciplina o **erro de fato** ao prelecionar que ‘É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima’.*

(...)

O conjunto probatório se mostra hábil a demonstrar, de forma cabal, que o apelante **agiu sem a consciência da antijudicialidade de sua ação, já que imaginava que os valores creditados equivocadamente pela Administração Militar ainda fossem devidos à sua genitora a título de resíduos (restos a pagar), 13º salário proporcional e auxílio-funeral, especialmente frente à informação repassada pelo Cartório de Registro Civil à sua esposa por ocasião do registro do óbito da pensionista, qual seja, a de que ‘a pensão seria cancelada automaticamente’ (interrogatório de fls. 153) (grifou-se). Ademais, disse o apelante: ‘(...), que na sua cabeça a pensão seria automaticamente cancelada com o cruzamento de CPF’s (interrogatório de fls. 153) (grifou-se).** Assim, tendo-se informado o óbito ao cartório competente, acreditou o apelante ter cumprido seu papel de **cidadão honesto**, não imaginando que haveria a necessidade de também comunicar o fato à Administração Militar, **presumindo que tal circunstância seria comunicada pelo referido cartório, especialmente à vista da informação acima mencionada.**

(...)

Curial, pois, a aplicação do instituto do **erro de fato essencial** previsto no art. 36 do CPM com a consequente **exclusão da culpabilidade do apelante** ante o **desconhecimento de que a sua conduta configuraria, em tese, um delito.**” (destaques do original).

Por fim, pugna pela reforma da Sentença, com vistas à absolvição do Apelante, alegando **inexigibilidade de comportamento diverso como causa supralegal de exclusão da culpabilidade**, nos seguintes termos:

“Sob o prisma da exigibilidade de comportamento segundo o direito, apresentam-se como exculpantes legais a coação

moral irresistível, a obediência hierárquica e o estado de necessidade, nos termos da teoria diferenciadora adotada pelo CPM.

Já quanto à **inexigibilidade de comportamento diverso**, não há dúvidas quanto à sua aplicação. Trata-se de **causa supra-legal de exclusão da culpabilidade**, já que não está prevista expressamente no texto legal.

(...)

Ora, não há como serem desconsiderados os gastos decorrentes do óbito da pensionista e que precisaram ser assumidos pelo apelante, já que filho único. Deste modo, é possível verificar que o recorrente, **em janeiro de 2012, mês do falecimento da beneficiária**, efetuou o pagamento de **R\$ 1.230,00** (R\$ 330,00 + R\$ 900,00 + R\$ 150,00) (sic) à Sra. **Elisa M. do Carmo** que trabalhou como cuidadora de sua genitora (recibo às fls. 167). Ainda, no mesmo mês de janeiro de 2012, à Sra. **Barbara K. Souza Ramos** pagou **R\$ 920,00** (R\$ 220,00 + R\$ 100,00 + R\$ 600,00) a título de cuidadora de idosos (recibo às fls. 168). Não se descarta também dos gastos que teve com as **Funerárias Max Plano Ltda. no valor de R\$ 1.300,00** (recibo às fls. 178) e **São Cristóvão Ltda. no valor de R\$ 380,00** (nota fiscal às fls. 179), além do **Cemitério Parque BELO VALE no montante de R\$ 2.542,60** (R\$ 309,00 + R\$ 2.233,60) (recibos às fls. 181/184).

Perceba-se que o óbito da Sra. Izabel gerou uma despesa de **R\$ 6.522,60**, valor bem superior ao que teria sido apropriado pelo apelante. Como vendedor autônomo e sem renda fixa, vivendo de comissões, não seria razoável imaginar que o apelante arcasse com tais débitos, sob pena de colocar em risco a sua manutenção e a de sua família. Neste ponto, a ele não era dado adotar outra postura senão o de utilizar integralmente os valores recebidos da pensão para quitação das dívidas do falecimento, **não tendo feito uso dos valores em benefício próprio.** (destaques do original).

Em Contrarrazões (fls. 244/247), o MPM manifesta-se pelo não acolhimento da preliminar de incompetência, consignando que a Primeira Turma do STF tem reafirmado a jurisprudência da Suprema Corte no sentido da competência da Justiça Militar para julgamento de civis em casos como o destes autos, à luz do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do Código Penal Militar.

No mérito, o MPM não concorda com a tese defensiva quanto ao erro de fato. Alega que o Apelante sabia, perfeitamente, até pela semelhança de valores que ainda eram depositados, que estes não se referiam a 13º salário proporcional ou a auxílio-funeral, que também são incompatíveis com a Carta recebida no mês seguinte ao do falecimento, conforme interrogatório judicial à fl. 153, em que a Aeronáutica solicitava o comparecimento da pensionista para controle.

De outro lado, no entanto, o MPM manifesta-se pela absolvição do civil VALTER DE SOUZA SILVA, com base no art. 439, alíneas “b” e “d”, do CPPM, entendendo ser plenamente cabível a aplicação do princípio da insignificância no que se refere às despesas que não se encontravam plenamente justificadas pelo estado de necessidade, retirando, portanto, a tipicidade do fato na parte em que não comprovada suficientemente a excludente de culpabilidade.

Consignou que os valores não justificados pelo estado de necessidade totalizaram R\$ 642,30 (seiscentos e quarenta e dois reais e trinta centavos), não tendo o Recorrente se desincumbido desse ônus.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer de 26 de setembro de 2013 (fls. 258/265), da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ALEXANDRE CONCESI, consignou o fato de não constar nos autos a certidão de intimação da leitura da Sentença.

Quanto à preliminar de incompetência, opinou pelo não acolhimento, tendo em vista a remansosa jurisprudência desta Corte Castrense.

No mérito, entende a PGJM pelo não conhecimento do apelo, por ausência de sucumbência, vez que o pedido defensivo referente à desclassificação da conduta formulado em sede de alegações escritas já fora atendido em primeira instância. E, se conhecido, pelo seu improviamento, mantendo-se *in totum* a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em atenção à manifestação da douta PGJM sobre a ausência de certidão de intimação da leitura da Sentença (fl. 261), solicitei, em 13 de novembro de 2013, a baixa dos autos ao Juízo da Auditoria da 4ª CJM, para que ficasse certificada a data de intimação das partes.

Em 21 de novembro, com o retorno dos autos, ficou certificado que a data de intimação das partes para recurso da Sentença foi, para o

MPM, 8 de agosto de 2013, e, para a DPU, 13 de agosto de 2013. (fl. 272).

A DPU foi intimada de que o presente feito foi posto em mesa para julgamento (fl. 278).

Em atenção ao pleito da Defesa (fl. 281v), designei o dia 2/4/2014 para a realização de sustentação oral.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente Recurso.

Insurge-se a Defesa do Civil VALTER DE SOUZA SILVA contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 4ª CJM, de 22/7/2013, que o condenou à pena de 30 dias de detenção, como incurso, por desclassificação, no art. 249 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Consta nos autos que o Apelante, após o óbito de sua genitora, apoderou-se indevidamente dos valores que ainda eram depositados a título de pensão, realizando transferências e vários saques, utilizando-se, para tanto, da senha e do cartão bancário pertencentes à ex-pensionista.

I - DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO.

Requer a Defesa seja declarada a incompetência absoluta da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito.

Aduz que o Apelante foi condenado pela prática de infração penal em detrimento de serviços públicos titularizados pela União. Assim, a competência para processar e julgar a conduta a ele atribuída pertenceria à Justiça Federal comum, na forma prevista pelo art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Consigna que o STF vem decidindo, reiteradamente, que o delito militar praticado por civil, em tempo de paz, tem caráter excepcional, somente sendo admitido o seu julgamento pela Justiça Militar quando atingir bens jurídicos diretamente relacionados às funções típicas das Forças Armadas. Traz à colação a Súmula 298 do STF: “O legislador ordi-

nário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares”.

A preliminar não merece acolhimento.

Não há como afastar a competência desta Justiça Especializada para julgar o civil VALTER DE SOUZA SILVA pelo crime em tela com base nos argumentos acima. Os recursos destinados ao pagamento de benefícios e soldos aos militares, bem como aos seus dependentes, estão sob responsabilidade do órgão público gestor, no caso o Comando da Aeronáutica, amoldando-se, portanto, ao que estabelece o art. 9º, inciso III, alínea “a”, do CPM, *in verbis*:

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

(...)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os cometidos 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; (...).”

Trata-se, portanto, de **CRIME MILITAR**, eis que o delito foi praticado por civil contra patrimônio sob a Administração Militar, restando **inconteste a competência** desta Justiça Castrense para o processamento e julgamento dos fatos.

Nesse sentido, os ensinamentos do professor CÉLIO LOBÃO, *in* “Comentários ao Código Penal Militar”, Vol. 1, Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 123/124, *in verbis*:

“A primeira parte da alínea classifica como militar o crime cometido pelo civil contra o patrimônio sob administração militar. Ao comentarmos a alínea e do inc. II, esclarecemos que as instituições militares não são titulares do patrimônio sob sua administração; elas não têm patrimônio próprio, e o patrimônio é da União (Forças Armadas) ou da unidade federativa (instituições militares estaduais). O patrimônio sob administração militar recebe proteção da lei penal militar, inclusive os bens legalmente administrados temporariamente pelas Forças Armadas. O Estado que coloca os bens sob a administração das entidades militares para que estas possam exercer as suas atribuições constitu-

cionais ou legais; como afirma o HC 79.792, relatado pelo ilustre Min. Moreira Alves:

'Habeas corpus. Estelionato. Crime militar. - É pacífico que, em se tratando de estelionato, quando a pessoa enganada é diversa da prejudicada, ambas são sujeitos passivos desse crime, ainda que uma seja ente público. - Reza o artigo 9º, III, "a", do Código Penal Militar – que é norma especial – que se consideram crimes militares, em tempo de paz, "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". Note-se que esse dispositivo alude a "patrimônio sob a administração militar" e não a patrimônio de que as entidades militares sejam titulares da propriedade pela singela razão de que elas não têm patrimônio próprio que é do Estado que o coloca sob a administração das entidades militares para que estas possam exercer as suas atribuições. Por isso, o furto de material sob a administração militar federal é crime militar, apesar de esse material não ser de propriedade do ente militar de que foi subtraído, mas, sim, da União. - Portanto, no caso, sendo prejudicada a Administração Militar pelo desapossamento de parte da área em causa, configura-se crime militar praticado por civil contra a instituição militar, por ter sido, em tese, cometido contra patrimônio sob a administração militar. Habeas corpus indeferido'.

Como bens sob administração militar incluem-se, obviamente, os recursos atinentes ao pagamento de pensionista militar, enquanto permanecerem geridos e administrados pelas Forças Armadas. Logo, o STM identificou 'ilícito penal de natureza militar' cometido por civil no recebimento 'de proventos de pensionista militar após a morte desta' (Recursos Criminais 006090-7/1993, 0000017-86/2007 e 0000052-43/2009).".

A corroborar deste entendimento, traz-se à baila reiterada jurisprudência desta Justiça Castrense.

Apelação nº 0000003-60.2010.7.05.0005, Ministro-Relator: Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, julgado em 23/8/2011 e publicado no DJE em 6/10/2011:

“APELAÇÃO. PENSÃO MILITAR. PRELIMINAR DE NULDADE DO CONSELHO DE JUSTIÇA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. JURISPRUDÊNCIA DO STF. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ESTELIONATO. OCORRÊNCIA. Preliminar de Nulidade do feito, suscitada pela Defensoria Pública da União, arguindo ausência de jurisdição válida do Conselho Permanente de Justiça. Incabível a tese de nulidade do feito, por ausência de jurisdição válida do Conselho Permanente de Justiça, com fundamento no art. 5º, incisos LIII e LIV; art. 95, incisos I a III e seu parágrafo único, inciso I, e no art. 124, todos da Constituição Federal, bem como com esteio no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, inciso I). Preliminar rejeitada. Decisão unânime. Preliminar de incompetência da Justiça Militar da União para julgar o feito, suscitada pela Defensoria Pública da União, com fulcro no art. 5º, incisos LIII e LIV, e art. 124 da Constituição Federal. Desprovida a arguição de incompetência da Justiça Castrense quando o crime é praticado por civil contra patrimônio sob Administração Militar, nos termos do art. 9º, inciso III, alínea a, do CPM. Decisão do Supremo Tribunal Federal considera que, em se tratando de recursos repassados pela União para pagamento de pensionista pela Administração Militar, a Justiça Militar seria competente para julgar o crime de estelionato. Habeas Corpus nº 84.735/PR, de 17.05.2005, relator Ministro Eros Grau. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. Descabe a aplicação do art. 171 do CP, em razão do princípio da especialidade da lei penal militar, uma vez que a incidência da norma especial afasta a da norma geral. Decisão do Supremo Tribunal Federal afirma 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 das leis. Habeas Corpus nº 103.684, de 21.10.2010, relator Ministro Ayres Britto. Aplicação do art. 12 do CP - Teoria da Especialidade. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Apelo desprovido. Decisão unânime.”

Habeas Corpus nº 0000024-21.2012.7.00.0000, Ministro-Relator: William de Oliveira Barros, julgado 13/3/2012 e publicado no DJE em 27/3/2012:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CRIME PRATICADO POR CIVIL. VERBA PARA PAGAMENTO DE PENSIONISTA AFETA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRECEDENTE DO EXCELSO PRETÓRIO. Os valores destinados ao pagamento de benefícios e soldos à população militar, bem como a seus dependentes, estão sob responsabilidade do gestor do órgão público respectivo, no caso o Comando da Marinha, sujeitando seus representantes a responderem nas esferas administrativa e penal em caso de malversação desse orçamento. Partindo dessa premissa, não há como afastar a competência desta Justiça Especializada para julgar o civil acusado do crime de estelionato, com base em falho argumento de que o sujeito passivo, no aspecto geral, é a União e, por essa razão, a competência estaria afeta à Justiça Federal. Fato que se insere na situação abstrata da alínea ‘a’ do inciso III do art. 9º do CPM, ensejando o reconhecimento da competência desta Justiça Especializada para apreciá-lo. Habeas Corpus conhecido, mas denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão unânime.”.

Desse modo, como os fatos constantes nos autos caracterizam a prática de crime militar, na forma do art. 9º, inciso III, alínea “a”, do CPM, não há que falar em incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito.

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Defesa por falta de amparo legal.

II - MÉRITO

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

Quanto à alegação da Defesa de que o Apelante teria incidido em **erro de fato**, essa não merece prosperar, uma vez que o Sr. VALTER DE SOUZA SILVA, filho da ex-pensionista, sabia perfeitamente que os valores depositados após o óbito da beneficiária não se referiam a 13º salário proporcional ou a auxílio-funeral, até porque era do conhecimento do Apelante a necessidade do comparecimento da pensionista ao Parque de Material da Aeronáutica para realizar seu recadastramento.

No que se refere à informação prestada pelo Cartório de Registro Civil, qual seja, a de que a pensão seria cancelada automaticamente, é óbvio que este não tem competência para prestar tal informação. Ademais, o Apelante sequer entrou em contato com o órgão pagador para confirmar a informação recebida; pelo contrário, realizou transferências bancárias e saques, utilizando-se, para tanto, da senha e do cartão bancário pertencentes à ex-pensionista, tendo obtido ilicitamente para si, em valores da época, R\$ 4.969,92 (quatro mil, novecentos e sessenta e nove reais e noventa e dois centavos) em detrimento do patrimônio sob administração militar.

No que tange ao pleito absolutório sob o argumento da **inexigibilidade de comportamento diverso como causa supralegal de exclusão da culpabilidade**, entendo que esse merece prosperar. Restou configurado que o Apelante agiu acobertado pelo estado de necessidade exculpante, previsto no art. 39 do CPM, uma vez que teve que arcar com despesas realizadas pela ex-pensionista, tais como os valores pagos às cuidadoras, bem como com todo o custeio do sepultamento de sua genitora.

Depreende-se da análise dos autos que os valores depositados indevidamente na conta-corrente da ex-pensionista totalizaram R\$ 4.969,92 (quatro mil, novecentos e sessenta e nove reais e noventa e dois centavos), dos quais o Apelante justificou, por meio de recibos e notas fiscais, o montante de R\$ 4.408,36, quais sejam:

Declaração da cuidadora Elisa do Carmo, fl. 167: 900,00 + 330,00 + 150,00 = R\$ 1.230,00;

Declaração da cuidadora Bárbara Kamilla Souza Ramos, fl. 168: 600,00 + 220,00 + 100,00 = R\$ 920,00;

Declaração da Funerária Max Plano Ltda, fl. 178: R\$ 1.300,00;

Nota Fiscal da Funerária São Cristóvão Ltda, fl. 179: R\$ 380,00;

Declaração do Cemitério Belo Vale, fl. 181: R\$ 309,00;

Contrato de utilização do jazigo do cemitério Belo Vale – sinal e 1ª parcela, fl. 182: 191,00 + 78,36 = R\$ 269,36.

Ademais, ainda que reste uma pequena parte do valor total não justificada (R\$ 561,56), é bastante razoável que essa quantia tenha sido gasta com produtos destinados ao uso pessoal de sua mãe enferma, obje-

tivando proporcionar-lhe, na medida do possível, mais conforto e qualidade de vida, considerando-se que se tratava de paciente restrita a uma cama de hospital.

Posto isso, dou provimento ao apelo defensivo, para reformar a sentença condenatória e absolver o Civil VALTER DE SOUZA SILVA do crime capitulado no art. 249 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “d”, do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito. **No mérito, por unanimidade**, em dar provimento ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença condenatória e absolver o Civil Valter de Souza Silva do crime capitulado no art. 249 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “d”, do CPPM.

Brasília, 2 de abril de 2014 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

APELAÇÃO (2) Nº 51-27.2011.7.03.0203-RS

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

Revisora – Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante – Paulo Fernando Flores de Souza, 3º Sgt Ex, condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, tudo do CPM, e Celso Otto Lütz, 3º Sgt Ex, condenado à pena de 3 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, tudo do CPM, ambos com o direito de apelar em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 22/5/2012.

Advogados – Drs. Rui Alexandre Pereira Azevedo Medeiros, Rodrigo Gindri Fiorenza e Neri Juliano Piccoloto.

EMENTA

APELAÇÕES. DATA DO JULGAMENTO PREVIAMENTE DESIGNADA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DE DEFESA. PEDIDO DE ADIAMENTO DESPROVIDO DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. INDEFERIMENTO. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. COMINAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. COAUTORIA. DIVISÃO DO PRODUTO DO CRIME. RESTITUIÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA POR UM DOS RÉUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. DESPROVIMENTO. Na hipótese em tela, decorreu razoável lapso entre a data de intimação dos advogados e a do julgamento. O defensor do segundo Apelante pleiteou o adiamento do ato, sem apresentar justificativa plausível, nos termos do art. 265, § 2º, do CPP, além de comunicar a sua Renúncia ao mandato às vésperas da data designada, atitude que contraria o § 3º do art. 5º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo dispositivo impõe ao causídico, além da obrigatória notificação do mandante, o acompanhamento do feito pelo prazo de dez dias. Assim, não se verifica qualquer irregularidade na constituição da

defesa, tendo os causídicos apenas deixado de comparecer ao julgamento com data previamente designada. Comprovadas a materialidade e a autoria delituosas, não procedem os pleitos recursais de redução do quantum da pena estipulada aos Graduados. Na espécie, restou demonstrada a presença das qualificadoras relativas ao furto noturno, ao rompimento de obstáculo, à subtração da coisa e à coautoria (art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, do CPM). Na esteira de entendimento desta Justiça Especializada, levou-se em consideração a qualificadora prevista no inciso IV do § 6º do art. 240 da Lei Penal Militar, por ser a mais gravosa, para ambos os sentenciados, afastando-se as demais. Correta a cominação da pena-base acima do mínimo legal, sopesando-se a primariedade, os bons antecedentes, os motivos determinantes e o arrependimento dos réus, com a gravidade do crime, os meios empregados e a elevada intensidade do dolo. Não se vislumbra nos autos violação da dignidade da pessoa humana, tendo sido assegurados a ampla defesa e o contraditório, com a individualização e a imposição de pena justa e adequada, prevista na legislação penal castrense. Afigura-se indevida a incidência da atenuante disposta no art. 240, § 2º, do CPM, se um dos coautores do furto deixa de restituir integralmente a cota-parte que lhe coube em decorrência da divisão da res subtraída, ao contrário do comparsa que restituiu na íntegra a sua parte. Hipótese em que subsiste o prejuízo do ofendido e a obrigação se mostra solidária, de forma a afastar para ambos os apelantes a mencionada atenuante. A aplicação de pena definitiva aos sentenciados em patamar superior a 2 (dois) anos de reclusão implica a exclusão das Forças Armadas, em face da expressa determinação constante no art. 102 do CPM. Apelações desprovidas. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento às Apelações interpostas pelos 3ºs Sgts Ex Paulo Fernando Flores de Souza e Celso Otto Lütz, mantendo inalterada a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), Artur Vidigal de Oliveira e José Barroso Filho davam provimento parcial aos Apelos para, mantendo a condenação estipulada na Sentença a *quo*, minorar as penas impostas aos Apelantes para 3 anos de reclusão, ambos como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV,

c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, todos do CPM, mantidos o direito de recorrerem em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas. A Ministra Revisora fará voto vencido. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Fernando Sérgio Galvão e Cleonilson Nicácio Silva não participaram do julgamento. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 26/5/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 22 de maio de 2012, por PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA, 3º Sgt Ex, condenado à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, tudo do CPM, e CELSO OTTO LÜTZ, 3º Sgt Ex, condenado à pena de 3 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, tudo do CPM, ambos com o direito de apelar em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Em 29 de agosto de 2011, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, com base no IPM nº 29/11, denunciou os apelantes como incurso no art. 240, *caput*, §§ 4º e 6º, incisos I e IV:

“1. Conforme consta dos presentes autos, no dia 9 de abril de 2011, aproximadamente às 19h50min, o 3º SGT PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e o 3º SGT CELSO OTTO LÜTZ ingressaram no quartel do 12º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado, sediado em Alegrete/RS, sem se identificarem na

guarda, e foram em direção ao campo de futebol, onde se sentaram na rampa que dá acesso ao mencionado campo.

2. Nesse local, os ora denunciados passaram a analisar a movimentação dos militares que estavam de serviço, na referida unidade militar, e dos que entravam e saíam do aquartelamento, pois, naquele horário, a guarnição estava entrando em forma, aguardando a orientação do Oficial de Dia para o pernoite.

3. Nessa ocasião, o 3º SGT EDUARDO URUBATAN GARROT PEDROSO (Comandante da Guarda), estranhando a presença dos ora denunciados no quartel, contactou, pelo celular, o 3º SGT JOSELME AÍLTON MACHADO DA SILVA e o 3º SGT FERREIRA (ambos estavam de serviço como Sargento de Dia), solicitando que verificassem o motivo da presença dos ora denunciados no interior da unidade militar, naquele dia e horário. Porém, apenas o 3º SGT JOSELME fez a verificação, na qual os ora denunciados responderam que vieram apenas pegar alguns pertences e já iriam embora.

4. Na sequência, os ora denunciados, já previamente concertados entre si e auxiliando-se mutuamente, direcionaram-se até a porta de acesso secundário ao Pavilhão de Comando. Nesse lugar, já à noite, o 3º SGT FLORES, por meio de uma chave de fenda, começou a arrombar a referida porta, realizando movimentos de alavanca, enquanto o 3º SGT OTTO cuidava o movimento para que ninguém os percebessem.

5. Devido ao barulho que fez o arrombamento, voltaram ao campo de futebol e esperaram um pouco. Após, voltaram à porta de acesso secundário, entraram, encostaram a porta e subiram as escadas em direção à sala da 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld, no segundo piso.

6. Na sequência, o 3º SGT FLORES, para poder ingressar na sala da 4ª Seção, também arrombou a porta daquela sala, e o 3º SGT OTTO foi à janela, a fim de cuidar a movimentação. O 3º SGT FLORES, ao ingressar na dita sala da 4ª Seção, procurou pelo cofre existente no seu interior, o qual estava embutido em uma das paredes, e passou a retirá-lo, utilizando-se de uma chave de fenda e um pé de cabra, que portava consigo.

7. Depois de conseguir retirar o cofre da parede, o 3º SGT FLORES junto com o 3º SGT OTTO colocaram o cofre dentro de uma bolsa e saíram do prédio em direção ao estaciona-

mento dos Oficiais, por ser um local escuro. Após esperarem por cerca de 10 (dez) minutos, decididos a sair a pé, deslocaram-se até o estacionamento dos Cabos e Soldados, atravessaram o campo de futebol, até se aproximarem da saída da OM, onde viram e abordaram uma sentinela, o SD TIAGO SOARES PAZ, indagando-lhe as horas. Durante a abordagem perceberam estar aparecendo o cofre, mesmo dentro da bolsa.

8. Após isso, resolveram sair da OM de carro. Então, o 3º SGT FLORES entregou a chave do seu carro, um Chevrolet Celta, azul escuro, placa ILK 8697, o qual estava estacionado cerca de 200 metros da entrada da Unidade, ao 3º SGT OTTO. Enquanto o 3º SGT OTTO foi buscar o veículo, o 3º SGT FLORES seguiu em direção ao Cassino dos Oficiais.

9. A seguir, o 3º SGT OTTO adentrou na Unidade com o referido automóvel, passou pela cancela, mas logo adiante havia uma barreira formada por cones, a qual foi retirada por um militar 'laranjeira', o SD EV RICARDO DAS CHAGAS, que chegara da rua naquele momento.

10. Logo depois, o 3º SGT OTTO encontrou o 3º SGT FLORES, este colocou a bolsa, com o cofre dentro, no assoalho traseiro do veículo, e seguiram em direção à saída da unidade militar. Quando se aproximaram da saída, a sentinela SD EV ISMAEL XAVIER levantou a cancela, assim, os ora denunciados não passaram pela revista de permanência, o 1º SGT RODRIGO OLIVEIRA BUENO DA SILVA, ao saírem da OM.

11. Posteriormente, seguiram rumo a uma edícula alugada pelo 3º SGT OTTO, lugar em que, por meio de duas chaves de fenda, abriram o cofre e passaram a partilhar o montante em dinheiro existente, que fora anteriormente guardado no seu interior por militares que trabalhavam na 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld.

12. Depois da partilha do dinheiro, deslocaram-se até a ponte sobre o Rio Ibirapuitã, situada na BR 290, rodovia de acesso a Alegrete-RS. Nesse local, o 3º SGT FLORES jogou o cofre de cima da ponte no mencionado rio. Entretanto, em função do barulho do impacto, percebeu não ter o objeto caído dentro da água. Com isso, retornaram na manhã do dia seguinte, dia 10 de abril de 2011, quando então o 3º SGT OTTO concluiu o ato.

13. Devido às diligências desempenhadas pela autoridade de Polícia Judiciária Militar, o cofre retirado da sala da 4ª Seção da OM, pelos ora denunciados, foi resgatado, conforme se verifica no Termo de Reconhecimento de Objeto de fl. 31, firmado pelo ST JUCENEI MEINE, Adjunto ao Chefe da 4ª Seção.

14. Além disso, tanto o 3º SGT FLORES, às fls. 37-40, como o 3º SGT OTTO, às fls. 41-43, confessaram a prática dos fatos ora narrados e houve a devolução parcial da quantia em dinheiro subtraída do interior do cofre, por eles retirado da 4ª Seção, do 12º BE Cmb Bld, sendo que a quantia de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) foi devolvida pelo 3º SGT FLORES e a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) foi devolvida pelo 3º SGT OTTO.

15. Entretanto, segundo o ST MEINE (fls. 79-80), como também a planilha de fl. 82, o valor total guardado no cofre da 4ª Seção, do 12º BE Cmb Bld, na data dos fatos ora narrados era de R\$ 22.127,08 (vinte e de dois mil, cento e vinte e sete reais oito centavos). Tal soma em dinheiro originou-se do recolhimento centralizado por parte da OM, a fim de ser feito o adimplemento dos fornecedores de peça de enxovais destinados a diversos Soldados do Efetivo Variável daquela OM.

16. Do acima narrado apurou-se que os ora denunciados, em coautoria, subtraíram para si, coisa alheia móvel, à noite, com destruição e rompimento de obstáculo à subtração da coisa, consistente nos arrombamentos das portas de acesso secundário e de entrada da sala da 4ª Seção (Fiscalização Administrativa), do 12º BE Cmb Bld, bem como a danificação (destruição) do cofre metálico, arrancado da parede da mesma 4ª Seção. Tais ações foram efetivadas com a utilização de instrumentos em alavanca, compatível com a utilização de chaves de fenda e pé de cabra, conforme consta do Laudo Pericial nº 012/2011 - 26º Pel PE, documento de fls. 167 a 170, dos presentes autos.”.

A denúncia foi recebida em 30 de agosto de 2011. Os 3º Sgts Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e CELSO OTTO LÜTZ foram citados em 26 de setembro de 2011.

Qualificado e interrogado, o acusado PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA confessou os fatos descritos na denúncia. Afirmou que passava por sérios problemas financeiros, os quais se agravaram em razão do atraso no pagamento das mensalidades referentes à dívida de alimen-

tos em favor da filha, no valor de R\$ 289,00 (duzentos e oitenta e nove reais), cujo montante acumulado era de R\$ 7.152,00 (sete mil cento e cinquenta e dois reais). Afirmou ter o corréu OTTO revelado a existência de um cofre na 4ª Seção, o qual continha uma quantia, propondo subtraí-lo. Por serem conhecidos, entraram no quartel sem se identificarem. Ao tentarem arrombar o cofre, esse se desprende da parede, ocasião em que decidiram levá-lo numa sacola. Saíram do quartel sem serem abordados e foram para uma casa alugada pelo Sgt OTTO. Afirmou ter sido o dinheiro repartido entre o ele e o Sgt OTTO, ficando cada um, respectivamente, com a quantia de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) e R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais). Afirmou terem jogado o cofre no Rio Ibirapuitã, do alto de uma ponte, na BR-290. Afirmou ter tido o Sgt OTTO a ideia de incendiar o Pavilhão Administrativo para apagarem as provas, proposta essa prontamente rejeitada pelo interrogando. Confessou os fatos ao Cel Átilla, ocasião em que restituiu a quantia de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), pois sua esposa já havia gasto R\$ 6.000,00 (seis mil reais), imaginando se tratar de um empréstimo contratado pelo interrogando.

O 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ confessou os fatos descritos na denúncia, afirmando ter sido procurado pelo corréu FLORES, o qual se queixava estar endividado, sem condições de comprar alimentos para casa, com o cartão de crédito vencido e com a pensão de alimentos em favor da filha em atraso. Afirmou ter o Sgt FLORES revelado a existência de muito dinheiro no cofre da 4ª Seção e pedido ao interrogando que o ajudasse a subtraí-lo, vigiando o local enquanto o Sgt FLORES executasse as ações. Afirmou ter dissuadido o companheiro a cometer o delito, sugerindo que vendesse seu veículo ou que pedisse ao Comandante para fazer uma coleta entre os militares, propostas essas rejeitadas pelo Sgt FLORES. Compadecido com a situação desse graduado, aceitou ajudá-lo, entrando no quartel com o companheiro e levando numa sacola uma chave de fenda e um pé de cabra. Disse ter ficado em frente ao Pavilhão de Comando enquanto o Sgt FLORES executava a ação. Logo após, o graduado veio ao encontro do interrogando carregando o cofre debaixo do braço, colocando-o dentro da sacola. Afirmou ter o Sgt FLORES aberto o cofre com uma chave de fenda e dividido a quantia nele existente, colocando a parte do interrogando num “saquinho”, correspondente ao total de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Afirmou ter apenas ajudado o Sgt FLORES, pois não precisava de dinheiro, tendo em vista possuir a quantia

de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em sua conta, além de estar próximo de ir para a reserva, com a previsão de receber o equivalente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de ajuda de custo. Afirmou que o Sgt FLORES queria incendiar o Pavilhão Administrativo para apagar as provas, porém o interrogando não permitiu. Confessou os fatos ao Cap Vicente e, no mesmo dia, devolveu o valor total recebido.

Na qualidade de testemunhas de acusação, foram ouvidos o 3º Sgt Ex Eduardo Urubatan Garrot Pedroso (fls. 220/221), o 3º Sgt Ex Joselme Ailton Machado da Silva (fls. 222/223), o Sd Ex Tiago Soares Paz (fls. 224/225), o Sd Ex Ismael Xavier (fls. 226/227), o Sd Ex Ricardo da Chagas (fls. 228/229) e o 2º Ten Ex Jucenei Meine (fls. 230/232).

Como testemunhas referidas pelo MPM, foram inquiridos o Cel Ex Davi Átila Lopes (fls. 306/307), o Maj Ex Cristiano Rodrigues Gós (fls. 308/309), o 1º Ten Ex Josué Gomes Lucindo (fls. 310/311) e o 1º Sgt Ex Rodrigo Oliveira Bueno da Silva (fls. 312/313).

Pela Defesa de CELSO OTTO LÜTZ, foi colhido o depoimento da testemunha Carlos Emílio Lara Melo (fls. 331/332).

A Defensoria Pública da União, incumbida de patrocinar os interesses de PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA, não arrolou testemunhas (fl. 319).

Vieram aos autos os seguintes documentos: Termo de Reconhecimento de Objeto (fl. 37); Auto de Reprodução Simulada dos Fatos (fls. 102/116); Fotografias do cofre arrombado (fls. 123/125); Termos de Apreensão do cofre e de parte dos valores subtraídos (fls. 139 e 140); Termo de Restituição do somatório do numerário recuperado (fl. 141); Comprovantes de entrada e de saída do cofre na carga patrimonial do 12º BE Cmb (fls. 146/148); Laudo Pericial relativo ao cofre subtraído (fls. 174/177); Certidões de “nada consta” (fls. 191; 192; 196; 197; 303 e 304); e Folhas de Antecedentes Policiais (fls. 199/200).

Na fase do art. 427 do CPPM, o Ministério Público Militar e a Defesa de CELSO OTTO LÜTZ nada requereram.

À fl. 339, a Defensoria Pública da União solicitou a juntada de resposta ao Ofício nº 1644/2011, expedido pela 2ª Auditoria da 3ª CJM, que versa sobre Relatório elaborado pelo Comando do 12º BE Cmb Bld, visando ao “acompanhamento da situação econômica e social do 3º Sgt QE Paulo Fernandes Flores de Souza” e contendo, dentre outras suges-

tões de apoio ao Graduado, o escalonamento para missões com carreta, para fins de recebimento de diária ou representação. No referido expediente, aquele Juízo havia indagado ao referido Comando sobre “*quantos militares (...) são habilitados às missões com a carreta e como é feita a escala dessas missões*” e “*quais das medidas sugeridas no item 3 do relatório efetivado pelo 1º Ten Joel de Jesus (fls. 235/240) foram aprovadas (...) e quais já foram implementadas*”.

A diligência pleiteada foi parcialmente atendida à fl. 344, tendo a Defesa solicitado a complementação da resposta, a qual foi encaminhada à fl. 404.

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar sustentou a comprovação da materialidade delituosa, requerendo a condenação dos denunciados às penas do art. 240, § 6º, inciso IV, do CPM. Observou que, embora a hipótese em tela verse sobre furto triplamente qualificado, por ter sido praticado à noite e com destruição e rompimento de obstáculo, em concurso de agentes, requer seja reconhecida apenas a qualificadora mais gravosa, relativa ao concurso de agentes, considerando-se as demais como circunstâncias agravantes. Considerando a restituição das importâncias subtraídas, ressaltou a possibilidade da atenuação prevista no § 7º do art. 240 do CPM. Na hipótese de cominação de pena superior a dois anos, postulou a exclusão dos militares das fileiras do Exército.

Na mesma fase processual, a Defesa de CELSO OTTO LÜTZ pleiteou a absolvição do denunciado. Subsidiariamente, requereu a incidência das atenuantes elencadas no art. 72, incisos II e III, alíneas “b” e “d”, do CPM, relativas ao comportamento meritório do denunciado, à restituição da *res furtiva* e à confissão espontânea. Requereu também a atenuação da pena, na forma do art. 53, § 3º, do referido Código, por ter participado do crime de forma menos expressiva. Pugnou também pelo enquadramento no crime de furto simples, afastando-se as qualificadoras mencionadas na peça acusatória.

A Defesa de PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA alegou ter o denunciado agido sob o estado de necessidade exculpante, em face da difícil situação financeira que atravessava, requerendo a sua absolvição, com fundamento no art. 439, alíneas “d” e “e”, do CPM. Subsidiariamente, requereu, em caso de condenação, o reconhecimento da atenuante disposta no art. 240, § 7º, do CPM.

Em 22 de maio de 2012, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgou procedente a denúncia, para conde-

nar os acusados pela prática delituosa capitulada no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 53, ambos do Código Penal Militar, cominando ao 3º Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ, a pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, aplicando-lhes a pena acessória de exclusão das Forças Armadas nos termos do art. 102 do referido Códex. Foi estipulado o regime inicialmente aberto para o cumprimento da pena, na forma do art. 33, § 2º, do Código Penal Brasileiro, e o direito de apelar em liberdade.

Nos fundamentos da Sentença, o Colegiado de Primeiro Grau consignou que as fartas provas documentais e testemunhais carreadas aos autos evidenciaram a materialidade e a autoria, as quais, inclusive, foram admitidas pelas Defesas dos réus.

Ressalvando não ter sido plenamente esclarecida a autoria intelectual do delito, o Conselho Julgador consignou a comprovação da coautoria dos denunciados, observando a unidade de desígnios, por terem atuado diretamente para atingir o resultado pretendido, *“planejando, analisando o ambiente, invadindo desautorizadamente o pavilhão de comando, rompendo os obstáculos à frente até a subtração, não apenas da quantia monetária contida em seu interior, mas de todo o cofre da 4ª Seção que estava cravado na parede daquela subunidade”*. Frisou estar consignada a coautoria, não havendo de falar em mera participação do 3º Sgt OTTO no fato delituoso, como prevê o § 3º do artigo 53 do CPM.

O Colegiado afastou a tese da Defensoria Pública da União, segundo a qual o 3º Sgt PAULO FERNANDES FLORES DE SOUZA teria agido sob o estado de necessidade exculpante. Asseverou que, no caso dos militares, em virtude da estrutura sabidamente paternalista da *“família militar”*, o endividado pode e deve relatar suas dificuldades aos seus superiores hierárquicos. Contudo, não foi essa a medida adotada pelo Sgt FLORES, o qual optou pelo modo mais oportuno e conveniente para solucionar os seus problemas em detrimento das alternativas lícitas que poderia ter adotado. Destacou ter sido o Sgt FLORES beneficiado financeiramente, inclusive, com duas missões para o exterior, a última em 2010, para socorrer vítimas do terremoto que assolou o Haiti.

Diante do considerado dano causado ao patrimônio alheio, sem que a necessidade do Sgt FLORES estivesse realmente em perigo, afastou a alegada causa excludente de culpabilidade, pois, conforme frisado,

poderia ter agido de outra forma para contornar sua situação, sendo-lhe exigível conduta diversa.

Destacou a gravidade da conduta revelada no *modus operandi*, ultrapassando o inusitado diante do cofre destruído após ter sido arrancado da parede da 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld, arrombado e atirado ponte abaixo, além de terem os acusados abusado da confiança que a graduação lhes conferia, pelo que, sabendo da pequena probabilidade de serem revistados na entrada da OM, entraram no recinto carregando um saco com instrumentos para procederem à ação.

Com base nas circunstâncias que envolveram o delito, registrou a presença das qualificadoras do furto noturno, rompimento de obstáculo à subtração da coisa e da coautoria, previstas no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, do CPM. Na mesma linha de entendimento desta Justiça Especializada, levou em consideração a pena cominada no § 6º, inciso IV, do aludido artigo, por ser a mais gravosa, relativa à coautoria, para ambos os sentenciados.

Ainda em relação ao 3º Sgt PAULO FERNANDES FLORES DE SOUZA, aquele Juízo fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, cotejando as condições judiciais dispostas no art. 69 do mencionado Código, consistentes na primariedade e nos bons antecedentes do agente, com as circunstâncias desfavoráveis, decorrentes de sua condição de Terceiro Sargento do Exército, do modo empregado para a prática do furto, mediante rompimento de obstáculo, do período noturno e do lugar da prática delituosa, arrombando a porta de acesso secundária ao Pavilhão de Comando.

Deixou de aplicar a minorante relativa ao § 2º do art. 240, nos termos do § 7º do mesmo dispositivo, considerando ter o legislador autorizado o benefício apenas na hipótese de devolução total da *res furtiva*. Frisou que, “na hipótese de coautoria, como é cediço, a divisão do produto da subtração não reparte o prejuízo da vítima, ou seja, o Ofendido continua despido de seu patrimônio de forma única, caso não haja a reparação do dano. Os agentes, independente da cota-parte de cada um, são devedores solidários desta reparação (...)”. Por essa razão, aduziu que a minorante do § 2º do artigo 240 do CPM privilegia a reparação total do dano antes de instaurada a ação penal. Não previu o legislador a redução da pena em razão da reparação parcial da *res furtiva*, ficando tal hipótese restrita à seara da política criminal, dependendo, ainda, da qualidade pessoal do agente. Ressaltou que o relatório da situação financeira do

acusado FLORES, que parte do motivo das dívidas contraídas por sua família, além de suas posses (o que já configuraria infração disciplinar), decorre da vida perdulária do réu e de sua esposa, em que nem mesmo duas missões no exterior foram capazes de tranquilizar a vida financeira do casal.

Apesar da não incidência da minorante específica do § 2º do art. 240 do CPM, reconheceu a existência das atenuantes genéricas previstas no art. 72, incisos II e III, alíneas “b” e “d”, alusivas ao prévio comportamento meritório, à restituição parcial dos valores subtraídos pelo Sgt FLORES, além da confissão, atenuando a pena em um quinto na forma dos arts. 73 e 74, todos do CPM.

Quanto ao 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ, fixou igualmente a pena-base em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, adotando a mesma fundamentação apresentada em relação ao primeiro sentenciado. Respalhado nos supracitados dispositivos penais, reconheceu, igualmente, o comportamento meritório anterior do réu e a confissão. Considerando a devolução integral da *res furtiva* pelo citado militar, atenuou a pena em patamar superior, equivalente a um quarto.

A Sentença foi lida e assinada em 22 de maio de 2012, e as partes foram intimadas na mesma data. O *Decisum* transitou em julgado para o Ministério Público Militar em 29 de maio de 2012.

Irresignada, a Defensoria Pública da União interpôs Apelação em favor do 3º Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA, em 25 de maio de 2012. Igualmente inconformada, a Defesa constituída pelo 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ interpôs o Apelo em 28 de maio seguinte.

Nas razões recursais de PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA, a Defensoria Pública da União argumentou ter o Apelante agido sob o estado de necessidade exculpante, movido pelo desespero em que se encontrava diante de sua situação financeira completamente desequilibrada, levando-o a agir “sob o efeito de pressões psicológicas fortíssimas”.

Alegou ser desproporcional a aplicação da pena privativa de liberdade, acrescida da pena acessória de exclusão das fileiras do Exército, sendo excessivamente gravoso o ônus imputado ao acusado. Disse ter havido “um esvaziamento da reprovabilidade da conduta,” não somente pelo reconhecimento do acusado quanto ao erro cometido, mas também pela postura adotada pela Administração Militar, que, sensível à situação crítica que ele atravessava, passou a ajudá-lo.

Aludindo às circunstâncias favoráveis que amparam o Apelante, ressaltou que os valores subtraídos não pertenciam ao Exército, e sim aos Soldados, de sorte que o dano causado à Administração Militar limitou-se às avarias no cofre. Destacou o comportamento meritório anterior do Apelante, a intensidade do dolo em grau normal à espécie, a mínima ofensa ao patrimônio do Exército, a situação de graves dificuldades financeiras que enfrentava, bem como a primariedade e os bons antecedentes do réu.

Afirmou ser devida a cominação da pena-base no mínimo legal ou, no máximo, em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Em face das múltiplas circunstâncias atenuantes, alegou que a atenuação deve incidir no máximo permitido pelo art. 73 do CPM, ou seja, em 1/3 (um terço). Sustentou também ser devida a aplicação da atenuação estipulada no § 7º do art. 240 do CPM, em face da reparação de grande parte do dano, em apenas 2 (dois) dias após a prática delituosa.

Ao final, prequestionou os arts. 1º, inciso III, e 5º, *caput* e inciso XLVI, todos da Constituição da República, e requereu a absolvição do Apelante com fundamento no art. 439, alíneas “d” ou “e”, do CPPM. Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena, por força do disposto nos arts. 69, 72, incisos II e III, alíneas “b” e “d”, e 240, § 7º, todos do CPM, com a concessão da suspensão condicional da pena. Por último, postulou a reforma da Sentença em relação à pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Nas razões recursais de CELSO OTTO LÜTZ, a Defesa insurgiu-se contra o patamar estipulado para a pena-base do Apelante, aduzindo que deveria ter sido fixada no mínimo legal. Segundo afirmou, o Apelante apenas auxiliou o outro sentenciado na prática delitiva, tentando, inclusive, dissuadi-lo. Aduziu não ter sido o idealizador do furto nem o autor do arrombamento do cofre, além de não ter tido a ideia de jogá-lo no rio nem determinado a proporção no rateio da *res*, tendo restituído integralmente o valor que lhe fora repassado, acrescentando a confissão espontânea dos fatos.

Sustentou ser a pena desarrazoada e desproporcional, pleiteando a redução da pena-base prevista para o tipo penal agravado, para 3 (três) anos de reclusão, com a atenuação de 1/3 (um terço) nos termos do art. 73 do CPM, obtendo-se a pena definitiva de 2 anos de reclusão, com o benefício do *sursis*. Requereu também a revogação da condenação da

pena acessória de exclusão das Forças Armadas cominada ao 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ.

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar, amparado no princípio da proporcionalidade, pugnou pelo provimento parcial do recurso interposto pela Defesa do 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ, com a redução da pena imposta pelo Juízo *a quo*, afastando-se a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Quanto ao 3º Sgt Ex PAULO FERNANDES FLORES DE SOUZA, requereu, igualmente, o provimento parcial do apelo, com a redução da pena cominada e o afastamento da pena de exclusão do Exército, estipulando-se, entretanto, a obrigação da integral reparação do dano causado à Administração Militar.

No tocante à pena acessória de exclusão das Forças Armadas, justificou a sua não aplicação, mesmo diante do *quantum* superior a dois anos, em razão do princípio da proporcionalidade, por entender suficiente a privação da liberdade para recuperação e reinserção social dos apelantes.

Instada a manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, afirmou não ter sido provado o alegado estado de necessidade exculpante. Ao contrário, ressaltou terem os apelantes agido por cupidez. Para tanto, frisou o depoimento do Sgt OTTO, o qual chegou a afirmar que “*simplesmente pegou o dinheiro por pegar*”. Com relação ao Sgt FLORES, afirmou que a alegada existência de dívidas insuportáveis não se sustenta, pois, do contrário, seria autorizar a prática delitiva em comento e lembrou ser o Brasil um país pobre, cuja população, em sua imensa maioria, passa por problemas econômicos e, nem por isso, lança mão do crime para saldar suas dívidas. Frisou que nem mesmo a dívida de alimentos em favor da filha serve de motivação para a prática delitiva, tendo em vista o próprio apelante, em seu interrogatório (autodefesa), afirmar que tal dívida estava garantida por um bem penhorado.

Ressaltou a necessidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal, para a qual se valeu o Conselho de devida justificação, tendo em vista tratar-se de fato grave praticado por graduados, cujo mau exemplo chega a ser constrangedor para seus subordinados, soldados, os quais, pela baixa idade, ainda estão com a personalidade sendo moldada. Fri-

sou, ainda, o efeito deletério da conduta, repercutindo diretamente na perda de confiança pelos subordinados, como também o grave ataque ao patrimônio dos ofendidos, o qual é muito inferior em relação ao dos apelantes.

Asseverou a necessidade de imposição da pena acessória de exclusão das Forças Armadas diante do atrevimento na subtração ocorrida, adredemente preparada, servindo de exemplar punição a funcionar como paradigma de conduta para os soldados e vítimas desses maus graduados.

Por fim, ressaltou:

(...)

Se os graduados tivessem amor a farda não teriam optado por se lançar na prática delitiva no final de suas carreiras, manchando não apenas a vida profissional mas a própria dignidade. Nenhum problema pessoal justifica a opção deliberada pela prática delitiva, muito embora tudo indique que agiram por pura cobiça. Deveriam ter pensado antes sobre as consequências desse ato altamente reprovável. A sociedade, definitivamente, não deseja a permanência nos quadros militares de maus exemplos para subordinados, ainda mais quando são estes vítimas dos superiores. E a sociedade lamenta profundamente uma suposta comoção em relação aos apelantes, pois não leva em consideração as profundas lesões decorrentes da quebra de disciplina pelo fato narrado e da lesão patrimonial sofrida pelas vítimas, repita-se, seus subordinados.”.

Ao final, opinou pelo desprovimento dos apelos.

À fl. 542, consta Certidão expedida pela SEJUD/STM, certificando nada constar em nome dos apelantes.

Em 28 de dezembro de 2012, a Defesa de PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA protocolizou petição requerendo a juntada de cópia do Boletim Interno nº 145, de 1º/8/2012, do 12º BE Cmb Bld, a qual *“comprova que o réu goza da confiança de seus pares, tanto que ainda realiza o transporte de bens de alto valor, pertencentes ao Exército Brasileiro”* (fls. 556/558).

Na sessão de julgamento realizada em 11 de junho de 2013, o Plenário desta Corte, por unanimidade, negou provimento aos recursos interpostos, mantendo *in totum* a Sentença condenatória. O Acórdão foi

publicado em 26 de junho de 2013, sendo o Ministério Público Militar intimado em 1º de julho seguinte.

Em 27 de junho de 2013, a Defesa do Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA opôs Embargos de Declaração em face do referido Acórdão, sustentando a nulidade do julgamento da Apelação nº 51-27.2011.7.03.0203.

Afirmou ter o réu constituído novo advogado, sem ter ocorrido a atualização do nome do causídico na autuação do feito, obstaculizando a sua intimação para participar da sessão de julgamento e realizar sustentação oral.

Requeru a anulação do julgamento da referida Apelação, designando-se nova data para apreciação do recurso, com a intimação do defensor da colocação do feito em mesa, para a realização de sustentação oral na forma do art. 535, § 2º, do CPPM.

A Defesa do 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ também opôs Embargos de Declaração, sustentando, em síntese, a existência de contradição no Acórdão mencionado, em face da não redução da pena estipulada ao embargante. Requeru a reforma do Acórdão, com a diminuição da pena-base e o afastamento da pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Alternativamente, prequestionou os arts. 69, 73, 75 e 84, todos do CPM.

Em 15 de agosto de 2013, o plenário desta Corte, por unanimidade, acolheu os Embargos opostos por PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA, anulando o julgamento da Apelação nº 51-27.2011.7.03.0203, com fundamento no art. 500, inciso III, alínea "j", do CPPM, e determinando nova autuação do feito e a designação de outra data para a sua reapreciação, julgando prejudicados os Embargos opostos por CELSO OTTO LÜTZ.

O Acórdão foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 28 de agosto de 2013, sendo o MPM intimado em 29 de agosto de 2013 e os defensores dos embargantes, em 10 de setembro seguinte.

Após obter nova vista dos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, ressaltou que, em homenagem ao princípio constitucional da unidade do Ministé-

rio Público e diante da inexistência de novas razões de fato ou de direito, não se vislumbra motivação para alterar o parecer anterior.

A Ministra-Revisora teve vista dos autos.

Em virtude das manifestações expressas das defesas do 3º Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e do 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ acerca do interesse de sustentarem oralmente os argumentos lançados nas razões de apelação, designei a data de julgamento do feito para o dia 25 de fevereiro de 2014, da qual foram os advogados das partes previamente intimados.

Entretanto, veio aos autos, em 20 de fevereiro de 2014 (5 dias antes da data aprazada), a informação do Advogado Dr. Mauro Fagundes Vargas (OAB/RS 29.485) de ter o 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ revogado a procuração que lhe fora outorgada.

Diante desse fato, em 21 de fevereiro de 2014, foi solicitado ao Apelante para, no prazo de quarenta e oito horas, constituir nova defesa ou manifestar-se quanto ao interesse de ser assistido pela Defensoria Pública da União. Em 5 de março de 2014, a Secretaria Judiciária certificou não ter, até aquela data, obtido resposta da diligência. Ainda em 5 de março de 2014, aportou nesta Corte o Ofício nº 027-AAAJ/12º BE Cmb Bld, informando que, embora o Apelante CELSO OTTO LÜTZ houvesse declarado ter constituído advogado, não apresentou a respectiva procuração.

Em 6 de março de 2014, foi novamente solicitado ao Apelante que, no prazo de quarenta e oito horas, apresentasse o nome do advogado constituído com a respectiva procuração. No dia 10 de março de 2014, foram juntados aos autos a procuração e o requerimento de vista dos autos pelo prazo de 15 (quinze) dias, para conhecimento do feito, firmado pelo Dr. Rui Alexandre Medeiros (OAB/RS 59.093), tendo sido prontamente atendido, conforme certidão de ciência ao nominado causídico, na forma do artigo 288 do CPPM, da abertura do respectivo prazo a contar de 19 de março de 2014. Todavia, em 4 de abril de 2014, foi certificado o decurso do prazo sem que o Advogado tenha retirado o processo do Juízo, conforme havia solicitado.

Foi, então, designada data do julgamento para o dia 3 de junho de 2014. Porém, em face da necessidade de ajustamento de agenda, foi redesignada para a presente data, tendo sido as partes regularmente intimadas em 14 de maio de 2014.

Em 20 de maio de 2014, o Dr. Rodrigo Gindri Fiorenza (OAB nº 54.881/RS), embora previamente intimado da data do presente julgamento, formulou pedido de designação de nova data, alegando estar impedido de comparecer em razão de compromissos profissionais. O julgamento, conforme já relatado, havia sido designado para o dia 3 de junho de 2014, mas, por motivo de necessidade de adequação de agenda, foi redesignado para esta data, da qual os advogados de ambos os apelantes foram regularmente intimados em 14 de maio de 2014, ou seja, com 12 (doze) dias de antecedência, conforme se verifica das certidões de fl. 729.

Considerando que o defensor não apresentou a devida comprovação de suas alegações, conforme exigência expressa do artigo 265, § 2º, do CPP, segundo o qual *“incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência”* e, *“não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato”*, em 22 de maio de 2014, determinei a intimação do Dr. Rodrigo Gindri Fiorenza, a fim de indicar e comprovar a real causa impeditiva de seu comparecimento (fls. 744 e 748).

Em resposta, o causídico encaminhou mensagem via fac-símile, em 23 de maio de 2014, informando que, por não ter condições de comprovar documentalmente as razões pelas quais não poderia comparecer ao presente julgamento, renunciou à procuração outorgada pelo Apelante PAULO FERNANDO FLORES DE SOUSA.

Sem prejuízo da intimação do réu para constituir novo patrono, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, determinei, na mesma data, ou seja, em 23 de maio último, que fosse o nominado causídico notificado da obrigatoriedade de acompanhamento do feito, mesmo após a manifestação da renúncia, pelo prazo de 10 (dez) dias, conforme previsão expressa do § 3º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Na presente data, os patronos dos apelantes, Drs. Rodrigo Gindri Fiorenza e Rui Alexandre Medeiros, atravessaram petição insistindo na prorrogação da data de julgamento, desta vez alegando dificuldade de aquisição das passagens aéreas em razão do elevado custo. Todavia, verifica-se ter sido a pesquisa de preços realizada no dia de hoje, conforme comprovam os anexos apresentados. Saliente-se terem sido os advogados intimados da nova designação da data do julgamento em 14 de maio de

2014, ou seja, com 12 (doze) dias de antecedência, tempo suficiente para que os causídicos pudessem se organizar.

É o Relatório.

VOTO

Os recursos são tempestivos e interpostos por partes legítimas e interessadas, merecendo, portanto, ser conhecidos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o pedido de adiamento da presente data de julgamento, formulada pelos patronos dos Apelantes, carece de respaldo legal. Consoante demonstrado anteriormente, este Relator havia deferido os pleitos das defesas do 3º Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e do 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ, a fim de realizarem sustentação oral.

O presente julgamento, anteriormente designado para 25 de fevereiro de 2014, foi adiado, pela primeira vez, em face da informação de o 3º Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ ter revogado a procuração outorgada ao Dr. Mauro Fagundes Vargas (OAB/RS 29.485). Posteriormente, após ser instado a constituir nova defesa, o Apelante ficou-se inerte, a despeito das diversas tentativas de prosseguimento do feito, por parte desta Justiça Especializada, bem como do Juízo *a quo* e da sua OM.

Somente em 10 de março de 2014, o Advogado Dr. Rui Alexandre Medeiros (OAB/RS 59.093) requereu a juntada da procuração outorgada pelo Apelante Sgt CELSO OTTO LÜTZ, solicitando também vista dos autos pelo prazo de 15 (quinze) dias, para conhecimento do feito, cujos pleitos foram atendidos. Todavia, em 4 de abril de 2014, foi certificado o decurso do prazo, sem que o Advogado retirasse o feito do cartório.

Foi, então, designada data do julgamento para o dia 3 de junho de 2014. Porém, em face da necessidade de ajustamento de agenda, foi redesignada para a presente data (26 de maio de 2014), tendo sido os defensores dos Apelantes regularmente intimados em 14 de maio de 2014.

Em 20 de maio de 2014, o Dr. Rodrigo Gindri Fiorenza (OAB nº 54.881/RS) formulou pedido de designação de nova data, alegando estar impedido de comparecer em razão de compromissos profissionais. Intimado a comprovar a causa impeditiva de seu comparecimento, por força do disposto no art. 265, § 2º, do CPP, o causídico encaminhou mensagem via fac-símile, em 23 de maio de 2014, informando que renunciou à

procuração outorgada pelo Apelante PAULO FERNANDO FLORES DE SOUSA e afirmando não ter condições de comprovar documentalmente as razões que o impedem de comparecer ao presente julgamento.

Diante desse fato, além de determinar a intimação do réu para constituir novo patrono, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, determinei, na mesma data, a notificação do referido Advogado quanto à obrigatoriedade de acompanhamento do feito, mesmo após a manifestação da renúncia, pelo prazo de 10 (dez) dias, conforme previsão expressa do § 3º do art. 5º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Tal providência se alinha, inclusive, com o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, ementado nestes termos:

“MANDATO OUTORGADO A ADVOGADO. RENÚNCIA. NOTIFICAÇÃO INEQUÍVOCA DO MANDANTE. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE.

1. Conforme precedentes, a renúncia do mandato só se aperfeiçoa com a notificação inequívoca do mandante.

2. Incumbe ao advogado a responsabilidade de cientificar o seu mandante de sua renúncia.

3. Enquanto o mandante não for notificado e durante o prazo de dez dias após a sua notificação, incumbe ao advogado representá-lo em juízo, com todas as responsabilidades inerentes à profissão.

4. Recurso especial não conhecido.”

(REsp. nº 320345/GO, 4ª Turma; Relator: Ministro Fernando Gonçalves; Julgamento: 5/8/2003; publicação DJ 18/8/2003).

Na presente data, os patronos dos apelantes, Drs. Rodrigo Gindri Fiorenza e Rui Alexandre Medeiros, apresentaram petição em conjunto, insistindo na prorrogação da data de julgamento. Desta vez, ambos alegam possuírem dificuldades na aquisição das passagens aéreas para o deslocamento à sede desta Corte, em razão do elevado custo.

Conforme já observado, os referidos Advogados haviam sido intimados da nova designação da data do julgamento em 14 de maio de 2014, ou seja, com 12 (doze) dias de antecedência, prazo razoável e suficiente para que os causídicos pudessem se organizar. Porém, somente no dia de hoje apresentaram pesquisa de preços, realizada nesta data, aduzindo que o preço das passagens está demasiadamente elevado! A toda evidência, mais uma vez, não se logrou comprovar a alegação de

impossibilidade de comparecer ao ato. Os defensores sequer demonstraram a eventual compra das respectivas passagens para o dia 3 de junho de 2014, caso a aludida data fosse mantida, o que demonstra a inequívoca intenção de não assistirem ao julgamento.

Passo ao exame das peças recursais.

Do acervo probatório carreado aos autos, verifica-se que a materialidade e a autoria delituosas imputadas a ambos os Apelantes restaram amplamente demonstradas, não sendo objeto de divergência nas peças recursais em exame.

Nos termos da denúncia, os Apelantes ingressaram no 12º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado, em Alegrete/RS, no período noturno, e arrombaram um cofre, subtraindo o equivalente a R\$ 22.127,08 (vinte e dois mil cento e vinte e sete reais e oito centavos).

Primeiramente, o 3º Sgt FLORES arrombou a porta de acesso secundário ao Pavilhão de comando, com o uso de uma chave de fenda, enquanto o 3º Sgt OTTO vigiava para não serem flagrados. Após entrarem no recinto, o Sgt FLORES arrombou a porta da sala da 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld, localizada no segundo piso, e retirou o cofre instalado na parede, com o auxílio da chave de fenda e de um pé de cabra, colocando-o dentro de uma bolsa. Os Graduados saíram do quartel, arrombaram o referido cofre, utilizando duas chaves de fenda, e partilharam o dinheiro encontrado, pertencente aos militares que trabalhavam na 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld. A seguir, dirigiram-se a uma ponte localizada na via de acesso a Alegrete, e o Sgt FLORES jogou o cofre no rio Ibirapuitã. Como perceberam que tal objeto não havia caído na água, retornaram na manhã seguinte, ocasião em que o 3º Sgt OTTO concluiu o ato.

Passo ao exame do recurso interposto pelo 3º Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA.

Carece de amparo legal a tese defensiva de ter o Apelante agido sob estado de necessidade. Embora estivesse notoriamente endividado, poderia o Graduado solicitar apoio por parte da sua OM, ou buscar outra forma de solucionar o problema, seja solicitando empréstimo a terceiros, seja prestando serviços temporários fora do quartel, em seus períodos de folga, dentre outras possibilidades. Embora, após os fatos, o Comando tenha tentado ajudá-lo a reestruturar-se financeiramente, os elementos probatórios trazidos aos autos revelam a exigibilidade de conduta diversa por parte do militar.

Assim, comprovadas a materialidade e a autoria delituosas e ausentes quaisquer causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, afigura-se irretocável a Sentença impugnada, ao enquadrar a conduta do ora Apelante no crime de furto triplamente qualificado, por ter sido praticado em coautoria, no período noturno, com rompimento de obstáculo. Entretanto, na esteira do entendimento pacificado por esta Justiça Especializada, considerou-se tão somente a qualificadora mais gravosa, no caso, a do concurso de agentes, prevista no art. 240, § 6º, inciso IV.

Sem dúvida, a conduta perpetrada pelos apelantes é socialmente relevante diante da ofensa aos valores fundamentais do sistema castrense, consubstanciados na hierarquia e disciplina militares, haja vista terem subtraído, na condição de graduados e superiores dos ofendidos, valores destinados ao pagamento de despesas pessoais dos soldados da OM, conforme Planilha acostada às fls. 85/89 e depoimentos de diversos militares.

Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto do Parecer do Custos Legis, *in verbis*:

“Os réus confessaram a prática delitiva, fls. 211/5 e 216/9. Com o Sgt Flores foram apreendidos R\$ 5.500,00, fls. 139, e com o Sgt Otto R\$ 8.000,00, fls. 140. Vê-se, portanto, que a restituição não foi integral, pois o interior do cofre guardava R\$ 22.127,08, dinheiro esse recolhido para pagamento de peças de enxoval dos soldados do efetivo variável. Ou seja, as vítimas da ação criminosa foram soldados do efetivo variável, cujo montante de dinheiro serviria para pagar peças do enxoval. Também não se tem notícia da reparação dos demais danos decorrentes da ação delituosa, na conformidade da avaliação de fls. 149/150, complementada pelo laudo pericial de fls. 165/170. O relatório do IPM na fl. 153 aponta, por exemplo, que o valor do cofre é de R\$ 329,00.

Dúvida não resta quanto à autoria e nem quanto à divisão de tarefas na perpetração da subtração. Com efeito, ambos atuaram dentro do núcleo do tipo, logo descabe falar em participação de menor importância. A única dúvida é no referente à ideiação do crime o que impede aplicar a agravante genérica pertinente.”.

Correta, portanto, a cominação da pena-base acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sopesando-se a primariedade, os bons antecedentes, os motivos determinantes e o arre-

pendimento do réu com a gravidade do crime, os meios empregados e a elevada intensidade do dolo, esses últimos evidenciados pela dinâmica dos fatos acima demonstrados. Ademais, a situação de endividamento do Apelante não tem o condão de justificar o ilícito penal por ele perpetrado, especialmente por se tratar de Graduado com mais de vinte anos de serviço militar. O fato se reveste de especial gravidade, sobretudo porque contava com a confiança dos seus superiores hierárquicos.

Agiu acertadamente o Conselho Julgador, ao reconhecer a incidência das atenuantes genéricas previstas no art. 72, incisos II e III, alíneas “b” e “d”, relativas à confissão e à restituição parcial da *res* e ao comportamento meritório anterior do Apelante, reconhecido nos depoimentos testemunhais carreados aos autos, diminuindo a pena em 1/5 (um quinto), nos termos dos arts. 73 e 74 do CPM, tornando-a definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

No que tange ao pedido de aplicação da atenuante disposta no art. 240, § 2º, do CPM, afigura-se igualmente irretocável a Sentença, ao registrar que *“o Sgt FLORES tomou para si mais de quatorze mil reais, tendo dividido a quantia subtraída com sua esposa (...), acabando por restituir apenas R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), cerca de 40% (quarenta por cento) da parte que lhe coube. Declarou em seu interrogatório que pretendia ressarcir à OM o restante do dinheiro que tomou para si, mas não o fez (...).”*

Quanto à matéria prequestionada pela Defensoria Pública da União, na hipótese em tela, não há que falar em violação da dignidade da pessoa humana. O Apelante foi submetido a regular processo penal, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório, com a individualização e a imposição de pena justa e adequada, prevista na legislação penal castrense. Assim, não prevalece o argumento defensivo de violação dos princípios insculpidos nos arts. 1º, inciso III, e 5º, *caput* e inciso XLVI, todos da Constituição da República.

Em relação ao recurso de CELSO OTTO LÜTZ, também não merece reparos a Sentença recorrida.

Conforme observado anteriormente, é devida a aplicação da qualificadora prevista no § 6º, inciso IV, do art. 240 do CPM, consubstanciada no concurso de agentes, afastando-se as demais, relativas ao furto noturno e ao rompimento de obstáculo. Ambos os graduados agiram em unidade de desígnios, tendo o ora Apelante participado de todas as fases do *iter criminis*. O referido militar atuou no planejamento do crime, exe-

cutou a sua parte, conforme previamente acertado, e beneficiou-se do produto do furto. Sendo assim, não se cogita de mera participação, mas de verdadeiro envolvimento na ação delitiva, contribuindo de forma direta para o seu êxito. Por tal razão, a pena atende ao princípio da proporcionalidade. A única circunstância favorável ao Sgt OTTO, a qual foi devidamente reconhecida na Sentença, foi a atenuação da pena numa proporção um pouco maior, pela devolução da parte que lhe coube pela subtração do cofre, o que, todavia, não lhe favorece com a minorante do § 2º do art. 240 do CPM, já que não houve a devolução integral do valor aos ofendidos.

No tocante à fixação da pena-base em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, aplica-se a mesma fundamentação acima adotada quanto ao recurso do primeiro Apelante, ressalvando-se que, por um lado, além da primariedade e dos bons antecedentes, o Sgt OTTO confessou os fatos e restituiu a parte da *res* que estava em seu poder. Por outro lado, em relação aos motivos determinantes para a prática delituosa, diferentemente do ocorrido em relação ao primeiro Graduado, o segundo disse não estar endividado, mantendo, inclusive, caderneta de poupança, à época, afirmando ter cometido o furto apenas para ajudar o seu colega de farda.

Entremostra-se justa e acertada a atenuação da reprimenda em ¼ (um quarto), na forma dos arts. 73 e 74 do CPM, tornando-a definitiva em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, diante das atenuantes genéricas elencadas no art. 72, incisos II e III, alíneas “b” e “d”, alusivas ao comportamento meritório anterior do Graduado, o qual, além de tentar minorar as consequências do crime, confessou o ato praticado.

Quanto à causa de diminuição de pena constante do art. 240, §§ 2º e 7º, do CPM, acertadamente observou o Colegiado Julgador que, na hipótese de coautoria, havendo divisão do produto do furto, subsiste o prejuízo ao ofendido caso um dos agentes restitua a sua parcela e o outro não o faça, ou devolva parcialmente a *res*, sendo “os agentes, independente da cota-parte de cada um (...), devedores solidários desta reparação.” Deveras, conforme consignou, “a atenuante do § 2º do artigo 240 do CPM privilegia a reparação total do dano antes de instaurada a ação penal militar. Não previu o legislador a diminuição da pena pela devolução parcial da *res* furtiva, ficando tal hipótese apenas na seara da política criminal e dependendo da qualidade pessoal do agente.”

Por fim, tendo em vista a aplicação de pena definitiva aos sentenciados em patamar superior a 2 (dois) anos de reclusão, cujo *quantum*, na espécie, revela-se justo e proporcional, carece de amparo legal o pedido de reforma da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, formulada por ambos os Apelantes, em face da expressa determinação constante do art. 102 do CPM.

Em face do exposto, nego provimento às Apelações interpostas pelos 3^{os} Sgts Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e CELSO OTTO LÜTZ, mantendo inalterada a Sentença recorrida, por seus legítimos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento às Apelações interpostas pelos 3^{os} Sgts Ex Paulo Fernando Flores de Souza e Celso Otto Lütz, mantendo inalterada a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 26 de maio de 2014 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
APELAÇÃO (2) Nº 51-27.2011.7.03.0203-RS

Votei vencida, divergindo da douta maioria, com relação à dosimetria da pena, pelos motivos que passo a expor.

Trata-se de Apelações interpostas pelas Defesas do 3^o Sgt Ex PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e do 3^o Sgt Ex CELSO OTTO LÜTZ contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2^a Auditoria da 3^a CJM, de 22/5/2012, que, por unanimidade, condenou o primeiro à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4^o e 6^o, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, do CPM, e o segundo à pena de 3 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 4^o e 6^o, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, do CPM, ambos com o direito de apelar em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

As Defesas não se insurgem contra a constatação da autoria e materialidade delitivas, uma vez que sobejamente comprovadas pela confissão dos acusados (fls. 211/219) e pelos depoimentos das testemunhas (fls. 220/232), bem como pelas provas documentais, a saber: Termo de Reconhecimento de Objeto (cofre) (fl. 37); Termo de confissão de PAULO FLORES e restituição de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) (fl. 47); Quadro demonstrativo dos valores constantes do cofre, totalizando R\$ 22.127,08 (vinte e dois mil, cento e vinte e sete reais e oito centavos) (fl. 89); Auto de Reprodução Simulada dos Fatos (fls. 102/116); Fotografias do cofre arrombado (fls. 123/125); Termos de Apreensão do cofre e de parte dos valores subtraídos, sendo a entrada na residência dos indiciados por eles franqueada para que fossem restituídos os montantes de R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) e R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (fls. 139 e 140); Ofício versando sobre a avaliação dos danos decorrentes da subtração (fls. 149/150); e Laudo Pericial constatando ter sido o cofre arrombado (fls. 174/177).

Certo é que os recorrentes subtraíram o montante de R\$ 22.127,08 (vinte e dois mil, cento e vinte e sete reais e oito centavos), que se encontrava acautelado no 12º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado, em Alegrete/RS, no período noturno, por meio de arrombamento da porta de acesso secundário ao Pavilhão de comando, e da sala da 4ª Seção do 12º BE Cmb Bld, com o uso de uma chave de fenda e de um pé de cabra, de lá retirando o cofre instalado na parede e que foi, outrossim, arrombado para a retirada do numerário.

Da análise dos autos verifico a configuração de todos os elementos do fato típico. Não há dúvidas acerca da existência da conduta delitiva, consubstanciada no apossamento da pecúnia, do resultado lesivo e respectivo nexos causal entre eles e do elemento subjetivo dos agentes (verificado na consciência de que subtraíam coisa alheia) e na vontade de inverter o *status* possessório da res.

Inexistindo controvérsias a esse respeito, analisarei, inicialmente, o pleito defensivo de PAULO FERNANDO FLORES, que requer o reconhecimento da causa exculpante do estado de necessidade.

Razão não lhe assiste.

O Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora no tocante ao estado de necessidade, distanciando-se da teoria unitária, consagrada pelo Código Penal Comum.

Além da diferença quanto à desnecessidade da supremacia do bem sacrificado em relação àquele que se pretendia proteger para a configuração do estado de necessidade exculpante, exige-se o reconhecimento de que a conduta não seja reprovável e não persista o dever de agir conforme o direito.

Dessa maneira, para a caracterização do estado de necessidade exculpador, imperioso que o agir tenha sido absolutamente necessário para afastar o perigo, não causado por si.

No presente caso, no entanto, não se vislumbra a inexigibilidade de conduta diversa, especialmente porque dificuldades financeiras ou problemas familiares não ensejam, por si só, a possibilidade do emprego de furto. O réu poderia ter agido de outra forma.

Mesmo em situações extremas é exigível do militar que mantenha conduta proba, ilibada, pois o ambiente da caserna incute, legitimamente, expectativas sociais de retidão de conduta. Daí, para a configuração da inexigibilidade de conduta diversa, indispensável situação atípica, gravíssima e inarredável.

Na espécie, o réu deixou-se endividar, e o endividamento não autoriza qualquer pessoa a praticar ilícitos. Ademais, seus débitos não foram contraídos para fins de subsistência e, sim, com o intuito de manter um padrão de vida que não correspondia à sua realidade financeira, pelo que não se subsume à hipótese o estado de necessidade.

Consoante o Relatório de acompanhamento da situação econômica e social do 3º Sgt PAULO FLORES realizado pela OM, *verbis*:

“Foi relatado pela 3º Sgt Haracelli que o militar e sua família vivem num apartamento com excelente acabamento, com móveis feitos sob medida, comprados na melhor loja de Alegrete.[...]” (fl. 237).

“Foi dada a palavra à esposa do Sgt Flores que falou das dificuldades domésticas por conta das muitas dívidas. Do descontrole de gastos por parte do Sgt Flores que procura sempre atender as solicitações de suas duas filhas adolescentes em suas necessidades, não parando para avaliar as dificuldades financeiras.” (fl. 236).

Nesse sentido, a própria esposa do réu reconheceu que ele atendia aos caprichos das filhas adolescentes, sem se preocupar com o fato de estar enfrentando dificuldades patrimoniais. Desse modo, o requisito da

inexistência do dever legal de arrostar o perigo não restou configurado, uma vez que ele mesmo se colocou naquela situação.

Dele era exigível outro agir, podendo desfazer-se dos bens com o fito de quitar as dívidas ou solicitar apoio por parte da OM, o que se fez somente após a prática do crime.

A propósito, a testemunha Cel Davi Átila Lopes atestou que “até o evento o Sgt Flores não procurou o Exército visando ajuda quanto a sua situação financeira” (fl. 306) e que “pelo que sabe o Sgt Flores está tentando vender o seu apartamento e o seu carro para tentar saldar as suas dívidas” (fls. 306/307).

A Defesa argumenta que o princípio da proporcionalidade não estaria sendo atendido em um de seus elementos, a saber, adequação da reprimenda. Ora, dizer que a repreensão penal é inadequada, porque o agente enfrentava dificuldades financeiras e arrependeu-se após a prática do agravo equivale a admitir a despenalização de grande parte dos furtos cometidos no Brasil, porquanto, em sua maioria, são praticados devido a problemas patrimoniais, sendo corriqueiro o arrependimento posterior. Arrependimento este, aliás, que não pode ser igualado juridicamente à desistência voluntária ou ao arrependimento eficaz, pois o réu, ao prosseguir na execução do crime, renega a ponte de ouro oferecida pelos citados institutos e lesiona os bens juridicamente tutelados.

Destarte, observo que a conduta do apelante adequou-se de forma abstrata e material ao delito de furto, inexistindo causa exculpante. Agiu com acerto a Sentença impugnada, ao enquadrá-lo no crime de furto triplamente qualificado, por ter sido praticado em coautoria, no período noturno e com rompimento de obstáculo.

Por seu turno, CELSO OTTO LÜTZ alegou não ser o idealizador do furto, nem o autor do arrombamento do cofre, e ter restituído integralmente o valor que lhe fora repassado.

Nesse ponto, igualmente, revela-se irretocável a Sentença *a quo*.

Não obstante em seus interrogatórios cada um dos acusados afirmar que o outro teria sido o mentor e autor das ações principais, as provas carreadas demonstram que, independentemente de quem teve a ideia inicial de subtrair o montante acautelado no cofre, ambos os réus agiram em unidade de desígnios, compartilharam o plano idealizador do ilícito, percorreram em conjunto todo o *iter criminis* e beneficiaram-se do produto do crime.

Sabido ser a coautoria um instituto amplamente estudado pelos doutrinadores, e se verifica quando mais de um indivíduo atua na execução do delito. Na coautoria todos respondem pela conduta principal, podendo realizar ou não o verbo núcleo do tipo penal em face da concordância entre os agentes, objetiva e subjetiva, para a prática delitiva. Sendo assim, há coautoria mesmo quando a contribuição material para o ilícito não for idêntica nas hipóteses onde há divisão de atos executivos.

Guilherme de Souza Nucci descreve o coautor como *“aquele que pratica, de algum modo, a figura típica”*.⁴³

Aduz Hanz Welzel: *“coautoria é autoria; sua particularidade apresenta-se na questão de que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito”*⁴⁴.

Para a consecução final do delito há um acordo entre os sujeitos ativos, no sentido de cada qual dominar suas funções, estabelecendo um critério de divisão de tarefas.

Fernando Capez leciona: *“Na coautoria todos os agentes, em colaboração recíproca, visam o mesmo fim, e cooperam entre si para a realização da conduta principal, coautoria, então, resume-se ao cometimento comunitário de um fato punível mediante uma atuação conjunta consciente e querida”*.⁴⁵

O vínculo psicológico entre os autores é essencial; deve haver a vontade livre e consciente de todos para a prática criminosa, sem esse vínculo volitivo desaparecerá o instituto, surgindo a figura da autoria colateral. Assim, não basta a existência de várias condutas que concorram para o resultado, imperioso todos os agentes que contribuíram para o resultado estarem acordados, numa cooperação recíproca para a consecução delituosa.⁴⁶

A Lei Material Castrense, alinhada à teoria da equivalência dos antecedentes, adotou, no seu art. 53, a teoria subjetiva causal ou extensi-

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 288.

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. pp. 424. In WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. p. 129.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339.

⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

va, ou seja, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Conquanto CELSO LÜTZ não estivesse endividado e não necessitasse do dinheiro como PAULO FLORES, ele compactuou com a subtração e dela tirou proveito, tendo restituído o montante que lhe coube após a confissão do corrêu, quando admitiu ter praticado a conduta típica.

Correto, portanto, o reconhecimento da coautoria e a consequente aplicação da circunstância agravante prevista no § 6º, inciso IV, do art. 240 do CPM, consubstanciada no concurso de agentes.

Concernente ao pedido de ambos os réus, que postularam a fixação da pena-base no mínimo legal, igualmente, não devem ser providos os apelos. Isso porque a Sentença registrou a presença das três qualificadoras e levou em consideração a pena cominada no § 6º, inciso IV, do art. 240, relativa ao concurso de agentes, por ser a mais gravosa, sopeando as demais na análise das circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM.

Consoante firme doutrina e jurisprudência, acaso verificadas circunstâncias que indiquem mais de uma qualificadora, uma será utilizada para a definição do tipo derivado e as outras devem ser aplicadas como agravantes genéricas, se existente previsão em lei, caso contrário, deverão incidir na pena-base.

Nesse sentido, lição de Paganella Boschi⁴⁷:

“O crime, ocasionalmente, poderá ser pluri ou multiquificado. A qualificadora produz o nascimento de tipo derivado, com margens novas, mais graves, que as cominadas ao tipo básico ou simples. (...)”

Como nenhuma circunstância pode ficar à margem de qualquer consideração, o entendimento na jurisprudência é no sentido de que uma das qualificadoras atuará como tal (qualquer delas) para o efeito de reposicionar o juiz dentro das margens do tipo derivado, enquanto a outra, remanescente (podendo ser uma ou mais, por óbvio), atuando como agravante, aumentará a pena na segunda fase, desde que o fato que a constitui também constitua agravante genérica. (...)”

Pode ocorrer, entretanto, que a(s) qualificadora(s) remanescente(s) não esteja(m) prevista(s) em lei como agravante(s)”.

⁴⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 217.

Escorreita, pois, a cominação sancionatória acima do mínimo legal, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, uma vez que as qualificadoras de furto noturno e com rompimento de obstáculo foram sopeçadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente.

Todavia, o Conselho Julgador, com relação ao acusado PAULO FLORES, ao reconhecer a incidência das atenuantes genéricas previstas no art. 72, incisos II e III, alíneas "b" e "d", relativas à confissão e à restituição parcial da *res*, bem como ao comportamento meritório anterior do apelante, reduziu a pena, tão somente, no *quantum* mínimo de 1/5 (um quinto).

A Sentença justificou que o réu CELSO OTTO, que teve sua pena atenuada em 1/4 (um quarto), fez jus à atenuante em um patamar superior a PAULO FLORES, por ter restituído a totalidade da parcela que lhe foi conferida.

Se PAULO FLORES tivesse devolvido integralmente a quantia, ambos fariam jus ao benefício do § 2º do art. 240 do CPM.

Ora, entendo que diante do concurso de três atenuantes e em razão de ter sido ele o primeiro a confessar, dois dias depois do ocorrido (fl. 20), quando ainda era ignorada a autoria do crime, e não havendo, sequer, suspeitas sobre sua participação, merece ele a redução máxima de 1/3 (um terço). Some-se o arrependimento demonstrado. De forma idêntica, não há óbice para que CELSO OTTO, que restituiu sua parte na integralidade, receba a benesse.

Aliás, a Sentença, no caso de CELSO OTTO LÜTZ, não fez qualquer ressalva quando aplicou 1/4 (um quarto), sem justificar a não aplicação de 1/3 (um terço).

Observo que o emprego da atenuante não tem o condão de trazer a pena a quem do mínimo legal, sendo cediço que a literalidade do art. 73 do CPM fixa como balizas da atenuação ou agravação os marcos máximos e mínimos da pena.

Assim, à vista da dinâmica do evento delituoso e após o percurso das primeira e segunda fases do modelo trifásico de fixação do agravo, a sanção alcançada é a mínima prevista pelo art. 240, § 6º, inciso IV, do CPM, qual seja, 3 (três) anos de reclusão para ambos.

Com relação aos pleitos de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 240, § 2º, do CPM e da concessão do *sursis*, além da

revogação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, os apelos não devem prosperar.

A Sentença sabiamente registrou que:

“(...) o Sgt FLORES tomou para si mais de quatorze mil reais, tendo dividido a quantia subtraída com sua esposa (...), acabando por restituir apenas R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), cerca de 40% (quarenta por cento) da parte que lhe coube. Declarou em seu interrogatório que pretendia ressarcir à OM o restante do dinheiro que tomou para si, mas não o fez (...).

(...) na hipótese de coautoria, como é cediço, a divisão do produto da subtração não reparte o prejuízo da vítima, ou seja, o Ofendido continua despido de seu patrimônio de forma única, caso não haja a reparação do dano. Os agentes, independente da cota-parte de cada um, são devedores solidários desta reparação (...)” (fl. 491).

De relevo pontuar ser indispensável a restituição integral para que seja conferida a redução da reprimenda na terceira fase, ainda que de forma parcelada, como na hipótese de débito em folha de pagamento.

O prejuízo causado totalizou mais de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), tendo sido ressarcidos meros R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais). O furto foi um só, realizado pelos dois corréus. A questão da divisão de valores a seguir da prática criminosa não os exime da dívida solidária do montante subtraído, não tendo o dano sido reparado em sua totalidade.

De fato, no tocante à aplicação do art. 240, § 2º, do CPM, a jurisprudência desta Corte exige que a devolução seja integral:

“FURTO SIMPLES CONTINUADO. DANO NÃO REPARADO ANTES DE INSTAURADA A AÇÃO PENAL. PARCELA DE BENS RECUPERADA POR INICIATIVA POLICIAL. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO SEGUNDO DO ART. 240 DO CPM. O FATO DE O AGENTE ESTAR LICENCIADO IMPEDE CONSIDERAR A CONDUTA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. Não se aplica a causa de diminuição da pena prevista no § 2º do art. 240 do CPM quando o agente, em continuidade delitiva, subtrai bens e não os restitui na totalidade. Os bens de cunho afetivo, mesmo que desprovidos de valor econômico, tam-

bém são considerados no contexto da referida norma. Os bens apreendidos, no momento do auto de prisão em flagrante, caracterizam a forma tentada do delito. A minorante prevista nos parágrafos 1º e 2º do art. 240 do CPM não incide para transformar a punição em infração disciplinar quando a res subtraída tem elevado valor, o agente foi excluído da Força e a conduta perpetrada reveste-se de gravidade.” (Apelação 0000160-47.2010.7.11.0011/DF. Ministro Relator Fernando Sérgio Galvão. Publicado em 5/2/2013) (grifo nosso).

No âmbito doutrinário, Guilherme de Souza Nucci indica a necessidade de que a reparação seja total:

“(...) na legislação penal comum, a restituição da coisa ou a reparação do dano gera a causa de diminuição da pena de um a dois terços, denominada de arrependimento posterior (art. 16 do CP). Neste Código [CPM] se o agente é primário e agir do mesmo modo, antes do recebimento da denúncia terá direito aos benefícios expostos no parágrafo anterior [art. 240, §1º, do CPM]. Não se demanda seja a coisa subtraída de pequeno valor. Sob outro aspecto, é fundamental que a restituição seja completa e a reparação, integral.”⁴⁸ (grifo nosso).

No mesmo sentido, Enio Luiz Rossetto, a balizar os requisitos para a concessão da causa de diminuição de pena:

“No § 2º há a segunda forma de furto atenuado com três requisitos. O primeiro é a primariedade acima analisada. O segundo é a restituição da coisa subtraída ao seu dono ou a reparação do dano patrimonial causado pela subtração. A coisa deve ser restituída integralmente e a reparação do dano causado deve ser completa para ser aplicada a atenuante. O juiz pode considerar a restituição ou a reparação parcial circunstância judicial favorável. Importa notar revelar-se aqui o arrependimento do agente posterior à consumação do crime. Na escolha da atenuação, o juiz deve levar em conta o grau de espontaneidade do agente e a celeridade na restituição ou na reparação. O último requisito é que a restituição da coisa ao seu dono ou a reparação do dano causado ocorra até a instauração da ação penal, ou seja, até o recebimento da denúncia.” (grifo nosso).

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 328.

Por igual, Rogério Greco entende que, em regra, a reparação ou restituição devem ser totais e não parciais: “entendemos que a reparação do dano ou a restituição da coisa devam ser totais, e não somente parciais”⁴⁹.

Cumpre assinalar que o referido instituto é ontologicamente similar à figura do arrependimento posterior prevista no art. 16 do Código Penal Comum, pois os requisitos para a concessão são aproximados e o intuito similar. Valho-me da lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli⁵⁰ a fim de solidificar os requisitos do benefício castrense:

“Trata-se de uma conduta posterior do agente, que conduz a uma atenuação da pena por razões político-criminais. A conduta tem de ser posterior à consumação e anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, que dão início à ação penal pública ou privada, respectivamente.

Como se conclui, a matéria não se liga ao instituto da tentativa, constituindo-se em uma causa especial e obrigatória de atenuação da pena (...).

*Para o reconhecimento do privilégio, que constitui uma ‘**ponte de prata**’ outorgada pela lei, a reparação deve ser completa, pessoal e voluntária. A reparação completa deve abranger, além daquilo que a vítima perdeu, também o que deixou de lucrar, incluindo-se, pois, os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, tal como estabelecem os arts. 402 e 403 do CC/2002. Quanto à restituição, deve ela ser integral, não sendo suficiente uma restituição parcial, ou, por outras palavras, de um ou de alguns dos objetos materiais, que pode ser considerada apenas para os fins do art. 59 do CP; portanto, uma atenuante genérica. Também deve ser pessoal e voluntária. Não ocorrerá a diminuição quando a reparação ocorrer por coação física ou moral, quando o agente foi obrigado a indenizar por decisão judicial, ou ainda, quando a coisa foi apreendida em diligência policial (MIRABETE). Não se reclama a espontaneidade do ato do agente, bastando que o mesmo seja voluntário.” (grifei).*

No tocante à concessão do *sursis* e à revogação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, os pleitos esbarraram em óbice legal, certa a sanção definitiva ter sido superior a 2 (dois) anos de reclusão.

⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011. p. 276.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 610.

Alfim, quanto ao prequestionamento da matéria constitucional, suscitado pela DPU, não se constatou qualquer violação à dignidade da pessoa humana, porquanto observado o devido processo legal durante todo o *iter* processual, no qual restaram assegurados a ampla defesa e o contraditório, com a individualização e a imposição de reprimenda adequada e proporcional, que resvalou no mínimo legal cominado ao tipo derivado praticado.

Pelo exposto, votei vencida pelo conhecimento e provimento parcial dos Apelos para, mantendo a condenação, minorar as penas impostas a PAULO FERNANDO FLORES DE SOUZA e a CELSO OTTO LÜTZ para 3 (três) anos de reclusão, ambos como incurso no art. 240, §§ 4º e 6º, incisos I e IV, c/c o art. 72, incisos II e III, alíneas “b”, primeira parte, e “d”, do CPM, mantidos o direito de recorrerem em liberdade, o regime prisional inicialmente aberto e a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Superior Tribunal Militar, 26 de maio de 2014.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

APELAÇÃO Nº 68-06.2009.7.01.0101-RJ

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Revisor – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelantes – Sidclei Silva Oliveira, Anderson Ataíde de Jesus, Luiz Fernando Marins de Freitas e Márcio Rozario da Silva, Civis, e João Victor Rozario, ex-CB FN, condenados à pena de 4 anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 2º, inciso II, c/c o art. 30, inciso II, tudo do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 4/12/2012.

Advogados – Drs. Rubens Nogueira de Abreu, Alexandre Mourão de Abreu e Mauro de Almeida Felix, Defensor Dativo.

EMENTA

1. PRAZO RECURSAL. TEMPESTIVIDADE. MÚLTIPLAS INTIMAÇÕES. Em se tratando de réu solto, o CPPM dispõe que basta a intimação do Defensor dativo para que se inicie o prazo recursal. Todavia, realizado novo ato intimatório, reabre-se o lapso temporal em homenagem à garantia da ampla defesa. Assim, se o advogado e seu cliente forem intimados do decisum em dias diversos, o prazo somente se iniciará a partir do último ato intimatório. 2. ROUBO DE ARMAMENTO. TENTATIVA. INÍCIO DA EXECUÇÃO. PLANO CONCRETO DO AUTOR. TEORIA OBJETIVO-INDIVIDUAL. Incorrem em crime de roubo tentado indivíduos que, de posse de arma de fogo, com numeração raspada, e trajando indevidamente uniformes militares, ingressam, de madrugada, em Complexo Naval, iludindo a ação do identificador do pórtico, e se escondem em veículo anteriormente roubado, estrategicamente posicionado próximo ao posto de sentinela armado, sendo descobertos e presos por militares de serviço minutos antes da consumação do delito. Circunstâncias de tempo, lugar e de execução – perfeitamente alinhadas com as minúcias constantes dos depoimentos dos autuados, prestados durante a prisão em flagrante –, que autorizam o reconhecimento do “plano concreto dos autores”, em conformidade com a teoria objetivo-individual, defendida por WELZEL. 3. PENA. DOSIMETRIA. CAUSAS GERAL DE DIMINUIÇÃO E ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EQUIVALÊN-

CIA. IMPOSSIBILIDADE. Ante a falta de previsão legal, não se pode compensar uma causa especial de aumento com uma causa geral de diminuição de pena, conforme ocorre com as circunstâncias atenuantes e agravantes. Necessidade de reforma da dosimetria da pena para aplicar a causa especial de aumento e, em seguida, a causa geral de diminuição de pena, acarretando a redução da pena aplicada aos réus.

4. NOMES DOS ACUSADOS. GRAFIA. ERRO MATERIAL. Apresentam-se como erro material pequenos equívocos observados nos nomes dos Acusados, podendo ser corrigidos de ofício.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de intempestividade recursal, suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento parcial ao Apelo defensivo para, mantendo a condenação imposta aos Civis Sidclei Silva Oliveira, Anderson Ataíde de Jesus, Luiz Fernando Marins de Freitas e Márcio Rozário da Silva, e ao ex-CB FN João Vitor Rozario, reformar a dosimetria da pena imposta pelo Colegiado a *quo*, reduzindo-a de 4 anos de reclusão para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, para todos os Réus. E, por fim, por se tratar de erro material, corrigir de ofício os nomes dos réus Márcio Rozário da Silva e João Vitor Rozário. Presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Júnior.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 1ª Sessão, 3/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pelas Defesas dos réus SIDCLEI SILVA OLIVEIRA, ANDERSON ATAÍDE DE JESUS, LUIZ FERNANDO MARINS DE FREITAS e MÁRCIO ROZARIO DA SILVA, e do ex-Cb FN

JOÃO VITOR ROZARIO, perante a 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), inconformados com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Marinha (CPJMar), de 4 de dezembro de 2012, que condenou seus respectivos patrocinados à pena de 4 anos de reclusão, como incurso no crime previsto no art. 242, § 2º, inciso II, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM.

Encaminhado o Auto de Prisão em Flagrante (APF) à Justiça Militar da União (JMU), o Juiz-Auditor relaxou o flagrante e decretou a prisão preventiva dos réus SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO (fls. 32/33). Irresignada, a Defesa requereu a liberdade provisória (fls. 39/53; 54/76; 77/86), sendo, de início, indeferida (fl. 88). Reiterado o pedido (fls. 148/149), foi-lhes, então, relaxada a prisão (fls. 162/163), sendo soltos em 16 de julho de 2009 (fls. 169/171).

A Denúncia (fls. 2/5), oferecida pelo Ministério Público Militar (MPM) em 6 de novembro de 2009 (fl. 259) e recebida no dia 18 subsequente (fl. 260), descreveu:

“No dia 27/5/2009 os denunciados VICTOR, seu primo MÁRCIO, FERNANDO, SIDCLEI e ANDERSON ingressaram nas dependências do 1º Distrito Naval em um automóvel marca Corsa, prata, com vidros fumê, placa ‘fria’ LBY-5200, de propriedade do CB-FN-IF Clayton Aurélio Barreto da Silva, por volta de 01:40 da madrugada.

Conforme o 2º Denunciado, ANDERSON, o 4º Denunciado, VICTOR, estava na condução do veículo, fazendo-se acompanhar do 5º Denunciado, MÁRCIO, enquanto os demais Denunciados encontravam-se escondidos.

O veículo não foi alvo de identificação no momento de seu ingresso no aquartelamento haja vista que seu condutor, lançando mão de um artil, informou à sentinela MN-RC Thiago da Fonseca Mano que havia uma pessoa doente no interior do veículo e que iria levá-la ao hospital, entrando apressadamente, sem parar o veículo.

Chegando ao estacionamento do 1º Distrito Naval, onde já se encontrava o veículo marca Toyota, tipo Corolla, cor bege aurora, placa KRZ-0304-RJ, de propriedade de Bethania de Souza Castro, roubado no dia 20/5/2009 (fl. 92, 94/95), os Denunciado FERNANDO, SIDCLEI e NADERSON desceram do Corsa, e nele ingressaram, enquanto VICTOR e MÁRCIO saíram apressa-

damente pelo portão principal, no Corsa, depois de deixarem as pistolas com os comparsas.

Após aproximadamente 10 minutos, enquanto aguardavam a troca da guarda para efetuar o roubo de 4 fuzis dos militares que renderiam o serviço às 02:00, FERNANDO, SIDCLEI e ANDERSON foram abordados pelo CB-FN-IF Rodrigo Macedo da Silva, que estava de serviço no posto A-14, e pelo CB-FN-IF Uillian Carlos Pereira Costa, que lhe deu voz de prisão.

Foram apreendidos em poder do 3º, 4º e 5º Denunciados uma pistola marca Taurus, mod. PT 99AFS, calibre 9x19mm, Luger, com 8 munições, e uma pistola marca Imbel, cal.380, nº de série 933930, com 7 munições e dois carregadores sobressalentes, também municiados com 7 projéteis, conforme Auto de Apreensão acostado às fls. 14.

Consta da inquisição que VICTOR, na condição de militar servindo no 1º Distrito Naval, planejou o roubo, fornecendo aos colegas informações necessárias para a empreitada delituosa, inclusive deixando no local o veículo roubado, marca Toyota, no interior do qual se encontravam o 3º, 4º e 5º Denunciados quando da prisão em flagrante”.

Naquela ocasião, o Parquet das Armas requereu o arquivamento dos autos em relação à conduta do ex-CB FN CLAYTON A. BARRETO DA SILVA – proprietário do veículo corsa utilizado na empreitada criminosa (fl. 259) –, o que foi deferido pela Juíza-Auditora Substituta (fls. 261/262), com trânsito em julgado em 27 de novembro de 2009 (fl. 272).

Os Acusados SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO foram citados (fls. 306; 307; 308), qualificados e interrogados (fls. 310/312; 324/325; 326/327), ocasião em que negaram os fatos descritos na denúncia, aduzindo, em síntese, que estavam em uma roda de pagode na Lapa, quando um conhecido de nome “Alex” solicitou-lhes auxílio para buscar um veículo, já que conduzia outro automóvel. Esclareceram que não sabiam onde o automóvel estava, tampouco que era roubado e que se encontrava com pistolas em seu interior. Acrescentaram que, ao ligar o veículo, foram abordados por dois militares, que os conduziram ao Corpo da Guarda do Complexo Naval, onde foram revistados – e obrigados a vestir fardamento camuflado –, agredidos – por militares, inclusive da Polícia Militar – e compelidos a confessar uma tentativa de roubo de armamento, sendo, em seguida, transferidos para uma Delegacia de Polícia, cujo delegado se recusou a recebê-los em razão de estarem feridos.

Os Acusados ex-CB FN VITOR e MÁRCIO foram citados (fls. 273; 318), qualificados e interrogados (fls. 328/329; 330/331), ocasião em que também negaram a imputação da denúncia, aduzindo que não conduziam o automóvel que ingressou no Complexo Naval, muito embora o primeiro reconheça que já pegou emprestado o veículo do ex-CB FN CLAYTON.

Durante a instrução judicial, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo *Parquet* Castrense:

a. 3º SG FN JOSÉ ROBERTO SARAIVA (fls. 344/346): Contramestre do horário, que confirmou os fatos descritos na exordial acusatória, esclarecendo que achou estranho a forma rápida com que o veículo Corsa ingressou no Complexo Naval, razão pela qual orientou o Cabo Polícia para que realizasse uma apuração, sendo certo que, logo depois, observou o mencionado militar, acompanhado de um soldado, conduzindo três indivíduos, ocasião em que notou um armamento na cintura de um deles, o que exigiu providências militares.

b. CB FN UILLIAN CARLOS PEREIRA COSTA (fls. 347/349): Cabo Polícia, que esclareceu que estava de serviço, quando observou um veículo Corsa vindo em alta velocidade, na contramão, adentrando o complexo com muita rapidez, o que achou estranho, devido aos trâmites burocráticos de identificação. Ao ingressar no complexo, o automóvel se dirigiu em direção contrária à alegada para o identificador, fazendo com que o depoente, após ordem do Contramestre, fosse atrás, sendo acompanhado, no meio do trajeto, por uma sentinela armada. Durante o percurso, observou que o veículo retornou em alta velocidade, tendo saído do complexo, desobedecendo, inclusive, a sua ordem de parada, momento em que também notou um veículo Toyota Corolla com a porta entreaberta, onde foram encontrados escondidos os 3 (três) primeiros réus – dois deles trajando uniforme e um à “paisana” –, o que fez com que lhes fosse dada voz de prisão, sendo conduzidos ao Corpo da Guarda. Lá chegando, foi verificado que portavam uma pistola, sendo uma segunda achada por PM’s no interior do Corolla, após revista.

c. MN-RC THIAGO DA FONSECA MANO (fls. 350/351): Identificador do Pórtico do Complexo Naval, o qual ratificou os fatos descritos na denúncia, afirmando ter visto quando o condutor do automóvel apresentou uma identidade militar, sendo certo que se tratava do Acusado MÁRCIO.

d. ex-CB FN CLAYTON AURÉLIO BARRETO DA SILVA (fls. 353/355): proprietário do veículo Corsa, que informou nada saber sobre

os fatos relatados na denúncia. Embora reconheça que, por vezes, tenha emprestado seu automóvel ao réu ex-CB FN VITOR, não soube precisar se o veículo foi usado na empreitada criminosa. Retifica seu depoimento em IPM, afirmando que o prestou em dois dias diferentes, onde foi pressionado, por militares e homens à “paisana”, a prestar aquelas declarações sob a ameaça de ser transferido para outra localidade.

e. SD FN RODRIGO MACEDO DA SILVA (fls. 356/358): sentinela naval, o qual confirmou todos os fatos descritos na denúncia, esclarecendo, ainda, que sofreu ameaças, razão pela qual permaneceu no quartel por cerca de um mês, quando, então, foi transferido para o estado do Espírito Santo.

f. SD FN WALLACE PATRÍCIO DE SOUZA (fls. 411/412): militar da policlínica naval, que informou que, no dia do evento, o ex-CB FN CLAYTON emprestou seu veículo a uma pessoa, no entanto, não soube identificá-la. Esclarece que conhece o ex-CB FN VITOR, pois já o viu na policlínica pedindo o automóvel do ex-CB FN CLAYTON emprestado.

As Defesas dos réus não arrolaram testemunhas (fl. 419).

Na fase do art. 427 do CPPM, o *Parquet* requereu a atualização das folhas de antecedentes criminais (fl. 421), enquanto a Defesa de MÁRCIO e do ex-CB FN VITOR informou não ter diligências a realizar (fl. 422). A Defesa dos réus SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO nada requereu (fl. 423).

Constam, ainda, dos autos os seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 7/11); Notas de Culpa (fls. 15/17); Termo de Apreensão (fl. 19); Avaliações Médicas Sumárias (fls. 22/24); Certidões de Antecedentes Criminais (fls. 26/28; 116/123; 178/181; 182/184; 185/188; 282/285; 286/289; 290/292; 293/296; 298/300; 435/437; 438/441; 442/445; 446/448; 454/457); Termos de Inquirição (fls. 97/98; 234/236; 237/240; 244/245); Registro de Ocorrência relativa a roubo de automóvel (fls. 99/100); Laudo Descritivo do Veículo (fls. 101/106); Laudo de Exame Pericial em Arma de Fogo (fls. 108/109); Mandados de Prisão (fls. 112/114); Registro de Ocorrência 001-3285/2009 (fls. 173/176); Relatório do Com7ºDN (fls. 198/256); Termos de Reconhecimento de Pessoas (fls. 217; 243); Informação sobre a pistola apreendida (fl. 220); e fotografias (fls. 221/233; 374).

Em alegações escritas, o *Parquet* das Armas reiterou o pedido de condenação, entendendo que as condutas praticadas pelos réus se subsumiram à figura tentada de roubo qualificado pelo concurso de agentes (fls. 467/475).

Por sua vez, a Defesa dos réus SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO requereu a absolvição de seus patrocinados, aduzindo, em síntese, que o conjunto probatório não demonstrou qualquer ato de execução em relação ao crime de roubo (fls. 477/481). Já a Defesa de MÁRCIO ressaltou que seu assistido é estranho ao conjunto probatório (fls. 484/488).

Em face da desistência da Defesa do réu ex-CB FN VITOR, a DPU foi nomeada. Em suas alegações (fls. 491/500), esclareceu que não existem provas idôneas para configurar um juízo de certeza, bem assim que os atos cingiram-se à preparação, não se subsumindo a nenhum tipo penal, razão pela qual requereu a absolvição com fundamento no art. 439, alíneas "b" e "e", do CPPM.

O documento de fl. 528 informa o desligamento do Serviço Ativo da Marinha do Acusado CB FN VITOR.

Em 4 de dezembro de 2012, o CPJMar da 1ª Auditoria da 1ª CJM resolveu, por unanimidade de votos, condenar os réus SIDCLEI, ANDERSON, LUIZ FERNANDO e MÁRCIO, todos civis, e o ex-CB FN VITOR à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, como incurso no art. 242, § 2º, inciso II, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 1º, alínea "c", e § 2º, alínea "c", do Código Penal comum (fls. 552/561). A Sentença foi lida e assinada em 18 de dezembro de 2012 (fls. 562/563).

O *Parquet* Militar foi intimado da Sentença em 10 de janeiro de 2013, com trânsito em julgado no dia 16 subsequente (fl. 569).

A Defesa dos réus SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO foi intimada em 15 de janeiro de 2013 (fl. 569), interpondo recurso no dia 17 subsequente (fl. 565). Em suas razões, alega que não há prova que aponte para o cometimento do crime de roubo, sequer em sua forma tentada, pois não houve início da execução. Em caso de manutenção da Sentença, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (fls. 571/576).

Em contrarrazões, o *Parquet* Militar requer a manutenção do *decisum*, ressaltando a ousadia dos réus ao ingressarem em um quartel para praticarem roubo de armamento (fls. 578/580).

A Defesa dos réus MÁRCIO e do ex-CB FN VITOR foi intimada em 16 de janeiro de 2013 (fl. 569), transcorrendo *in albis* o prazo recursal. Ao se intimar pessoalmente os réus, ambos manifestaram a intenção de recorrer (fls. 582/v; 583), razão pela qual foi reaberta vista para a Defesa, que apresentou as razões (fl. 586), sustentando, em síntese, a ausência de provas para a condenação (fls. 587/595).

A PGJM, em manifestação do Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, pugna, inicialmente, pela intempestividade do recurso dos réus MÁRCIO e do ex-CB FN VITOR. No mérito, afirma que, sendo o roubo crime complexo, cuja execução se inicia com o emprego da violência ou ameaça, não há como se verificar, nos autos, ato executório do crime em comento. Não obstante, observa a existência de outros crimes, como *ingresso clandestino, posse de arma de fogo, adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, assim como *receptação*, sendo estes últimos processados pela Justiça comum. Por essa razão, manifesta-se pelo provimento parcial do recurso para condená-los apenas como incurso no crime do art. 302 do CPM (fls. 607/611).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

A Defesa dativa foi intimada de que o presente processo foi colocado em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de 2 (duas) Apelações, uma interposta pela Defesa constituída dos réus SIDCLEI SILVA OLIVEIRA, ANDERSON ATAÍDE DE JESUS e LUIZ FERNANDO MARINS DE FREITAS, presos em flagrante, e outra pela Defesa dativa dos réus MÁRCIO ROZARIO DA SILVA e ex-CB FN JOÃO VITOR ROZARIO, identificados a partir de testemunhos e reconhecimento fotográfico.

No tocante à primeira Apelação, entendo que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido, processado e julgado. Já em relação à segunda, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM) suscita sua intempestividade, a qual passo a apreciar em preliminar.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DA 2ª APELAÇÃO

ACUSADOS MÁRCIO ROZARIO DA SILVA
e ex-CB FN JOÃO VITOR ROZARIO

Em manifestação como *custos legis* (fls. 607/611), o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, após analisar os autos, pugna pela intempestividade do recurso da Defesa dativa nos seguintes termos:

*“Preliminarmente, o recurso de João Victor Rozário e Márcio Rosário da Silva são intempestivos. **O Defensor Dativo foi intimado no dia 16.01.2013, fls. 569, e a petição de apelação só deu entrada no protocolo da Auditoria no dia 14 de março do corrente. Consta, também, que os referidos réus foram processados em liberdade.** A prisão preventiva dos demais comparsas presos em flagrante foi decretada no dia 5 de junho de 2009, fls. 33, e posteriormente revogada na decisão de fls. 162/3, de 14 de julho de 2009.”* (negrito nosso).

A argumentação da PGJM fundamenta-se no art. 445 do CPPM, que estabelece, para a situação de réus soltos – como é o caso vertente –, a necessidade de intimação apenas do Defensor Dativo, *verbis*:

“A intimação da sentença condenatória será feita, se não o tiver sido nos termos do art. 443:

- a) **ao defensor público de ofício ou dativo;***
- b) ao réu, pessoalmente, se estiver preso;*
- c) ao defensor constituído pelo réu.”* (negrito nosso).

Diante disso, considerando-se tão somente a intimação do Defensor Dativo nos termos do dispositivo mencionado, o lapso temporal estaria vencido.

Todavia, há de frisar que, após a intimação do Defensor dativo, em 16 de janeiro de 2013 (fl. 569), o Juízo Militar procedeu à intimação pessoal dos réus MÁRCIO (fl. 583) e ex-CB FN VITOR (fl. 582), em 2 e 4 de março de 2013, respectivamente, ocasião em que ambos manifestaram pronta irrisignação quanto à Sentença condenatória, declarando, de forma expressa, o desejo de recorrer.

Por essa razão, o Juízo a quo devolveu, em 11 de março de 2013, os autos ao respectivo defensor (fl. 584), o qual apresentou as razões recursais em 14 subsequente, dentro do prazo processual decorrente da intimação pessoal dos réus. Portanto, realizada uma intimação posterior,

reabre-se novo prazo, não havendo mais que discutir o lapso temporal anterior, consoante adverte MOSSIN⁵¹:

“Em todos os casos em que houver a intimação da sentença ao réu, defensor ou curador, o prazo inicial será contado a partir da realização do último ato intimatório, levando-se em consideração a data da juntada do mandado ou carta precatória nos autos.

Por sua abrangência e por guardar vínculo estreito com direito de fundo constitucional, merece ser citada a seguinte ementa: **‘Por força da ampla defesa e do contraditório constitucionalmente assegurados, estando réu preso ou solto, da sentença condenatória devem ser intimados ele e seu defensor, seja este dativo ou constituído, pois a fluência do prazo para a apelação se inicia da que por último acontecer, independentemente da ordem que se concretizarem.’ (RT 771/638)**” (negrito nosso).

Esse também é o entendimento de BONFIM⁵², ao comentar o art. 392 do CPP comum, dispositivo similar ao art. 445 do CPPM:

“Embora o art. 392 estabeleça casos de exclusividade ou de alternatividade da intimação do réu e de seu defensor, o entendimento jurisprudencial prevalente, calcado na garantia da ampla defesa, é no sentido de que é necessária, em todos esses casos, a intimação de ambos. Não importará a ordem em que foram realizadas as intimações, ressalvado, entretanto, que o prazo para recorrer se inicia com a última intimação (...).

Neste sentido a importante lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho: **‘Em primeiro lugar, cumpre lembrar que a exclusividade ou alternatividade previstas nas disposições do art. 392 do CPP não prevalecem diante da garantia constitucional de ampla defesa, que compreende a autodefesa e a defesa técnica (v. retro Cap. VI); assim, em qualquer situação, não basta seja intimado tão somente o réu ou exclusivamente o de-**

⁵¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Manole, 2005. p. 757.

⁵² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 596.

fensor, seja ele constituído ou dativo, **pois o ato somente atinge sua finalidade com a cientificação de ambos' (...)**" (negrito nosso).

Ante o exposto, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, rejeito a preliminar de intempestividade do apelo dos réus ex-CB FN JOÃO VITOR ROZARIO e MÁRCIO ROZARIO DA SILVA, suscitada pela PGJM.

MÉRITO

Ultrapassada a preliminar, passo à análise do mérito dos recursos.

O primeiro apelo, atinente aos réus SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO, cinge-se, em síntese, a dois aspectos fundamentais: o primeiro diz respeito à ausência de provas para a condenação, eis que se retrataram em Juízo; já o segundo, à distinção doutrinária entre atos preparatórios e atos executórios, pois, segundo alegam, não há notícia de que tenham iniciado a execução do delito, não podendo, portanto, serem condenados por tentativa. Subsidiariamente, mantendo-se a condenação imposta, requerem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (fls. 571/576).

Por sua vez, o segundo apelo, referente ao civil MÁRCIO e ao ex-CB FN VITOR, diz respeito à falta de provas de suas participações no evento delitivo.

Não merecem acolhida as pretensões defensivas.

Ao serem presos em flagrante, os 3 (três) primeiros réus confessaram, de forma unânime, harmônica e com riqueza de detalhes, que foram convidados para roubar armamento das sentinelas, os quais seriam vendidos, juntamente com o veículo roubado, ao traficante LÚCIO da Vila Cruzeiro. Nesses relatos, apontaram a existência de outros 2 (dois) indivíduos – até então desconhecidos da autoridade militar –, os quais seriam primos, identificando-os pelos prenomes de "MÁRCIO" e "VITOR" – este último retratado, ainda, como fuzileiro do Comando do 1º Distrito Naval (Com1ºDN) –, bem como particularizaram toda a ação delitiva, descrevendo, minuciosamente, os procedimentos adotados: reconhecimento prévio da área sob administração militar; roubo de veículo particular e sua disposição no local para facilitar a fuga; escolha de horário próximo à troca das sentinelas; descaracterização de veículo utilizado para ingresso em área sob administração militar – substituição da placa e colocação de adesivos em sua carroceria; elaboração de justifica-

tiva para ingressar no Complexo Naval naquele horário – simulação de situação de perigo; aquisição e uso adequado de fardamento militar; etc.

Nesse sentido, importante transcrever trechos dos relatos constantes do APF, que bem demonstram toda a idealização do plano concreto dos réus:

*“1. civil SIDCLEI SILVA OLIVEIRA: (...) que um **fuzileiro desse comando de nome VÍTOR, teria chamado-o** para juntamente com o ANDERSON e FERNANDO entrarem no quartel **para roubar três fuzis, usando para a saída um carro modelo Corolla** que já estaria dentro do batalhão, **plantado pelo VÍTOR no estacionamento interno em um local pré determinado**, que já era do seu conhecimento, **uma vez que havia sido feito um reconhecimento do local na semana anterior**, na terça ou quarta-feira, 19 ou 20 de maio, acompanhado do próprio VÍTOR, tendo entrado e saído pelo portão principal (Pórtico B). **O carro alem de ser utilizado para a saída, após o roubo dos fuzis, poderia ser utilizado numa venda futura por R\$ 5.00,00 (cinco mil reais). Que os fuzis roubados seriam vendidos pelo valor aproximado de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a unidade. Que o receptor dos fuzis seria um cidadão conhecido seu, chamado LÚCIO, e conhecido na comunidade da Vila Cruzeiro como BISCOITO. Que saíram da região da Penha: o próprio, VÍTOR, MÁRCIO, FERNANDO e ANDERSON em um veículo modelo Corsa Hatch, pararam em uma rua no Centro do Rio de Janeiro, receberam as fardas do VÍTOR, que também deu instruções de como utilizar o uniforme, inclusive fazendo ajustes, o VÍTOR fez a troca das placas do carro e acertaram como seria a encenação ao chegarem no portão do quartel. Que recebeu do VÍTOR um par de coturnos marron, uma calça e uma gandola camufladas, uma camiseta verde e um gorro camuflado. Que a gandola que recebeu apresenta a identificação de MÁRCIO na tarjeta e divisas com duas listras em V, com dois fuzis cruzados. Que entraram todos no carro, com o MÁRCIO dirigindo, o VÍTOR como carona e os demais deitados na parte de trás do carro (banco deitado). Que ao chegarem ao portão do quartel, por volta de 01:30h, da quarta-feira, dia 27 de maio de 2009, o motorista MÁRCIO alegou que o VÍTOR estaria passando mal e***

que iria levá-lo ao hospital, sendo dito pelo sentinela que era necessário fazer a identificação. O MÁRCIO falou que faria a identificação na volta e passou pelo portão sem parar o carro. Que o MÁRCIO parou o Corsa ao lado do Corolla, abriu o Corsa, entregou a chave do Corolla ao FERNANDO que abriu o Corolla, o SIDCLEI ocupou o banco do carona, o FERNANDO o banco do motorista e o ANDERSON o banco de trás. **Que a intenção era aguardar a troca da guarda para roubar os fuzis. Que antes da troca da guarda foram abordados por dois militares que mandaram sair do Corolla com as mãos para cima.** Que não houve resistência, encaminhando-se o grupo ao portão de entrada. Que ao chegar próximo do portão, os militares mandaram o grupo deitar-se no chão. **Que foi feita uma revista e nesta foi encontrada uma pistola (...).** (negrito nosso).

2. civil LUIZ FERNANDO MARINS DE FREITAS: (...) que jamais havia entrado anteriormente neste quartel. Que conhecia apenas o ANDERSON e o SIDCLEI não conhecendo os demais acusados. **Que por volta de 14:00h do dia 26 de maio de 2009 pegou o veículo de modelo Corolla na Penha com o BISCOITO.** Que conduziu o veículo até um estacionamento próximo a Bolsa de Valores. Que após isso entregou a chave do veículo ao SIDCLEI, marcando de se encontrar às 23:30h do mesmo dia na Penha, para dirigirem-se ao quartel da Marinha. Que ao chegar na Rua Visconde de Inhaúma, no veículo Corsa, pertencente ao militar, **pararam o carro para que o ANDERSON e o SIDCLEI colocassem as fardas e fossem trocadas as placas do carro. Que depois de colocarem as fardas se posicionaram na mala do carro o depoente, ANDERSON e SIDCLEI. Que o militar que conduzia o veículo passou batido pela entrada informando que havia uma pessoa passando mal dentro do carro.** Que o veículo foi parado ao lado do Corolla. Que o depoente pegou a chave do Corolla, abriu o carro e se posicionou no banco do motorista. Que o SIDCLEI permaneceu no banco do carona e o ANDERSON no banco de trás. **Que encontravam-se esperando a rendição da guarda dentro do Corolla por volta de 10 (dez) minutos. Que antes que a rendição acontecesse foram surpreendidos por dois militares. Que foram rendidos sem esboçar reação. Que foram então encaminhados para o portão principal, sendo revistados e**

encontrada uma pistola com o SIDCLEI e recolhidos aparelhos celulares. Que não conhecia o piloto do Corsa e nem o seu suposto primo (...). (negrito nosso).

3. civil ANDERSON ATAIDE DE JESUS: (...) **que encontrou com o VÍTOR por volta de 15:00h do dia 26 de maio de 2009 na Rua Senador Dantas e que o VÍTOR combinou com o depoente e com o SIDCLEI de se encontrarem por volta de 01:00h do dia seguinte na Penha para levá-los ao quartel da marinha.** Que no dia e horário combinados compareceram ao local: o depoente o SIDCLEI, o LUIZ FERNANDO, o VÍTOR e o primo deste. **Que ao chegarem próximo ao quartel na Rua Visconde de Inhaúma pararam o carro para trocaram de roupa o depoente e o SIDCLEI. Que ainda foram trocadas as placas do carro. Que o VÍTOR entrou no quartel dizendo que iria ao hospital, largou o depoente, o SIDCLEI e o LUIZ FERNANDO próximo ao Corolla e saíram de maneira acelerada.** Que os três entraram no Corolla e que o VÍTOR jogou a pistola para dentro do Corolla. **Que o objetivo era roubar 04 (quatro) fuzis do quartel, dos militares que renderiam o serviço às 02:00h. Que no instante que iam ligar o carro para se retirarem, foram rendidos por dois militares e encaminhados ao portão principal.** Que ao chegarem próximo deste foram revistados sendo encontrada uma pistola com o SIDCLEI. **Que recebeu do VÍTOR um par de coturnos marrom, uma calça e uma gandola camufladas, uma camiseta verde e um gorro camuflado (...).** (negrito nosso).

A partir dessas informações pormenorizadas, a autoridade castrense, com apoio do *Parquet* das Armas, desvendou toda a ação criminosa, identificando, inclusive, os demais autores: MÁRCIO ROZARIO DA SILVA e seu primo, ex-CB FN JOÃO VITOR ROZARIO, que, à época, servia no Grupamento de Fuzileiros Navais do Rio de Janeiro (GptFNRJ), unidade militar responsável pela segurança do Complexo do 1º Distrito Naval (CDN). Ambos foram reconhecidos pelo MN-RC THIAGO DA FONSECA MANO – identificador do pórtico do CDN, no dia dos fatos – como ocupantes do veículo Corsa utilizado na empreitada criminosa (reconhecimento fotográfico - fl. 217; depoimento em Juízo - fl. 350).

Vale registrar que o veículo utilizado no crime foi confirmado como sendo de propriedade do ex-CB FN CLAYTON – amigo do réu ex-CB FN VITOR –, o qual não desconfiou da utilização irregular de seu

automóvel, razão pela qual foi excluído da imputação penal pelo *Parquet Militar*. Em diligências (fls. 234/236), o ex-CB FN CLAYTON esclareceu que, apenas por ocasião da devolução do veículo, o réu ex-CB FN VITOR admitiu que o utilizou para praticar um roubo no CDN, o qual tinha dado errado, razão pela qual colocou adesivos em sua carroceria com o fito de dificultar sua identificação, *verbis*:

“Perguntado de quem foi a ideia de colocar os adesivos. Respondeu que a ideia foi do CB-FN-IF ROZÁRIO. Perguntado quais os motivos que o CB-FN-IF ROZÁRIO apresentou para justificar a ideia da colocação dos adesivos no carro. Respondeu que na sexta-feira posterior ao fato, do qual já tinha conhecimento pelos jornais, foi procurado pelo CB-FN-IF ROZÁRIO, que lhe disse que havia utilizado o seu carro no dia em que o pediu emprestado (26MAI2009), para entrar no Complexo do 1º Distrito Naval, com civis na mala do carro, para roubar fuzis, mas que havia dado tudo errado e que os civis foram presos, sendo necessário colocar adesivos no carro para dificultar sua identificação (...).” (negrito nosso).

Embora tenha se retratado em Juízo, afirmando que fora pressionado por militares e cidadãos à “paisana”, oportuno frisar que o ex-CB FN CLAYTON, também perante a autoridade judiciária, reconheceu que emprestou seu veículo, no dia dos fatos, ao ex-CB FN VITOR (fl. 354): *“(...) melhor lembrando agora, no dia do fato da denúncia, havia emprestado seu carro ao colega, CB VITOR (...) quando emprestou o carro não havia nenhum adesivo ou sinal diferente nele (...).”* Aliás, esse automóvel foi fotografado, nos dias que se seguiram, com o lacre da placa do Detran rompido e com adesivos colados em sua carroceria (fls. 224/232), o que confere credibilidade aos relatos prestados no Auto de Prisão em Flagrante (APF) – no qual os réus declararam que a placa do veículo Corsa fora substituída por uma “placa fria” –, assim como ao depoimento do ex-CB FN CLAYTON perante a autoridade militar, quando afirmou que o carro foi descaracterizado por meio de aposição de adesivos.

Em diligências, descobriu-se que o réu MÁRCIO trabalha atualmente com adesivos, sendo certo que já fora militar, na graduação de Soldado Fuzileiro Naval – tendo também servido no GptFNRJ –, o que reforça os relatos dos 3 (três) primeiros réus de que receberam uniformes camuflados com divisa em “V” – identificador da graduação de Soldado –, e com tarjeta com o nome “MÁRCIO”.

Frise-se que o veículo Corolla, no qual foram encontrados escondidos os 3 (três) primeiros réus, foi roubado na semana anterior – próximo à data em que foi realizado o reconhecimento prévio da área militar (fl. 9) –, na comunidade da Vila da Penha, região controlada pelo Comando Vermelho, tendo como segundo, na escala de comando, o traficante LÚCIO MAURO CARNEIRO DOS PASSOS, vulgo *Biscoito*, para quem seriam repassados os fuzis roubados, consoante relatou o réu SIDCLEI (fl. 9): “(...) *que o receptor dos fuzis seria um cidadão conhecido seu, chamado LÚCIO, e conhecido na comunidade Vila Cruzeiro como BISCOITO (...)*”.

Embora os 3 (três) primeiros réus tenham se retratado em instrução judicial, apresentando uma nova versão dos fatos – na qual, em resumo, estariam em uma roda de pagode, quando um colega de nome “*Alex*” os chamou para ajudá-lo a conduzir um veículo, sem que soubessem das mencionadas irregularidades –, estas alegações não encontram guarida nos autos.

Isso porque, os réus não produziram qualquer prova para confirmar tais declarações. Sequer identificaram a suposta testemunha “*Alex*”, apontada em seus depoimentos e que poderia conferir certa valoração às suas afirmações. Para justificar essa desídia, declararam que conheciam a testemunha de determinados eventos, não fornecendo maiores detalhes, consoante se observa do interrogatório do réu SIDCLEI em Juízo (fl. 310): “(...) *conhece ALEX de festas, mas não sabia o endereço dele ou outras informações sobre ele, ALEX pediu a eles que fossem buscar um carro com ele (...)*”. Oportuno registrar que, apesar dessa pouca proximidade, abandonaram a roda de pagode, durante a madrugada, para buscar um veículo, cujo local lhes era totalmente desconhecido. E mais, para justificar a indigitada prisão, criaram uma história fantasiosa de que foram autuados ilegalmente, ocasião em que foram submetidos a agressões físicas, sendo forçados, por militares federais e estaduais, a vestir fardamento militar e a portarem pistolas.

Com efeito, não há como dar credibilidade aos interrogatórios dos 3 (três) primeiros réus em Juízo – em detrimento de seus relatos prestados por ocasião de suas respectivas prisões em flagrante –, seja pela ausência de provas, seja pelas circunstâncias de tempo e lugar em que ocorreram os fatos. Reitero que os 3 (três) primeiros réus foram autuados em flagrante, por volta da 01h50min da madrugada, escondidos no interior de um automóvel roubado, estacionado dentro de área sob Administração Militar – próximo a um posto de sentinela armada com fuzil –, sendo encontrados portando duas pistolas – uma roubada (fl. 220) e outra

com numeração raspada (fls. 108, 220 e 223) –, tudo em perfeita sintonia com os relatos prestados por ocasião de suas atuações em flagrante.

Nesse contexto, esclareço que o horário da prisão antecedeu em 10 (dez) minutos à substituição das sentinelas, que ocorreria às 02h00 da madrugada, donde se infere que a ação delituosa foi minuciosamente orquestrada por agentes com acesso a informações privilegiadas, conhecedores do serviço militar e de sua rotina, o que, mais uma vez, põe em evidência os réus MÁRCIO e ex-CB FN VITOR, os quais, além de terem sido reconhecidos pelo identificador do pórtico, foram ex-militares do GptFNRJ, unidade responsável pela segurança do CDN.

Se, por um lado, têm-se retratações em Juízo – o que, em tese, poderia fragilizar a acusação –, por outro, aflora, a todo o momento, a constatação da veracidade das informações prestadas, tanto pelos 3 (três) primeiros réus – quando de suas prisões em flagrante –, quanto pela testemunha ex-CB FN CLAYTON – dono do automóvel utilizado no delito –, não sendo crível que a autoridade militar tenha efetuado prisões sem a correspondente motivação, para, em seguida, elaborar uma história dotada de minúcias, as quais, coincidentemente, seriam confirmadas a *posteriori*.

Sobre o valor probatório da confissão, realizada durante a prisão em flagrante, em contraponto com possíveis retratações posteriores, ensina JESUS⁵³:

“De acordo com a orientação do STF, a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida ‘por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados’ (RCrim 1.261, DJU 2.4.76, p. 2225). Em outra oportunidade, decidi que as ‘confissões feitas na fase do inquérito policial tem valor probante, desde que testemunhadas e não sejam contrariadas por outros elementos de prova’ (RCim 1.352, RTJ 91/750; HC 71.242, RTJ 154/620; TJSP, JTJ 204/270; TACrimSP, RJTACrimSP 35/217 e 497) (...).” (negrito nosso).

Nessa mesma concepção, esclarece TORNAGHI⁵⁴:

“Ainda aqui o juiz forma livremente seu convencimento: se a confissão lhe parece veraz e a retratação não convincen-

⁵³ JESUS, Damásio de. *Código de Processo Penal Anotado*. 24. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. p. 211.

⁵⁴ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989. v. 1. p. 381.

te, ele dá crédito àquela e não a esta; se ao contrário, a reatuação é o que leva à certeza e a confissão se lhe afigura falaz, ele dá fé à primeira e despreza a outra.” (negrito nosso).

Tais entendimentos se fundam na ideia de que “A confissão de autoria vale não pelo lugar em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém” (RTJ 95/563). Significa dizer, se a confissão extrajudicial, ainda que retratada em Juízo, guarda coerência com as demais provas colhidas, ela é que deve prevalecer⁵⁵, sendo possível ao magistrado firmar sua convicção pela apreciação do conjunto harmônico das provas, independentemente de terem sido colhidas na seara policial, conforme se extrai do art. 297 do CPPM, *in verbis*:

“O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em Juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância.” (negrito nosso).

A par disso, cumpre salientar que, a essas confissões extrajudiciais, somam-se, ainda, os depoimentos prestados em Juízo pelo 3º SG FN ROBERTO (fls. 344/346), CB FN UILLIAN (fls. 347/349) e MN-RC MANO (fls. 350/351), os quais confirmaram, integralmente, os fatos descritos na denúncia, tendo, aquele último, em alinhamento com o relato prestado pelo réu SIDCLEI, reconhecido o réu MÁRCIO como ocupante do veículo, *verbis*:

“(...) depois de mais ou menos 5 minutos, o carro Corsa saiu do Distrito pelo mesmo portão; nesse momento o depoente pode ver o rosto do motorista, que nesta assentada ele reconhece como sendo o ex-CB MÁRCIO ROZARIO (...)”.

Da mesma forma, não se pode esquecer o depoimento em Juízo do SD FN RODRIGO (fls. 356/358), o qual, frise-se, foi compelido a residir no quartel por aproximadamente um mês, sendo, em seguida, transferido para outra unidade da federação, em razão de sérias ameaças sofridas (fl. 359).

Como se observa, as provas não decorrem única e exclusivamente da confissão prestada pelos réus – por ocasião de suas autuações em flagrante –, pois afloram dos autos outros elementos e circunstâncias que,

⁵⁵ RT 747/653; JTJ 228/324; JTJ 169/312; RT 786/681; JCAT 80/560; RT 752/632.

bem interpretados, são bastantes para ensejar a condenação, conforme já se posicionou esta própria Corte⁵⁶, em caso semelhante, e o STF⁵⁷.

Esclarecida essa questão probatória, alega a Defesa constituída pelos 3 (três) primeiros réus, em uma segunda vertente, que os atos praticados pelos seus patrocinados, e descritos na denúncia, não se amoldam a atos executórios – capazes de ensejar o reconhecimento da tentativa –, mas, sim, a atos preparatórios, os quais, no presente caso, se apresentam impuníveis.

De fato, a doutrina evidenciava relativa dificuldade em se distinguir os atos preparatórios – em regra impuníveis –, dos atos executórios, haja vista que o legislador traçou uma linha divisória tênue entre a preparação e a execução, no que se convencionou denominar de “*começo da execução*”, não estabelecendo, para tanto, parâmetros objetivos, deixando-os abertos para preenchimento, o que redundou em críticas realizadas por ZAFFARONI e PIERANGELI⁵⁸ em uma das poucas obras destinadas a tratar, especificamente, da tentativa:

“(...) fórmula legal do ‘começo da execução’ não passa de um indicador geral e fluído, que pouco nos esclarece em cada caso particular, ou seja, quando se torna mister precisá-la para a sua aplicação a uma realidade concreta”.

Por essa razão, vale-se a doutrina de teorias e/ou critérios, nas quais busca a melhor compreensão para o chamado “*começo da execução*”.

Embora a comunidade jurídica tenha adotado, inicialmente, a teoria objetivo-formal, mencionada pela Defesa – a partir da qual o começo da execução coincide com o início da realização da ação descrita pelo verbo típico –, esse entendimento não se mostrou o mais adequado, haja vista ser excessivamente restrito, pois, não raro, encontramos figuras delitivas cuja realização objetiva do tipo compreende atividades que já representam o último ato da ação, impedindo o reconhecimento da ten-

⁵⁶ Apelação nº 2002.01.049013-2 UF: SP, Rel. Min. Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES / Min. Rev. Ten Brig Ar SÉRGIO XAVIER FEROLLA, julgado em 18/2/03 e publicado em 17/6/03.

⁵⁷ HC nº 116437/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES - 2ª Turma, julgado em 4/6/13 e publicado no DJe em 19/6/13; RHC nº 107782/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - 2ª Turma, julgado em 17/4/12 e publicado no DJe em 10/5/12.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa* – doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 45.

tativa. Ademais, ao se adotar tal teoria, determinados atos imediatamente anteriores à realização da atividade típica – embora extremamente ameaçadores e capazes de provocar ofensa ao bem jurídico tutelado – não estariam abarcados pela proibição, trazendo enorme perigo à paz social.

Nesse sentido, embora a Defesa alegue que os 3 (três) primeiros réus não iniciaram a execução do delito – pois não empregaram ameaça ou violência –, se a autoridade militar aguardasse a prática desses atos, certamente esta Corte não estaria julgando uma tentativa de roubo de fuzis, mas, sim, latrocínios consumados, haja vista o alto grau de periculosidade dos réus, facilmente constatado em razão da ousadia de ingressarem em um Complexo Naval protegido por fuzileiros armados, ou, ainda, pela análise de seus respectivos antecedentes criminais, dos quais se extrai que o réu SIDCLEI respondeu por porte ilegal de arma de fogo (fl. 440), enquanto o réu ANDERSON já fora condenado na Justiça comum à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, por tentativa de roubo qualificado (fl. 475). Isso sem considerar os envolvimento com perigosa facção criminosa.

Por essa razão, a moderna doutrina, pátria e estrangeira – esta última representada por WELZEL, ZAFFARONI e PIERANGELI –, tem-se inclinado pela adoção do critério objetivo-individual, onde se valoriza o plano concreto do autor, estabelecendo que “a tentativa começa com a atividade com que o autor, segundo seu plano delitivo, imediatamente aproxima-se da realização do plano delitivo” (Welzel), ou, ainda, que “há tentativa em toda atividade que, julgada sobre a base do plano concreto do autor, mostra-se, de acordo a uma concepção natural, como parte integrante de uma ação executiva típica” (Stratenwerth).

Sobre o tema, destaca ZAFFARONI e PIERANGELI⁵⁹:

“O chamado critério objetivo-individual é o que permite maior grau de aproximação dentre todos os enunciados formulados até o momento. De acordo com este critério, para estabelecer a diferença leva-se em conta o plano concreto do autor (daí a razão do ‘individual’), não se podendo discutir entre ato executivo e preparatório sem a consideração do plano concreto do autor (...).”

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 601/603.

Alinhado a esse entendimento, ROSSETO⁶⁰ reconhece que, dentre as teorias aplicáveis, a objetivo-individual, defendida por WELZEL, é a que melhor atende às necessidades dos casos concretos. Nesse sentido, esclarece:

“A doutrina estabelece critérios para separar os atos preparatórios do início da execução do crime, porém é válido o alerta de Nelson Hungria, de que nenhum deles é suficiente para resolver todos os casos: 1º) o critério subjetivo, que os distingue segundo a vontade do agente, não funcionou porque o ato de preparação acaba sendo um ato de tentativa; 2º) o critério objetivo-formal é aquele que em primeiro plano se liga à tipicidade e depois ao aspecto material da ação. Disserta Luiz Regis Prado que foi formulado por Beling, e exige que o agente realize ‘uma parcela da conduta típica, penetrando, assim, no núcleo típico’ (...) Em complemento, explicam Zaffaroni e Pierangeli que pelo critério objetivo-formal se ‘entende por início da execução o começo de realização da ação descrita pelo verbo do tipo: começar a matar, começar a apoderar-se, começar a ter conjunção carnal etc.’, e finalizam dizendo que este ‘critério, como se pode observar sem muito esforço, a partir do próprio enunciado, resulta demasiadamente estrito, para abarcar todas as hipóteses’. Também Damásio E. de Jesus critica o critério objetivo-formal, porque há ‘casos em que, embora o autor ainda não tenha iniciado a realização de um comportamento que se adapte ao núcleo do tipo, não se pode deixar de reconhecer o início dos atos executórios do crime e a existência da tentativa’. Dá como exemplo da sua crítica a hipótese de o ladrão ser surpreendido no quintal da residência, onde pretende penetrar e subtrair bens. No quintal não se pode dizer estar realizando comportamento típico de subtrair, estar no quintal não significa começou a subtrair. Reside a dúvida: tentativa de furto ou violação de domicílio? 3º) o critério objetivo-material considera haver ato executório quando o agente atacar o bem jurídico (...) o critério objetivo-material não satisfaz por ser indeterminado nos atos preparatórios de crime de perigo; 4º) o critério objetivo-individual, para Zaffaroni e Pierangeli, é o que permite maior grau de aproxima-

⁶⁰ ROSSETO, Ênio Luiz. Código Penal Militar Comentado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 163/165.

ção dentre todos os enunciados formulados até o momento. De acordo com este critério, para se estabelecer a diferença leva-se em conta o plano concreto do autor (daí a razão do 'individual'), não se podendo distinguir entre ato executivo e preparatório sem consideração do plano concreto do autor, de maneira dizem ser imprescindível levar em conta o plano concreto do autor, (...). Esse critério, defendido por Welzel, Zaffaroni e Pierangeli, tem sido aceito por outros doutrinadores como sendo o de melhor solução para os casos concretos. Para Damásio E. de Jesus, a teoria objetivo-individual é melhor por compreender que 'o começo de execução do crime abrange os atos que, de acordo com o plano do sujeito, são imediatamente anteriores ao início de execução da conduta típica'." (negrito nosso).

Esse também é o magistério de NUCCI⁶¹:

"A primeira teoria – objetivo-formal, abrangendo a da hostilidade ao bem jurídico – ainda tem predominado no Brasil, por ser mais segura na averiguação da tentativa. Entretanto, as duas últimas vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, têm melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal se realize, desde que se tenha prova efetiva disso. Exemplo sob a ótica das teorias: se alguém saca seu revólver, faz pontaria, pretendendo apertar o gatilho para matar outrem, somente seria ato executório o momento em que o primeiro tiro fosse disparado (sob o critério das teorias objetivo-formal e da hostilidade ao bem jurídico), tendo em vista que unicamente o disparo poderia atacar o bem jurídico (vida), retirando-o do seu estado de paz, ainda que errasse o alvo." (negrito nosso).

E conclui o citado autor:

"Parece-nos a teoria objetivo-individual a mais acertada. Ademais, a teoria objetivo-formal é extremamente restritiva, pretendendo punir somente atos idôneos e unívocos para atingir o resultado, desprezando os imediatamente anteriores, igualmente perigosos ao bem jurídico, o que, de certo

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 300/303.

modo, significa aguardar em demasia o percurso criminoso do agente.” (negrito nosso).

Cumpre registrar que esse moderno entendimento doutrinário já ecoa nos tribunais pátrios, consoante se pode visualizar das decisões do antigo Tribunal de Alçada de São Paulo, replicadas na obra de MIRABETE⁶²:

“Embora não tivessem ainda, os réus, realizados ato do tipo, não há dúvida de que estes já haviam dado início à do crime quando o prosseguimento da ação já obstada pelos Policiais Militares, a caracterizar a tentativa. Devem ser incluídas na tentativa ações que por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem como parte integrante dela segundo uma concepção natural. Assim, ao serem os agentes detidos no interior de uma casa de onde pretendiam subtrair objetos sem que sequer tenham tocado neles, só impropriamente se pode afirmar que iniciou uma subtração, como, porém, para a subtração era necessária sua entrada na casa alheia, esta aparece como parte integrante da conduta típica (RT 719/412).” (negrito nosso).

“Roubo – Tentativa – Caracterização – Agente que, sem justificativa plausível, se encontra armado nas imediações da portaria de uma empresa, em dia de pagamento, trajando roupas parecidas com as dos funcionários – Configuração do início da execução e não apenas dos atos preparatórios. (...) O agente que, sem justificativa plausível se encontrava armado nas imediações da portaria de uma empresa, em dia de pagamento, trajando roupas parecidas com as dos funcionários daquela, incide no delito de roubo, na sua forma tentada, por estar configurado o início de execução e não apenas os atos preparatórios” (RT 766/619) (negrito nosso).

“Configura tentativa de roubo a conduta do agente que, fraudulentamente, invade uma empresa, portando arma, em dia de pagamento de pessoal e, ao se dirigir ao local onde é realizado, é notado a tempo de ser impedido pela ação do Segurança, uma vez que tais circunstâncias revelam

⁶² MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011. p. 1.011.

a inequívoca intenção do agente, a quem cabe a prova no sentido de justificar sua atitude se a afirmar voltada para outra finalidade, sendo certo ainda que o art. 14, II, do CP, ***ao se referir a 'início da execução' e não 'início da conduta típica', admite o critério objetivo individual, e, portanto, o ato imediatamente anterior ao início da prática da figura nuclear do tipo penal já pode ser tomado como ato de execução*** (RJTACRIM 41/278).” (negrito nosso).

No caso *sub examine*, qualquer discussão doutrinária fica minimizada em face das circunstâncias de tempo, lugar e execução descritas pela denúncia, o que evidencia, de forma incontestada, a intenção inequívoca dos réus em roubar fuzis das sentinelas (plano concreto dos autores), conforme apontaram as instruções policial e judicial anteriormente retratadas.

Repiso que se trata de tentativa de roubo de fuzis, e não de um crime qualquer, de somenos importância, cuja conduta dos réus se destacou pela ousadia extrema de ingressarem, clandestinamente, em um Complexo Naval (crime-meio), área fortemente protegida por sentinelas armadas. Nesse sentido, a par do que entendeu a PGJM, o ingresso clandestino restou plenamente absorvido pelo crime-fim, o que, friso, reforça a ideia de que os réus praticaram atos puníveis a título de tentativa de crime de roubo, a partir da execução do crime-meio.

Diante disso, não vislumbro dúvida em relação à participação dos réus na ocorrência supracitada, estando convicto de que SIDCLEI, ANDERSON e LUIZ FERNANDO foram presos quando tentavam roubar armamentos militares, em concurso com os réus MÁRCIO, e seu primo, ex-CB FN VITOR, os quais empreenderam fuga no veículo Corsa utilizado na empreitada criminoso.

Em face do exposto, agiu acertadamente o Colegiado *a quo* ao impor condenação aos envolvidos. Todavia, entendo pertinente reformar a Sentença atacada apenas quanto à dosimetria da pena aplicada, pois vislumbro, no caso em comento, a ocorrência de equívoco cometido pelo Juízo *a quo*, que compensou uma causa especial de aumento de pena – concurso de agentes –, com uma causa geral de diminuição de pena – tentativa –, nos seguintes termos:

“Apesar das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis, o Conselho, visando os objetivos recuperativos da sanção penal,

fixa a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, quantum que se faz definitivo, **tanto mais pela aplicação do princípio da equivalência entre a qualificadora do concurso de pessoas e a causa geral de diminuição prevista para a tentativa.**” (negrito nosso).

Cumpramos ressaltar que a equivalência mencionada restringe-se apenas às agravantes e atenuantes, a teor do art. 75 do CPM, *verbis*:

“Concurso de agravantes e atenuantes

Art. 75. **No concurso de agravantes e atenuantes**, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência. **Se há equivalência entre umas e outras, é como se não tivessem ocorrido.**” (negrito nosso).

Feita essa pequena distinção, no caso de causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena – em face da ausência de dispositivo similar ao das agravantes e atenuantes –, o CPM impõe que, primeiro, seja realizado a majoração, para, em sequência, operar-se a redução, o que resulta em benefício para o réu. Assim, forçoso refazer a dosimetria da pena, razão pela qual passo a estabelecê-la individualmente para cada réu:

1. SIDCLEI SILVA OLIVEIRA

Considerando o critério trifásico de Nelson Hungria, e observado o limite da *reformatio in pejus* – eis que o recurso é exclusivo da Defesa –, há que manter, nessa 1ª fase, a pena-base fixada em seu mínimo legal, conforme assim entendeu o Colegiado a *quo*, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, que permanece, à míngua de agravantes e atenuantes, nesse mesmo patamar, durante a 2ª fase. Contudo, na 3ª fase, há que retificá-la, pois, conforme mencionado, há uma causa especial de aumento e uma causa geral de diminuição de pena. Assim, em face da impossibilidade de se realizar a equivalência das citadas causas, e levando-se em conta o concurso de agentes, majoro a pena intermediária em 1/3, perfazendo uma pena parcial de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. E, atendendo ao espírito daquele Colegiado a *quo*, que aplicou o mesmo percentual, tanto para o aumento, quanto para a redução, e considerando que o *iter criminis* realizado pelo réu percorreu grande parte do caminho para a consumação desse grave delito – com a execução, inclusive, do crime-meio (ingresso clandestino) –, o que poderia ensejar até mesmo

a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 30 do CPM – que autoriza a imposição da pena de crime consumado, nos casos de excepcional gravidade –, reduzo a pena também em 1/3, perfazendo uma pena final de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual, frise-se, é mais benéfica ao réu.

2. ANDERSON ATAÍDE DE JESUS

Considerando o critério trifásico de Nelson Hungria, e observado o limite da *reformatio in pejus* – eis que o recurso é exclusivo da Defesa –, há que manter, nessa 1ª fase, a pena-base fixada em seu mínimo legal, conforme assim entendeu o Colegiado *a quo*, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, que permanece, à míngua de agravantes e atenuantes, nesse mesmo patamar, durante a 2ª fase. Contudo, na 3ª fase, há que retificá-la, pois, conforme mencionado, há uma causa especial de aumento e uma causa geral de diminuição de pena. Assim, em face da impossibilidade de se realizar a equivalência das citadas causas, e levando-se em conta o concurso de agentes, majoro a pena intermediária em 1/3, perfazendo uma pena parcial de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. E, atendendo ao espírito daquele Colegiado *a quo*, que aplicou o mesmo percentual, tanto para o aumento, quanto para a redução, e considerando que o *iter criminis* realizado pelo réu percorreu grande parte do caminho para a consumação desse grave delito – com a execução, inclusive, do crime-meio (ingresso clandestino) –, o que poderia ensejar até mesmo a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 30 do CPM – que autoriza a imposição da pena de crime consumado, nos casos de excepcional gravidade –, reduzo a pena também em 1/3, perfazendo uma pena final de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual, frise-se, é mais benéfica ao réu.

3. LUIZ FERNANDO MARINS DE FREITAS

Considerando o critério trifásico de Nelson Hungria, e observado o limite da *reformatio in pejus* – eis que o recurso é exclusivo da Defesa –, há que manter, nessa 1ª fase, a pena-base fixada em seu mínimo legal, conforme assim entendeu o Colegiado *a quo*, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, que permanece, à míngua de agravantes e atenuantes, nesse mesmo patamar, durante a 2ª fase. Contudo, na 3ª fase, há que retificá-la, pois, conforme mencionado, há uma causa especial de aumento e uma causa geral de diminuição de pena. Assim, em face da impossibilidade de se realizar a equivalência das citadas causas, e levando-se em conta o concurso de agentes, majoro a pena intermediária em 1/3, perfazendo

uma pena parcial de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. E, atendendo ao espírito daquele Colegiado *a quo*, que aplicou o mesmo percentual, tanto para o aumento, quanto para a redução, e considerando que o *iter criminis* realizado pelo réu percorreu grande parte do caminho para a consumação desse grave delito – com a execução, inclusive, do crime-meio (ingresso clandestino) –, o que poderia ensejar até mesmo a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 30 do CPM – que autoriza a imposição da pena de crime consumado, nos casos de excepcional gravidade –, reduzo a pena também em 1/3, perfazendo uma pena final de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual, frise-se, é mais benéfica ao réu.

4. MÁRCIO ROZARIO DA SILVA

Considerando o critério trifásico de Nelson Hungria, e observado o limite da *reformatio in pejus* – eis que o recurso é exclusivo da Defesa –, há que manter, nessa 1ª fase, a pena-base fixada em seu mínimo legal, conforme assim entendeu o Colegiado *a quo*, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, que permanece, à míngua de agravantes e atenuantes, nesse mesmo patamar, durante a 2ª fase. Contudo, na 3ª fase, há que retificá-la, pois, conforme mencionado, há uma causa especial de aumento e uma causa geral de diminuição de pena. Assim, em face da impossibilidade de se realizar a equivalência das citadas causas, e levando-se em conta o concurso de agentes, majoro a pena intermediária em 1/3, perfazendo uma pena parcial de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. E, atendendo ao espírito daquele Colegiado *a quo*, que aplicou o mesmo percentual, tanto para o aumento, quanto para a redução, e considerando que o *iter criminis* realizado pelo réu percorreu grande parte do caminho para a consumação desse grave delito – com a execução, inclusive, do crime-meio (ingresso clandestino) –, o que poderia ensejar até mesmo a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 30 do CPM – que autoriza a imposição da pena de crime consumado, nos casos de excepcional gravidade –, reduzo a pena também em 1/3, perfazendo uma pena final de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual, frise-se, é mais benéfica ao réu.

5. ex-CB FN JOÃO VITOR ROZARIO

Considerando o critério trifásico de Nelson Hungria, e observado o limite da *reformatio in pejus* – eis que o recurso é exclusivo da Defesa –, há que manter, nessa 1ª fase, a pena-base fixada em seu mínimo legal, conforme assim entendeu o Colegiado *a quo*, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, que permanece, à míngua de agravantes e atenuantes, nesse mesmo patamar, durante a 2ª fase. Contudo, na 3ª fase, há que retificá-la,

pois, conforme mencionado, há uma causa especial de aumento e uma causa geral de diminuição de pena. Assim, em face da impossibilidade de se realizar a equivalência das citadas causas, e levando-se em conta o concurso de agentes, majoro a pena intermediária em 1/3, perfazendo uma pena parcial de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. E, atendendo ao espírito daquele Colegiado a *quo*, que aplicou o mesmo percentual, tanto para o aumento, quanto para a redução, e considerando que o *iter criminis* realizado pelo réu percorreu grande parte do caminho para a consumação desse grave delito – com a execução, inclusive, do crime-meio (ingresso clandestino) –, o que poderia ensejar até mesmo a aplicação da regra prevista no parágrafo único do art. 30 do CPM – que autoriza a imposição da pena de crime consumado, nos casos de excepcional gravidade –, reduzo a pena também em 1/3, perfazendo uma pena final de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a qual, frise-se, é mais benéfica ao réu.

As demais condições permanecem inalteradas para todos os 5 (cinco) réus, pois não se pode conceder o *sursis* por expressa vedação legal, nos termos do art. 84 do CPM. Da mesma forma, para eventual cumprimento de pena em estabelecimento prisional comum, mantenho o regime prisional inicialmente aberto, com espeque no art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP comum, c/c o art. 110 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

No tocante ao pedido da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, esta Corte já se manifestou pela sua impossibilidade⁶³, em razão da ausência de amparo legal, haja vista tratar-se de instituto do Direito Penal comum, não aplicável no âmbito da JMU.

Finalmente, por entender que se trata tão somente de erro material, procedo, de ofício, à correção da grafia dos nomes dos réus MÁRCIO ROSÁRIO DA SILVA e JOÃO VÍCTOR ROZÁRIO, descritos erroneamente na Sentença, alterando-os para MÁRCIO ROZARIO DA SILVA e JOÃO VITOR ROZARIO, em conformidade com suas respectivas identidades (fls. 256 e 242).

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento parcial do apelo defensivo para, mantendo a condenação imposta aos 5 (cinco) réus,

⁶³ Apelação nº 0000112-82.2011.7.03.0203/RS, Rel. Min. Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA / Rev. Min. Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES, julgado em 27/2/13 e publicado no DJe em 14/3/13; Apelação nº 0000098-97.2010.7.08.0008/PA, Rel. Min. Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA / Rev. Min. Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO, julgado em 26/3/12 e publicado no DJe em 17/5/12; Emb. de Declaração nº 0000019-22.2011.7.03.0203 UF: DF, Rel. Min. Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS, julgado em 19/9/12 e publicado no DJe em 4/10/12.

reformular a dosimetria da pena imposta pelo Colegiado *a quo*, reduzindo-a de 4 (quatro) anos de reclusão para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Da mesma forma, por se tratar de erro material, procedo, de ofício, à correção dos nomes dos réus MÁRCIO ROZARIO DA SILVA e JOÃO VITOR ROZARIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de intempestividade recursal, suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e, no mérito, também por unanimidade, em dar provimento parcial ao Apelo defensivo para, mantendo a condenação dos civis Sidclei Silva Oliveira, Anderson Ataíde de Jesus, Luiz Fernando Marins de Freitas e Márcio Rozario da Silva, e do Ex-CB FN João Vitor Rozario, reformar a dosimetria da pena imposta pelo Colegiado *a quo*, reduzindo-a de 4 anos de reclusão para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, para todos os réus. E, por fim, por se tratar de erro material, corrigir de ofício os nomes dos réus Márcio Rozario da Silva e João Vitor Rozario.

Brasília, 3 de fevereiro de 2014 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 81-58.2012.7.02.0202-SP

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

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

Apelante – O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição do SO Aer Alexandre Ismael dos Santos do crime previsto no art. 251, c/c o art. 80, tudo do CPM.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 10/6/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ESTELIONATO. AUXÍLIO-TRANSPORTE. MORADIA HABITUAL. DÚVIDAS QUANTO AO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO NÃO COMPROVADO. IN DUBIO PRO REO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE. Para a caracterização do crime de estelionato, é necessária a demonstração da presença do dolo consistente na intenção de fraudar a Administração Militar com o objetivo de auferir vantagem ilícita. A Orientação Normativa que trata sobre o pagamento do auxílio-transporte admite a possibilidade de o beneficiário ter mais de uma residência, ressaltando, contudo, que o benefício será concedido tendo em vista a “moradia habitual”. O Ministério Público Militar não se desincumbiu em demonstrar que o Acusado agiu com o dolo anterior à obtenção da vantagem indevida, consistente na vontade de enganar a Administração Militar, empregando ardil, artifício ou qualquer meio fraudulento. Persistindo dúvidas quanto ao dolo na conduta do Acusado, é lícito concluir pela incerteza quanto à tipicidade, razão pela qual se impõe a manutenção do Decreto absolutório em homenagem ao Princípio in dubio pro reo.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 2ª Sessão, 4/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 10 de junho de 2013, que absolveu o SO Aer ALEXANDRE ISMAEL DOS SANTOS do crime previsto no artigo 251, c/c o artigo 80, tudo do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “e”, do CPPM.

No caso dos autos, verifica-se que o membro do *Parquet* Militar ofereceu Denúncia (fls. 01/01.02), em 10 de outubro de 2012, nos seguintes termos:

“(...) Conforme noticiam os autos de inquérito, o ora denunciado declarou falsamente seu endereço residencial perante a administração militar, para fins de percepção de auxílio-transporte, obtendo, em consequência, pagamentos mensais de valores aos quais não faria jus.

Segundo restou apurado, no mês de abril de 2009, o ora denunciado declarou residir na Rua Emília Faustino de Melo Ribas, nº 84, na cidade de Mogi das Cruzes/SP, para fins de obtenção de auxílio-transporte (fls. 133).

*Embora tenha declarado residir na cidade de Mogi das Cruzes, no período compreendido entre os meses de abril de 2009 e abril de 2010, restou comprovado que o denunciado efetivamente residia na cidade de São José dos Campos, na Rua Avião Muniz, conforme depoimento prestado por **Reinaldo José Vicente**, civil que residia no mesmo imóvel do ora denunciado (fls. 97/98).*

Além da falsa declaração de endereço relativa ao período acima citado, restou comprovado que o denunciado apresentou outra falsa declaração de endereço, afirmando novamente residir

na cidade de Mogi das Cruzes, no período de abril de 2011 a abril de 2012, conforme demonstrado na cópia do formulário juntado às fls. 70.

Às fls. 74/78 dos autos foi juntada cópia do contrato de locação residencial, comprovando que o suboficial **Alexandre** efetivamente residia na cidade de São José dos Campos, na Rua Raul Franco Martins, nº 596.

Além do referido contrato de locação, a testemunha 2º sargento **Gerson dos Santos** confirmou que o denunciado residia na mencionada casa alugada, permanecendo em São José dos Campos durante os dias da semana (depoimento de fls. 101/102).

De acordo com o Relatório da Perícia Contábil de fls. 270/271, o ora denunciado obteve a vantagem ilícita no montante de R\$ 18.835,40 (dezoito mil, oitocentos e trinta e cinco reais e quarenta centavos), em razão do pagamento indevido de auxílio-transporte, relativo aos períodos de abril de 2009 a abril de 2010 e abril de 2011 a abril de 2012.

Desta forma, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, ao obter para si vantagem ilícita em prejuízo da administração militar, mantendo-a em erro através de falsas declarações de endereço, incorreu, de forma continuada, no delito de estelionato.

Ante o exposto, o Ministério Público Militar protesta pelo recebimento da presente Denúncia, com a citação do suboficial **Alexandre Ismael dos Santos** para se ver processar e julgar perante esse Juízo, sob pena de revelia, até final condenação, como incurso no delito tipificado no artigo 251, caput, combinado com o artigo 80, tudo do CPM (...).

Os Relatórios de Perícia Contábil, elaborados na fase inquisitorial (fls. 207/216 e 270/272), atestam o recebimento dos valores a título de auxílio-transporte, considerando a residência do Acusado em Mogi das Cruzes - SP.

A Denúncia foi recebida em 22 de outubro de 2012 (fl. 290).

Foram juntados aos autos os seguintes documentos informativos da situação criminal do Acusado, todos com resultado “nada consta”:

- 1) Certidão da Justiça Federal de 1º Grau em São Paulo (fl. 301);
- 2) Certidão de Antecedentes Criminais da Polícia Federal (fls. 302/302-v);

- 3) Certidão da Justiça Militar da União (fl. 303);
- 4) Folha de Antecedentes Criminais proveniente da Polícia Civil de São Paulo (fl. 307);
- 5) Certidão de Execução Criminal proveniente da Vara de Execuções Criminais de São Paulo (fl. 311); e
- 6) Pesquisa Criminal – TJSP (fl. 335).

Também foi juntado aos autos o Termo de Reconhecimento de Dívida assinado pelo Acusado (fl. 315).

O Acusado foi citado em 29 de outubro de 2012 (fl. 308/308-v) e, qualificado e interrogado em 13 de outubro de 2012 (fls. 316/319), declarou, *in verbis*:

“(...) que de fato possuiu entre abril de 2009 e abril de 2010 uma segunda residência, residência essa que fica em São José dos Campos, na rua Avião Muniz, que esta residência era dividida com o senhor Reinaldo Jose (sic) Vicente, que ele interrogando não pernoitava todos os dias da semana nessa residência, que dormia nessa residência de duas a três vezes por semana, (...) que depois desse período chegou a residir em outra casa alugada em São José dos Campos, (...) que no período específico em que ficou nesse segundo endereço pernoitava também de duas ou três vezes por semana, registrando o interrogando que foi uma época em que estava com problemas de adição de álcool e, em razão disso, era melhor pernoitar mais próximo de sua OM, que de fato foi submetido a um procedimento cirúrgico em sua mão direita e que esteve por meses afastado do serviço, que durante esse período chegou a receber auxílio-transporte, mas entende não ter levado a Administração a erro na medida em que todas as suas licenças médicas (sic) eram publicadas em boletim interno ostensivo, ou seja, era do conhecimento da administração o seu afastamento, que espontaneamente, em 17 de agosto de 2012, reconheceu a dívida (sic) para efeitos administrativos e civis e já começou a ser descontado mensalmente dos valores que teria indevidamente recebido, que o valor do termo de reconhecimento de dívida (sic) que ora o interrogando apresenta ao juízo é de R\$ 19.574,60, dividido em 130 parcelas de R\$ 150, 57, que em Mogi das Cruzes reside com a esposa que é aposentada, uma filha de 24 anos e um filho de 15 anos de ida-

de, que nunca foi preso nem processado, que esta (sic) arrependido por não ter tomado uma medida administrativa antes, no sentido de evitar os pagamentos indevidos, que quando apresentou as declarações tinha por certo que residia em Mogi, embora que por certa regularidade pernoitasse em São José dos Campos, que sua OM não lhe se (sic) solicitava os canhotos das passagens de ônibus, que a renovação para a continuidade do benefício da indenização de transporte era feita mediante uma simples declaração, (...) que há trinta anos declara sua residência como sendo em Mogi das Cruzes tendo havido somente uma única mudança de endereço em todo esse tempo (...) que a FAB começou a pagar o auxílio transporte (sic) a aproximadamente dez anos e que sempre declarou seu endereço com (sic) sendo em Mogi das Cruzes, que apenas entre 2009 e 2011 que passou a ter uma segunda residência em São José dos Campos, (...) que um dos motivos pelo qual confessou a dívida em sua integralidade foi a vontade de ir para a reserva sem ser obstado por qualquer pendência legal (...).”

Nesse mesmo dia, foi procedida a oitiva das testemunhas arroladas pelo MPM, que afirmaram, *in verbis*:

1) Civil Reinaldo José Vicente (fls. 320/322):

“(...) Que foi amigo do Acusado e chegaram a dividir uma casa na rua Avião Muniz, que quando mudaram para outra casa também em São José dos Campos houve um desentendimento entre eles, (...) que na casa em questão existiam coisas pertencentes ao acusado, que comentou estes fatos, bem assim o que entendeu ser um recebimento indevido de auxílio-transporte com o Senhor Cesar Augusto, um civil que trabalha na FAB, que disse inclusive a Cesar Augusto que o acusado estava residindo em outro endereço em São José dos Campos, na Rua Raul Franco, Vila São Benedito, que o acusado lhe disse para não comentar com ninguém que estava dividindo uma casa, (...) teria motivado este pedido o fato de o acusado receber auxílio-transporte, sendo que o acusado teria declarado na sua OM que morava em Mogi das Cruzes, que, durante os dias da semana o acusado não ia pernoitar em Mogi das Cruzes, que no período em que dividia o aluguel com o acusado na Rua Avião Muniz, o acusado só ia para Mogi das Cruzes nos finais de semana (...).”

2) 2º Sargento Gerson dos Santos (fls. 323/324):

“(...) Que freqüentava (sic) o ‘Bar do Moises (sic)’ que fica na Vila Benedito, bairro próximo ao CTA onde o depoente reside, que, nos anos de 2010 e 2011, chegou a encontrar com o acusado nesse bar, e ficou sabendo pelo dono do estabelecimento que o acusado residia naquele bairro, que não era sabedor que o acusado recebia vale transporte, que ate (sic) onde tenha visto o acusado freqüentava (sic) o bar normalmente não sabendo dizer se o mesmo fazia ingestão excessiva de bebidas alcoólicas, (...) Que confirma a declaração prestada no curso do IPM em que diz que o acusado ‘era visto de segunda a sexta-feira no endereço: Rua Raul Franco Martins, nº 596, Bairro: Vila São Benedito, São José dos Campos, (ao lado do Bar do Moisés) nos horários de entrada e saída do expediente do GIA/SJ, por vezes durante finais de semana viajava até Mogi das Cruzes, segundo informações dos freqüentadores (sic) do bar’ (...)”.

Em 21 de novembro de 2012, o MPM deu-se por satisfeito quanto à prova testemunhal (fl. 328) e, na fase do artigo 417, § 2º, do CPPM, a Defensoria Pública da União requereu a oitiva de três testemunhas, que assim afirmaram, *in verbis*:

1) Civil Camilo José Delavie (fls. 349/350):

“(...) que conhece o acusado a (sic) quinze anos, que até onde saiba (sic) o acusado mora em Mogi das Cruzes, que via o acusado no período da noite, em um bar que fica em Mogi, não sabe dizer se o acusado já teve problemas relacionados ao alcoolismo, que esses dias em que via o acusado em bar eram dias de semana. (...) que prestou serviço de pintor ao acusado, que isso ocorreu a (sic) quatro anos atrás, que moravam na casa do acusado a (sic) época ele, sua esposa e dois filhos pequenos. (...) que já tem alguns anos que encontra com o acusado no mesmo bar, que esses encontros são casuais, mas como ele e o acusado são freqüentadores (sic) habituais do bar, que o via pelo menos duas vezes por semana no bar, que o bar fica localizado na Av. Glicério de Melo, próximo a (sic) travessa José Bonafé, que o proprietário do bar era o Senhor Virgílio, que este bar teria fechado no começo deste ano (...)”.

2) Civil Berenice da Silva Delavie (fls. 351/352):

“(...) que conhece o acusado a (sic) quinze anos, que seu marido o Senhor Camilo José encontra-se com freqüência (sic)

com o acusado e que inclusive saem juntos para beber, que ate (sic) onde saiba (sic) o acusado sempre morou em Mogi das Cruzes, que sabe onde é a casa do acusado e que conhece sua esposa e filhos (...)”.

3) Civil Ederson Gonçalves (fls. 353/354):

“(...) que conhece o acusado acerca (sic) de dezesseis anos, até onde saiba, o mesmo sempre residiu em Mogi das Cruzes, que encontrava num bar de propriedade do Senhor Virgilio, que esse bar fechou no começo do ano, que esse bar ficava situado na Av. José Glicério (...)”.

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu (fl. 357). A DPU requereu a juntada de documentos, que objetivavam a comprovação do endereço residencial do Acusado (fls. 358/359).

Como decorrência, foram juntados os seguintes documentos:

- 1) cópia da Escritura de Venda e Compra (fls. 360/361);
- 2) cópia do Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra da residência do Acusado em Mogi das Cruzes - SP (fls. 362/363-v);
- 3) cópias dos comprovantes de residência do Acusado, todos alusivos ao endereço de Mogi das Cruzes - SP (fls. 364/396).

Em Alegações Escritas (fls. 399/402), o MPM ratificou os termos da Denúncia aduzindo que as provas produzidas nos autos *“permite a formação de um juízo de certeza de que o acusado na realidade permanecia na cidade de São José dos Campos durante os dias úteis (...)*”.

A Defensoria Pública da União, por sua vez, pugnou pela absolvição do Acusado, nos termos do artigo 439, alínea “b” ou “e”, do CPPM, ao argumento de que não existiria o dolo na conduta do Acusado, *“o que afasta o tipo penal. Por derradeiro, também socorreria os acusados (sic) a alínea ‘e’ do mesmo artigo, porque, na dúvida, sempre se absolve.”* (fls. 404/410).

Argumentou, ainda, que foram juntados aos autos vários documentos dando conta de que o Acusado residia em Mogi das Cruzes – SP, sendo certo que *“(...) não se pode punir o acusado pelo fato dele pernoitar algumas noites da semana na cidade de São José dos Campos, nem pelo fato dele ter um contrato de locação de um imóvel para ter tranquilidade de dormir algumas noites perto da Organização Militar (...)*”.

Em julgamento datado de 10 de junho de 2013 (fls. 426/432), o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, por maioria de votos (3x2), julgou improcedente a Denúncia, absolvendo o Acusado da imputação formulada pelo Órgão ministerial, com fundamento no artigo 439, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar.

Na fundamentação da Decisão absolutória, o Conselho Julgador de primeiro grau manifestou-se nos seguintes termos, *in verbis*:

“(...) Na verdade, para fins de caracterização de estelionato, é necessário que o acusado, quando da apresentação da declaração de endereço, tenha agido com o dolo, com a intenção de obter vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar. O que, data venia, não restou claro nos autos. (...)”.

A Sentença foi lida e assinada em 18 de junho de 2013 (fl. 433), dela tomando ciência o MPM, em 24 de junho de 2013 (fl. 434), e a DPU, em 27 de junho de 2013.

O MPM interpôs o presente Recurso de Apelação em 24 de junho de 2013 (fl. 435), o qual foi recebido pelo Juízo a quo em 26 de junho de 2013 (fl. 436).

A Sentença transitou em julgado para a Defensoria Pública da União em 9 de julho de 2013 (fl. 448).

Em suas Razões (fls. 438/447), o MPM pugnou pela reforma da Sentença a quo, devendo ser imposta a condenação ao Acusado “sendo a pena a ele imposta fixada inicialmente no mínimo legal, a qual deverá incidir causa de diminuição de pena prevista no artigo 253 do Código Penal Militar, sendo, de todo modo, atribuído a ele o benefício do ‘sursis’”. Argumentou, para tanto, que o conjunto probatório carregado aos autos é seguro para ensejar a condenação.

Em suas Contrarrazões (fls. 450/457), a DPU sustentou o não provimento do Recurso ministerial, pugnando pela manutenção do Decreto absolutório, bem como prequestionou “**desde já, as matérias e teses alegadas no presente apelo.**” (Grifo no original).

Para tanto, aduziu em seu arrazoado:

“As provas amealhadas não permitem optar, de forma categórica, por uma ou outra versão. Vale dizer, não é possível afirmar, sem sombra de dúvida, se o acusado permanecia a se-

mana inteira em São José (como aduzem as testemunhas de acusação – uma delas suspeita de parcialidade), ou se ali pernoitava apenas duas ou três vezes por semana, passando a maior parte do tempo em Mogi (como afirmam o acusado e as testemunhas de defesa).”.

Ao final, requereu a intimação para se manifestar “após a apresentação de parecer pelo Ministério Público Militar (Procuradoria-Geral da Justiça Militar).”.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. José Garcia de Freitas Júnior (fls. 466/469), opinou pelo não provimento do Recurso, devendo ser mantida a absolvição do Acusado.

Para tanto, sustentou que “as provas juntadas aos autos deixam dúvidas sobre o dolo do apelado”.

O Exmo. Sr. Ministro-Revisor teve vista dos autos (fl. 473-v).

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, razão pela qual merece ser conhecido.

O Ministério Público Militar insurge-se contra a Sentença prolatada pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM, em 10 de junho de 2013 (fls. 426/432), que absolveu, por maioria dos votos, o SO Aer ALEXANDRE ISMAEL DOS SANTOS da imputação do crime previsto no artigo 251, *caput*, do Código Penal Militar, com fulcro no artigo 439, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar.

Em suas Razões, o MPM requer a condenação do Acusado devendo a pena ser aplicada “inicialmente no mínimo legal, à qual deverá incidir causa de diminuição de pena prevista no artigo 253 do Código Penal Militar, sendo, de todo modo, atribuído a ele o benefício do sursis”.

Não assiste razão ao Órgão ministerial.

Antes de passar à análise da conduta do Acusado à luz da Sentença absolutória hostilizada pelo *Parquet*, importa salientar que a prática delituosa descrita na Denúncia subsume-se ao tipo penal militar descrito no artigo 251, *caput*, do CPM.

Para Jorge César de Assis, in *Comentários ao Código Penal Militar*, 7. ed., p. 570, Editora Juruá, 2011:

“Caracteriza-se o estelionato pela presença de seus elementos constitutivos, a saber: o artifício fraudulento; o induzimento, por meio dele, das vítimas em erro; o prejuízo por estas sofrido; o correspondente locupletamento ilícito dos agentes e o dolo.

De se afirmar portanto que o engano é característica essencial do estelionato, distinguindo-o de outras formas de agressão ao direito patrimonial.” (Grifo nosso).

Acerca dos aspectos objetivos do tipo penal militar em comento, cito o escólio de Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 350):

“Trata-se de conduta composta: obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. (...) Induzir quer dizer incutir ou persuadir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha. É possível, pois, que o autor do estelionato provoque a situação de engano ou apenas dela se aproveite. De qualquer modo, comete a conduta proibida. A vantagem ilícita, diversamente do objeto material do crime de furto – que menciona coisa alheia –, é qualquer benefício, ganho ou lucro, de modo indevido, ou seja, ilícito. Logicamente, trata-se de vantagem de natureza econômica, uma vez que se cuida de crime patrimonial. (...)”

No que tange ao elemento subjetivo do estelionato, prossegue o renomado doutrinador (ob. cit., p. 350): *“o crime é punido a título doloso. Não há a forma culposa. Existe elemento subjetivo específico, consistente no ânimo de fraude, obtendo lucro para si ou para outrem.”*

Para a caracterização do crime descrito no art. 251 do Código Penal Militar é necessária a demonstração da presença do dolo, consistente na intenção de fraudar a Administração Militar, com o objetivo de auferir vantagem ilícita, o que, *in casu*, não restou comprovado.

O Ministério Público Militar fundamenta o seu intento de ver condenado o Acusado ao argumento de que *“Embora tenha declarado*

residir na cidade de Mogi das Cruzes, no período compreendido entre os meses de abril de 2009 e abril de 2010, restou comprovado que o denunciado efetivamente residia na cidade de São José dos Campos, na Rua Avião Muniz, conforme depoimento prestado por Reinaldo José Vicente, civil que residia no mesmo imóvel (fls. 97/98).”.

De fato, a afirmação ministerial não destoia da realidade, devendo-se ressaltar que o próprio Acusado a admitiu quando declarou, em seu depoimento colhido em Juízo, *“que de fato possuiu entre abril de 2009 e abril de 2010 uma segunda residência, residência essa que ficava em São José dos Campos (...)”* (fl. 316). Corroboram a versão do MPM o contrato de locação alusivo ao imóvel situado na cidade de São José dos Campos (fls. 74/78) e os depoimentos das testemunhas arroladas pela Acusação, a saber:

1) Civil Reinaldo José Vicente (fls. 320/322):

“(...) Que foi amigo do Acusado e chegaram a dividir uma casa na rua Avião Muniz, que quando mudaram para outra casa também em São José dos Campos houve um desentendimento entre eles (...) que na casa em questão existiam coisas pertencentes ao acusado, que comentou estes fatos, bem assim o que entendeu ser um recebimento indevido de auxílio-transporte com o Senhor Cesar Augusto, um civil que trabalha na FAB, que disse inclusive a Cesar Augusto que o acusado estava residindo em outro endereço em São José dos Campos, na Rua Raul Franco, Vila São Benedito, que o acusado disse para não comentar com ninguém que estava dividindo uma casa (...) teria motivado este pedido o fato de o acusado receber auxílio-transporte, sendo que o acusado teria declarado na sua OM que morava em Mogi das Cruzes, que durante os dias da semana o acusado não ia pernoitar em Mogi das Cruzes, que, no período em que dividia o aluguel com o acusado na Rua Avião Muniz, o acusado só ia para Mogi das Cruzes nos finais de semana (...)”.

2) 2º Sargento Gerson dos Santos (fls. 323/324):

“(...) Que freqüentava (sic) o ‘Bar do Moises (sic)’ que fica na Vila Benedito, bairro próximo ao CTA onde o depoente reside, que, nos anos de 2010 e 2011, chegou a encontrar-se com o acusado nesse bar, e ficou sabendo pelo dono do estabelecimento que o acusado residia naquele bairro, que não era sabedor que o acusado recebia vale transporte, que ate (sic) onde tenha visto o acusado freqüentava (sic) o bar normalmente não

sabendo dizer se o mesmo fazia ingestão excessiva de bebida alcoólica (...) Que confirma declaração prestada no IPM em que diz que o acusado 'era visto de segunda a sexta-feira no endereço: Rua Raul Franco Martins, nº 596, Bairro: Vila São Benedito, São José dos Campos, (ao lado do Bar do Moisés) nos horários de entrada e saída do expediente do GIA/SJ, por vezes durante finais de semana viajava até Mogi das Cruzes, segundo informações dos freqüentadores (sic) do bar'. (...)”.

A Defesa, no curso da instrução criminal, demonstrou que o Réu possuía imóvel próprio na cidade de Mogi das Cruzes, onde residia sua família.

Para isso, foram juntadas contas de energia elétrica e de telefonia e também correspondências bancárias em nome do Acusado (fls. 364/396; 123/125), além da Escritura de Venda e Compra da citada residência (fls. 120/122).

A versão do Acusado de que pernoitava de duas a três vezes na semana em São José dos Campos e nos outros dias em Mogi das Cruzes, onde moravam os seus familiares, foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 349/354), todos coerentes e convergentes no sentido de afirmar que o Acusado era visto em Mogi das Cruzes mesmo durante a semana.

Revelam-se oportunas as transcrições dos depoimentos do Acusado e das testemunhas arroladas pela Defesa:

1) Acusado (fls. 316/319):

“(...) que de fato possuiu entre abril de 2009 e abril de 2010 uma segunda residência, residência essa que fica em São José dos Campos, na rua Avião Muniz, que esta residência era dividida com o senhor Reinaldo Jose Vicente, que ele interrogando não pernoitava todos os dias da semana nessa residência, que dormia nessa residência de duas a três vezes por semana, (...), que depois desse período chegou a residir em outra casa alugada em São José dos Campos, (...), que no período específico em que ficou nesse segundo endereço pernoitava também de duas ou três vezes por semana, registrando o interrogando que foi uma época em que estava com problemas de adição de álcool e, em razão disso, era melhor pernoitar mais próximo de sua OM, que de fato foi submetido a um procedimento cirúrgico em sua mão direita e que esteve por meses afastado do serviço,

que durante esse período chegou a receber auxílio transporte (sic), mas entende não ter levado a Administração a erro na medida em que todas as suas licenças médicas (sic) eram publicadas em boletim interno ostensivo, ou seja, era do conhecimento da administração o seu afastamento, que espontaneamente, em 17 de agosto de 2012, reconheceu a dívida (sic) para efeitos administrativos e civis e já começou a ser descontado mensalmente dos valores que teria indevidamente recebido, que o valor do termo de reconhecimento de dívida (sic) que ora o interrogando apresenta ao juízo é de R\$ 19.574,60, dividido em 130 parcelas de R\$ 150, 57, que em Mogi das Cruzes reside com a esposa que é aposentada, uma filha de 24 anos e um filho de 15 anos de idade, que nunca foi preso nem processado, que esta (sic) arrependido por não ter tomado uma medida administrativa antes, no sentido de evitar os pagamentos indevidos, que quando apresentou as declarações tinha por certo que residia em Mogi, embora que por certa regularidade pernoitasse em São José dos Campos, que sua OM não lhe se (sic) solicitava os canhotos das passagens de ônibus, que a renovação para a continuidade do benefício da indenização de transporte era feita mediante uma simples declaração, (...), que há trinta anos declara sua residência como sendo em Mogi das Cruzes tendo havido somente uma única mudança de endereço em todo esse tempo (...), que a FAB começou a pagar o auxílio transporte (sic) a aproximadamente dez anos e que sempre declarou seu endereço como sendo em Mogi das Cruzes, que apenas entre 2009 e 2011 que passou a ter uma segunda residência em São José dos Campos, (...), que um dos motivos pelo qual confessou a dívida em sua integralidade foi a vontade de ir para a reserva sem ser obstado por qualquer pendência legal (...).”

2) Civil Camilo José Delavie (fls. 349/350) – testemunha arrolada pela Defesa:

“(...) que conhece o acusado a (sic) quinze anos, que até onde saiba o acusado mora em Mogi das Cruzes, que via o acusado no período da noite, em um bar que fica em Mogi, não sabe dizer se o acusado já teve problemas relacionados ao alcoolismo, que esses dias em que via o acusado em bar eram dias de semana. (...) que prestou serviço de pintor ao acusado, que isso ocorreu a quatro anos atrás, que moravam na casa do acusado a época ele, sua esposa e dois filhos pequenos. (...) que já tem al-

guns anos que encontra com o acusado no mesmo bar, que esses encontros são casuais, mas como ele e o acusado são freqüentadores (sic) habituais do bar, que o via pelo menos duas vezes por semana no bar, que o bar fica localizado na Av. Glicério de Melo, próximo a travessa José Bonafé, que o proprietário do bar era o Senhor Virgílio, que este bar teria fechado no começo deste ano. (...)”.

3) Civil Berenice da Silva Delavie (fls. 351/352) – testemunha arrolada pela Defesa:

“(...) que conhece o acusado a (sic) quinze anos, que seu marido o Senhor Camilo José encontra-se com freqüência (sic) com o acusado e que inclusive saem juntos para beber, que ate (sic) onde saiba (sic) o acusado sempre morou em Mogi das Cruzes, que sabe onde é a casa do acusado e que conhece sua esposa e filhos. (...)”.

4) Civil Éderson Gonçalves (fls. 353/354) – testemunha arrolada pela Defesa:

“(...) que conhece o acusado acerca (sic) de dezesseis anos, até onde saiba (sic), o mesmo sempre residiu em Mogi das Cruzes, que encontrava num bar de propriedade do Senhor Virgílio, que esse bar fechou no começo do ano, que esse bar ficava situado na Av. José Glicério. (...)”.

Ao confrontar os depoimentos das testemunhas arroladas pela Acusação e pela Defesa, constatei divergências quanto à permanência do Acusado em São José dos Campos, nos dias de semana.

A contrariedade das versões apresentadas afasta a certeza e impede a imposição de Decreto condenatório, uma vez que não restou demonstrada, indene de dúvidas, a intenção do Acusado de fraudar a Administração Militar para a obtenção de vantagem ilícita.

Extrai-se dos vertentes autos que o Acusado possuía duas residências, uma alugada em São José dos Campos e outra de sua propriedade na cidade de Mogi das Cruzes, onde residiam os seus familiares.

A propósito, a Orientação Normativa nº 4/2011, que dispõe sobre o pagamento de auxílio-transporte, admite a possibilidade de o beneficiário ter mais de uma residência, ressaltando, contudo, que o auxílio será concedido tendo em vista a “moradia habitual”. Nesse sentido é a redação do artigo 6º, § 1º, do citado Diploma normativo:

“Art. 6º Para fins do benefício tratado nesta Orientação Normativa, entende-se por residência o local onde o servidor ou empregado possui moradia habitual.

§1º Ainda que o servidor possua mais de uma residência, o auxílio-transporte será concedido considerando apenas uma delas, na forma disciplinada no caput.”.

Nos presentes autos, a residência do Acusado em Mogi das Cruzes pode ser considerada como sua “moradia habitual”, uma vez que lá residia sua família.

Remanescem, portanto, dúvidas quanto à ilicitude da vantagem auferida e, bem assim, quanto ao induzimento da Administração Militar em erro.

O dolo anterior à obtenção da vantagem, consistente na “vontade de enganar a vítima, dela obtendo vantagem ilícita, em prejuízo alheio, empregando artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”, segundo Damásio de Jesus (*Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 549), não se evidenciou nos vertentes autos.

Portanto, persistindo dúvidas quanto ao dolo na conduta do Acusado, é lícito concluir pela incerteza quanto à tipicidade, razão pela qual se impõe a manutenção do Decreto absolutório em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

Seguindo essa linha de entendimento, adoto como razões de decidir as conclusões do *Custos Legis*, que assim se manifestou em seu Parecer opinativo (fl. 469):

“(…) Não foram demonstradas a voluntariedade no cometimento do delito, tampouco a consciência da ilicitude, por parte do ora apelado. Como visto, a comprovação da ausência de dolo encontra-se explícita no fato de ter assinado Termo de Reconhecimento de Dívida (fls. 315), reconhecendo sua dívida perante o Estado, longe de apresentar intenção voltada para o crime.

Segundo alega em seu interrogatório, fls. 316/318, o apelado pernoitava de duas a três vezes por semana em São José dos Campos, em razão do tempo e da distância expandida no caminho de casa para o trabalho. A orientação normativa nº 4/2011, que traz orientações acerca do pagamento do auxílio transporte (sic) aos servidores, permite que o servidor possua

duas residências, concedendo auxílio apenas em relação a uma delas, a que julga ser a 'moradia habitual'. Com efeito, não se pode deixar de considerar 'moradia habitual' o lugar onde reside a família do recorrente.

As provas carreadas aos autos são insuficientes para embasar um decreto condenatório. Comprovou-se que o apelado mantém residência em Mogi das Cruzes. Ademais, apesar de admitir ter outra residência em São José dos Campos, as provas acostadas pela DPU, como contas de energia elétrica em nome do acusado referentes aos anos de 2009 a 2012 (fls. 364/396), de telefone e bancária (fls. 123/125), informam que o acusado declarava como seu endereço a Rua Emília Fautina (sic) de Mello Ribas, nº 84, Mogi das Cruzes – SP, tendo acostado ainda a Escritura de Compra e Venda do imóvel, lavrado em 13 de fevereiro de 2009 (fls. 120/122).

Da mesma forma que foram apresentadas provas de que o acusado permanecia em São José dos Campos durante vários dias, também há provas no sentido contrário, de que também era visto inúmeras vezes em sua residência em Mogi das Cruzes durante a semana, a noite após o trabalho. Nesse sentido, ressalte-se o depoimento das testemunhas Camilo José Delavie, Berenice da Silva Delavie e Ederson Gonçalves (fls. 349/354).

Conforme demonstrado, as provas juntadas aos autos deixam dúvidas sobre o dolo do apelado, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença ora impugnada.”.

Com essas colocações, pode-se concluir que andou bem a Sentença prolatada pelo Colegiado Julgador de primeiro grau que assim concluiu (fls. 428/429):

“(…) 21. De fato, como é sabido, para a caracterização do estelionato, a fraude há de ser anterior à obtenção da vantagem ilícita. Sem a fraude anterior, não há que se falar em estelionato.

(…)

23. Na verdade, para fins de caracterização de estelionato, é necessário que o acusado, quando da apresentação da declaração de endereço, tenha agido com o dolo, com a intenção de obter vantagem ilícita em detrimento da Administração Pública. O que, data venia, não restou claro nos autos.

24. Teria o acusado declarado residir em Mogi das Cruzes, como forma de aplicar um golpe, e assim obter a vantagem

ilícita, que no caso se materializaria através do recebimento indevido do auxílio-transporte?

25. *As provas dos autos dão margem a dúvidas.*

(...)

32. *Fica a pergunta: o que vem a ser 'moradia habitual' para fins de concessão de auxílio-transporte? Se o acusado pernoitava de duas a três noites em São José dos Campos, é certo afirmar que o restante da semana ele permanecia em Mogi das Cruzes. Ou seja, poder-se-ia então considerar Mogi das Cruzes como sendo a tal 'moradia habitual' mencionada acima?*

33. *Neste ponto, pesa favorável o fato de o acusado ter assinado um 'Termo de Reconhecimento de Dívida' (fls. 315). Tudo leva a crer que se o acusado tivesse agido com dolo quando da declaração de endereço junto à Administração Pública Militar, e provavelmente não teria declinado em seu interrogatório judicial que possuía uma segunda residência e que reconhece a sua dívida para com a máquina pública. Traduzindo-se: se eu não tinha que receber o que recebi, então comprometo-me a devolver.*

34. *Ou em outras palavras, temos que é melhor deixar a situação para a esfera cível, que, aliás, ao nosso ver, está muito bem encaminhada diante do reconhecimento de dívida aceito e devidamente assinado pelo próprio acusado, do que condená-lo por estelionato tendo-se como base um conteúdo probatório frágil e inseguro.*

35. *Aplicação pura e simples do conhecidíssimo princípio do in dubio pro reo (...)*".

Corroborando as conclusões acima delineadas, cito o seguinte precedente desta Corte Castrense:

Apelação nº 51-28.2009.7.02.0202/SP (DJe: 13/1/2012)

Relator: Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres

"EMENTA

APELAÇÃO. ESTELIONATO.

1S Aer acusado pela prática de estelionato por ter supostamente declarado domicílio em local que não residia para fim de perceber auxílio-transporte.

A absolvição é a medida que se impõe, haja vista que o Ministério Público Militar não logrou êxito em comprovar, inde-

ne de dúvidas, que o acusado não residia no local indicado à FAB como domicílio, nem o dolo antecedente de fraudar e manter a administração militar em erro.

Recurso conhecido e desprovido.

Unânime.” (Grifo nosso).

Remanescendo dúvidas quanto ao dolo na conduta do Acusado, não merece reparo a Sentença absolutória imposta pelo Conselho Julgador de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, para manter na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 4 de fevereiro de 2014 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 190-14.2012.7.11.0011-DF

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante – Renato Antônio Garcia Andrade, 1º Sgt Ex, condenado à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, c/c o artigo 70, inciso II, alíneas “g” e “h”, e com o artigo 240, § 2º, tudo do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada – A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 22/7/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

*Apelação. Delito de Estelionato. Manutenção da condenação. Redução da pena. Delito de Estelionato delineado e provado à saciedade. Em que pese ser representativa da figura do arrependimento posterior, a iniciativa do **Acusado** de ressarcir o prejuízo causado à **Vítima** não tem o condão de tornar atípica a sua conduta, na esteira de uma almejada desclassificação para infração disciplinar. Assim é porque, ainda que constituam benefícios-direitos, as atenuações previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 240 do Código Penal Militar não resultam necessariamente em atipicidade do agir dos **Acusados** em geral, na medida em que suas aplicações ficam sempre condicionadas à mensuração de vetores de ordens objetiva e subjetiva. Hipótese em que o **Acusado** somente ressarciu o **Ofendido** após surpassados mais de três meses do relevante prejuízo que lhe causou e, ainda mais, somente quando se fez iminente o desvelamento do enlço pela Administração Militar, diante do que andou bem o **Conselho** em, dentro do espectro de atenuação prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 240 do Código Penal Militar, optar pela redução da pena de 2/3 (dois terços) e não, conforme buscado pela **Defesa**, pela sua dimensão máxima de “**considerar a infração como disciplinar**”. Provimento parcial ao **Apelo** da **Defesa** tão só para corrigir o cálculo da dosimetria da pena. **Decisão** unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento parcial ao Apelo da Defesa para, mantendo a condenação do 1º Sgt Ex Renato Antônio

Garcia Andrade, como incurso no art. 251, c/c o art. 70, inciso II, alíneas “g” e “h”, e §§ 1º e 2º do art. 240, todos do CPM, reduzir a pena que lhe foi imposta para 10 meses e 20 dias de reclusão.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Gões. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 5ª Sessão - Extraordinária, 12/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação** interposta pelo 1º Sgt Ex RENATO ANTÔNIO GARCIA ANDRADE, inconformado com a **Sentença** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 22/7/2013, que o condenou à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, c/c o artigo 70, inciso II, alíneas “g” e “h”, e no artigo 240, § 2º, tudo do CPM, 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. 2/5, *in verbis*:

*“Em 8 de novembro de 2011, foi publicada no Diário Oficial da União a concessão do direito de receber remuneração com base no grau hierárquico de segundo-tenente, a contar de 31 de março de 2011, ao Sargento Reformado **Wagner Mesquita** (fls. 12), pelo fato de ter sido considerado **inválido**.*

Conforme consta do contracheque daquele militar reformado (fls. 19), ele recebeu corretamente, além da remuneração devida no mês de dezembro de 2011, os valores retroativos referentes ao benefício em questão.

*Entretanto, no dia 4 de janeiro de 2012, na Seção de Inativos e Pensionistas (SIP) da 11ª Região Militar, o Sargento **Renato Antonio Garcia Andrade**, que na ocasião exercia a função de auxiliar deste setor, orientou o Sargento Reformado **Wagner Mesquita** a restituir aos cofres públicos a quantia de R\$ 7.871,04 (sete mil oitocentos e setenta e um reais e quatro centavos).*

Para justificar tal solicitação, o Sargento **Andrade** alegou que, em razão de um erro de cálculo, o ora Ofendido havia recebido um valor superior ao que deveria receber, devendo restituir a diferença calculada a maior.

Para comprovar tal informação, o Sargento **Andrade** apresentou para a vítima duas planilhas falsas de cálculos de proventos (fls. 14/15). Uma informando quanto ele deveria receber e a outra informando a necessidade da restituição.

No mesmo dia (4 de janeiro de 2012), o Sargento Reformado **Wagner Mesquita** efetuou, conforme orientação do Denunciado, o depósito de R\$ 7.871,04 (sete mil oitocentos e setenta e um reais e quatro centavos) na conta bancária do próprio Sargento **Andrade** (comprovante de depósito acostado aos autos à fl. 14).

Em 29 de março de 2012, o Ofendido solicitou ao Sargento **Andrade** o comprovante de recolhimento da importância aos cofres da União, não tendo sido atendido.

Posteriormente, no dia 2 de abril de 2012, reiterou tal solicitação, recebendo nova negativa.

Assim, no dia 3 de abril de 2012, preocupado com a possibilidade de ser cobrado pela União e não ter como comprovar o referido pagamento, a não ser pelo depósito feito em nome do Sargento **Andrade**, o Ofendido, por meio de requerimento, solicitou ao Chefe do Estado-Maior da 11ª Região Militar que tal fato fosse esclarecido (fls. 09).

O Denunciado é confesso. Em seu depoimento (fls. 63/67) demonstrou-se arrependido. Esclareceu todos os detalhes do delito e informou que já restituiu o prejuízo causado ao Sargento Reformado **Wagner Mesquita**.

O extrato bancário (fls. 18) bem como as declarações do Sargento Reformado **Wagner Mesquita** (fls. 52/54) comprovam que o referido ressarcimento do prejuízo por este suportado foi efetuado no dia 12 de abril de 2012.

Submetidos à perícia, ficou constatado que os documentos utilizados para manter a vítima em erro não eram autênticos, conforme **Lauda Contábil** de fls. 84/90.

A conduta descrita demonstra a vontade livre e consciente do Denunciado em obter ilícita vantagem patrimonial, em prejuízo do Sargento Reformado **Wagner Mesquita**, que foi mantido em erro face à orientação dada pelo Sargento **Andrade**

para que depositasse o valor concernente à suposta diferença que havia recebido a maior na sua conta bancária particular.

Caracterizado, dessa forma, o crime de **Estelionato**, previsto no artigo 251, caput, do Código Penal Militar.”.

A **Exordial** encontra-se lastreada no **Inquérito Policial Militar** de fls. 6/170 (**Solução** à fl. 172).

A **Acusatória** foi recebida à fl. 179.

As **Alterações Militares** do **Réu** aportaram às fls. 188/231.

O **Acusado** foi citado à fl. 236.

O Sgt RENATO ANTÔNIO GARCIA ANDRADE foi qualificado e interrogado às fls. 242/243.

O **Ofendido**, 2º Ten WAGNER MESQUITA, foi ouvido às fls. 274/275.

As **Testemunhas** da **Defesa** foram inquiridas: civis EDILENE MARIA ALVES ANDRADE, esposa do **Acusado**, às fls. 296/297; e MARIANA APARECIDA ALVES ANDRADE, sua filha, às fls. 298/299.

No prazo do art. 427 do CPPM, o *Parquet* militar nada postulou (fl. 305). No mesmo prazo, a **Defesa** requereu e teve deferida a juntada de documentos (fls. 309 e 310/311).

O **MPM** e a **Defesa** apresentaram as suas **Alegações Escritas**, respectivamente, às fls. 335/339 e 342/349.

O **Julgamento** foi realizado nos termos da **Ata** de fls. 358/360, com a prolação do *Decisum* condenatório por unanimidade de votos.

A **Sentença** encontra-se às fls. 362/368, tendo sido lida, assinada e publicada na **Audiência** retratada na **Ata** de fls. 369/371.

O **Apelo** da **Defensoria Pública da União** está à fl. 373.

Em suas **Razões** de fls. 378/388, a **Defesa**, de início, ofereceu o que denominou “**breve síntese do processo**”, salientando, inclusive, a divergência de posicionamento entre os representantes do *Parquet*. A seguir, discorreu sobre o **Princípio da Intervenção Mínima** e sobre o cabimento da sua aplicação na espécie. Na esteira disso, sustentou que a conduta do **Acusado** é atípica, eis que se encontram preenchidos os requisitos mencionados nos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM. Argumenta, ainda nessa linha, que “**a desclassificação do crime de Estelionato para**

infração disciplinar é um direito que assiste ao Apelante e que, por tal razão, não lhe poderia ter sido negado pelo Juízo". Por outro lado, observou que houve equívoco no cômputo da pena imposta ao **Acusado**, nos termos da equação temporal que a seguir definiu. Pediu, ao fim, que o **Apelante** seja absolvido, considerando-se a sua conduta como infração disciplinar; subsidiariamente, requereu, caso mantida a condenação do **Acusado**, que seja a pena reduzida como corolário da correção de erro na sua dosimetria.

Em suas **Contrarrazões** de fls. 391/395, o **MPM**, de logo, salientou ser **"irrelevante o fato de que o membro ministerial que atuou na Sessão de Julgamento ter divergido das alegações escritas feitas por outro órgão ministerial"**, eis que, a seu aviso, **"isso está perfeitamente enquadrado e permitido pela independência funcional"**. Ponderou, adiante, que a aplicação do **Princípio da Intervenção Mínima** não tem cabimento na hipótese, já que o proceder do **Acusado** foi grave e flagrantemente atentatório ao bem jurídico tutelado no crime de **Estelionato**. Argumentou, à luz desse mesmo fundamento, que não é atípica a conduta do **Acusado**. Noutro giro, sustentou que a pena aplicada levou em consideração o quanto disposto no artigo 253, c/c o artigo 240, § 2º, do CPM, estando, ademais, em conformidade com a prova dos autos. Asseverou que, *in casu*, não se encontra operada a prescrição da pretensão punitiva, conforme a equação temporal que trouxe a lume. Pediu, ao fim, pelo não provimento do **Apelo** da **Defesa**, com a conseqüente manutenção do *Decisum* recorrido.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em **Parecer** de fls. 406/409, da lavra do Vice-Procurador Geral Dr. Roberto Coutinho, opinou pelo provimento parcial do **Apelo**, de modo que, mantida a condenação do 1º Sgt RENATO ANTÔNIO GARCIA ANDRADE, seja a reprimenda que lhe foi imposta reduzida para 10 meses e 20 dias de reclusão.

É o Relatório.

VOTO

O **Acusado** não só na **Inquisição** às fls. 68/72, como também em **Juízo** às fls. 242/243, confessou a prática criminosa, esclarecendo, com riqueza de detalhes, a maneira e os meios que empregou para lesar o 2º Ten Ref WAGNER MESQUITA.

O **Ofendido**, no **IPM** às fls. 57/59 e na **Instrução Criminal** em **Juízo** às fls. 274/275, confirmou, também com minúcias, o *modus ope-*

randi do **Acusado**, que culminou por levá-lo a entregar-lhe a importância de R\$ 7.871,04 (**sete mil, oitocentos e setenta e um reais e quatro centavos**) pela via de um depósito bancário em conta-corrente efetivado em 4/1/2012.

O **Lauda Contábil** de fls. 89/92 (**com anexos de fls. 93/95**) é preciso quanto à natureza mendaz das planilhas de fls. 19/21, as quais, confessadamente, foram elaboradas pelo **Acusado**, com o mote de induzir o **Ofendido** a acreditar que havia recebido indevidamente a referida importância da Administração Militar e que, por isso, deveria restituí-la. O comprovante de depósito bancário reproduzido às fls. 19 e 94 do anexo da **Perícia Contábil** é inquestionavelmente denotativo de ter o **Ofendido**, no dia 4/1/2012, efetuado o depósito da multicitada importância em favor do **Acusado**.

Nesses termos, pois, não remanesce dúvida de que o **Acusado**, com o seu proceder, desenhou a figura do **Estelionato** conforme recortado no artigo 251 do CPM.

Por outro lado, ao revés do que sustenta a **Defesa**, não há que se falar, na hipótese, em atipicidade da conduta do **Acusado**, seja a que título for.

Não se negue que está provado, à saciedade, que, em época precedente e relativamente próxima à prática do delito, o pai do **Acusado** passou por séria enfermidade, a qual desaguou no seu óbito em 21/5/2011 (fls. 315/331). Porém, conforme bem decidiu o Colegiado a quo, não se presta essa circunstância para exculpar o **Acusado**, nem para afastar a ilicitude de seu proceder, valendo, para amparar esse diagnóstico, o que bem assentou a **Sentença** no fragmento a seguir transcrito, *ipsis litteris*:

“As Informantes EDILENE MARIA ALVES ANDRADE e MARIANA APARECIDA ALVES ANDRADE, ouvidas em Juízo (fls. 296/299), confirmaram as alegações do Réu, no sentido de que a doença do pai do Acusado abalou as finanças da família.

Entretanto, a tese defensiva é infirmada pelo cotejamento dos documentos de fls. 309/331 e pelas declarações das informantes, senão vejamos: o genitor do Acusado era amparado pelo FUSEx, por outro giro, os descontos correspondentes às despesas de saúde que o militar possuía em sua folha de pagamento era no montante de R\$ 226,80 (duzentos e vinte e seis reais e oitenta centavos), o que demonstra que as despesas médicas

eram modestas e não oneravam demasiadamente a renda familiar, que era composta pelo soldo de um primeiro sargento mais as remunerações recebidas pela esposa e filha do réu (fls. 296/299), sem mencionar o fato de este residir em Próprio Nacional Residencial (PNR).

Ainda, analisando-se os demais documentos juntados pelo próprio acusado, verifica-se que ele possuía três empréstimos consignados (fls. 312) no ano de 2011 e dois no ano de 2012 (fls. 313), o que aponta para um aparente descontrole financeiro por parte do militar. Todavia, há de se ressaltar que as referidas consignações estavam dentro da margem consignável e, portanto, conferiam ao denunciado renda mensal para manter a si e a sua família.

Nessa toada, não se verificam, pois, causas que excluam a antijuridicidade da conduta, pois o acusado não agiu nos estreitos limites das circunstâncias elencadas no Artigo 42 do CPM.

Configura-se, diante disso, situação em que o agente efetivamente empreendeu uma ação criminosa, ofendendo os bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora, sem que se possa acolher a pretensa justificativa da ocorrência de estado de necessidade justificante – que, reitera-se, não foi minimamente demonstrado.

Quanto à possível ocorrência de estado de necessidade como excludente da culpabilidade, previsto no Artigo 39 do CPM, firmamos, também, convencimento no sentido de sua não-verificação.

As circunstâncias alegadas pelo réu, para ‘exculpar’ a sua conduta, referem-se aos ‘problemas financeiros’ vivenciados por sua família à época dos fatos, que, todavia, nos parece comum a todas as famílias brasileiras na atualidade. Com efeito, verifica-se que as justificativas apresentadas pelo réu, além de não demonstrarem situação excepcional que tenha lhe imposto alguma condição correspondente ao estado de necessidade à época dos fatos, de forma que se justificasse o sacrifício do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Militar, as mesmas não foram corroboradas pelas provas produzidas na instrução criminal.

Frise-se que o réu é imputável, tinha potencial conhecimento da ilicitude, e dele era exigível comportamento diverso, principalmente por ser um militar com mais de vinte e cinco anos de serviço.”.

É certo que o **Acusado** restituiu ao **Ofendido** a importância de R\$ 7.871,04 (**sete mil, oitocentos e setenta e um reais e quatro centavos**); e nesse sentido apontam, cabalmente, o **Extrato da Conta-Corrente** do **Ofendido** de fl. 23 e as suas próprias declarações já antes referidas, nas quais reconheceu que foi ressarcido do prejuízo, pela via de um depósito, nesse valor, que foi feito pelo **Acusado** em sua conta-corrente no dia 12/4/2012.

Contudo, em que pese ser representativa da figura do arrependimento posterior, a iniciativa do **Acusado** também não tem o condão de tornar atípica a sua conduta na esteira da almejada desclassificação para infração disciplinar.

Ora, **ainda que se deva reconhecer como procedente a assertiva da Defesa de que são benefícios-direitos**, as atenuações previstas nos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM não resultam necessariamente em atipicidade do agir dos **Acusados** em geral, na medida em que as suas aplicações ficam sempre condicionadas à mensuração de vetores de ordens objetiva e subjetiva.

In casu, não passa *in albis* que o **Acusado** somente ressarciu o **Ofendido** após surpassados mais de três meses do relevante prejuízo que lhe causou e, ainda mais, somente quando se fez iminente o desvelamento do enlço pela Administração Militar.

Diante disso, andou bem o Conselho, dentro do espectro da atenuação previsto nos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM, em optar pela redução da reprimenda de 2/3 (dois terços) e não, conforme buscado pela **Defesa**, pela dimensão máxima de "**considerar a infração como disciplinar**".

Razão, porém, assiste à **Defesa** no que se refere à concreção desse benefício na dosimetria da pena, pois, embora definida em 2/3, a redução operada com esopeque na aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 240 do CPM deu-se num quantitativo de tempo aquém do que seria correto.

Com efeito, **tendo em conta que a pena intermediária foi fixada em 2 anos e 8 meses com a consideração das comprovadas e inafastáveis agravantes previstas no art. 70, inciso II, alíneas "g" e "h", do CPM**, a pena definitiva deveria ter sido fixada em 10 meses e 20 dias de reclusão.

Por fim, quanto ao *sursis* e ao regime prisional, nada há a retocar na **Sentença**, uma vez que foram fixados na forma mais benéfica possível para o **Apelante**.

É o quanto basta.

Posto isso, dou provimento parcial ao **Apelo** da **Defesa** para, **mantendo a condenação do 1º Sgt RENATO ANTÔNIO GARCIA ANDRADE como incurso no art. 251, c/c 70, inciso II, alíneas “g” e “h”, e §§ 1º e 2º do art. 240, todos do CPM**, reduzir a pena que lhe foi imposta para 10 meses e 20 dias de reclusão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em dar provimento parcial ao **Apelo** da **Defesa** para, mantendo a condenação do 1º Sgt Ex Renato Antônio Garcia Andrade, como incurso no art. 251, c/c o art. 70, inciso II, alíneas “g” e “h”, e §§ 1º e 2º do art. 240, todos do CPM, reduzir a pena que lhe foi imposta para 10 meses e 20 dias de reclusão.

Brasília, 12 de fevereiro de 2014 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.



Correição Parcial

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 31-70.2014.7.12.0012-AM

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

Requerente – O Ministério Público Militar.

Requerida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 7/2/2014, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 86-89.2012.7.12.0012, referente aos Sds Ex Antônio José da Silva Ferraz, Carlos Andre Bezerra, Flauzenilson Teixeira do Nascimento e Jernilson Rodrigues de Sousa, que indeferiu o pleito ministerial de degravação da audiência de qualificação e interrogatório realizada por meio de Carta Precatória.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

CORREIÇÃO PARCIAL. INTERROGATÓRIO DE ACUSADO. CARTA PRECATÓRIA. REALIZAÇÃO NO JUÍZO COMUM. SISTEMA AUDIOVISUAL. PEDIDO MINISTERIAL DE REDUÇÃO A TERMO DAS DECLARAÇÕES. ALEGADA ESPECIALIDADE DO CPPM. IMPROCEDÊNCIA. PREVALÊNCIA DA REGRA CONTIDA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL COMUM. PROVIMENTO Nº 1, DE 25/6/2013, DA AUDITORIA DE CORREIÇÃO. PLEITO INDEFERIDO. Dada a peculiaridade da 12ª CJM, englobando a maior parte da Região Amazônica, especificamente os Estados do Amazonas, Acre,

Rondônia e Roraima, com diversas Organizações Militares espalhadas numa área de aproximadamente 2.196.743 Km², e apenas uma Auditoria localizada na Cidade de Manaus, não há como afastar a facilidade proporcionada pelo emprego da moderna tecnologia disponibilizada no sistema audiovisual, além de ser inviável a transcrição dos depoimentos de acusados e testemunhas produzidos por cartas precatórias no mencionado Juízo. Inexiste lesão aos direitos e prerrogativas do Ministério Público Militar na decisão que indefere pedido de degravação de depoimento prestado pelo acusado por meio de carta precatória. Conforme entendimento do CNJ, a imposição pelo Tribunal de Apelação ao juiz a quo para proceder à transcrição dos depoimentos realizados por meio audiovisual viola o princípio da independência funcional do magistrado. Indeferido o pedido do Ministério Público Militar. Decisão unânime.

DECISÃO

Na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro José Barroso Filho, após o voto do Ministro William de Oliveira Barros (Relator), que, preliminarmente, declarava a nulidade da Decisão hostilizada, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 86-89.2012.7.12.0012, pelo Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, em face do manifesto *error in procedendo*, consubstanciado na violação do art. 500, inciso I, primeira parte, do CPPM, e determinando a baixa dos autos à origem, para que o Conselho Permanente de Justiça decidisse como entendesse de direito. Os Ministros José Coêlho Ferreira, José Américo dos Santos, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes aguardam o retorno de vista. O Ministro Cleonilson Nicácio Silva não participou do julgamento. Presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Alvaro Luiz Pinto. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 32ª Sessão, 30/4/2014).

Prosseguindo no julgamento interrompido na 32ª Sessão, em 30/4/2014, após a manifestação do Ministro William de Oliveira Barros (Relator), que renunciou ao voto de arguição de preliminar de nulidade, e após a desistência do pedido de vista do Ministro José Barroso Filho, o Tribunal, **por unanimidade**, conheceu da Correição Parcial e indeferiu o Requerimento do Ministério Público Militar, para manter irretocável a Decisão hostilizada.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em gozo de férias. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 44ª Sessão, 5/6/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR contra a Decisão proferida pelo MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 7/2/2014, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 86-89.2012.7.12.0012, referente aos Sds Ex ANTÔNIO JOSÉ DA SILVA FERRAZ, CARLOS ANDRE BEZERRA, FLAUZENILSON TEIXEIRA DO NASCIMENTO e JERNILSON RODRIGUES DE SOUSA, que indeferiu o pleito ministerial de degravação da audiência de qualificação e interrogatório realizada por meio de Carta Precatória.

Nos autos da Ação Penal nº 86-89.2012.7.12.0012/AM, após o recebimento de carta precatória para qualificação e interrogatório do corréu JERNILSON RODRIGUES DE SOUZA, cumprida pela Justiça Estadual acreana, cujo ato foi realizado por gravação audiovisual, na forma do artigo 405, § 2º, do CPP, o MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM determinou a abertura de vista às partes, entendendo ser desnecessária a transcrição do depoimento.

Em Decisão proferida no dia 7 de fevereiro de 2014, o Juiz-Auditor indeferiu o pleito ministerial de degravação do depoimento do acusado, registrado pelo sistema audiovisual, sustentando pertencer aos operadores da Justiça Militar a incumbência de integrar a norma proces-

sual penal castrense, nos termos do artigo 3º, alínea “e”, do CPPM. Dessa forma, ressaltou que a redação do § 2º do artigo 405 do CPP permite o encaminhamento às partes de cópia do registro original, sem a necessidade de transcrição. Frisou que o pedido ministerial esbarra em limitações materiais e de pessoal habilitado no quadro de servidores da Auditoria, o que poderia ensejar eventuais alegações de nulidades. Afirmou não haver óbice ao MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR providenciar a degravação dos depoimentos, como fez o Defensor Público Federal. Por fim, invocou o artigo 2º da Resolução nº 105/CNJ, de 6 de abril de 2010, o qual permite ao magistrado determinar aos servidores que lhe sejam afetos a degravação dos documentos produzidos por meio audiovisual. Contestou os argumentos do Órgão acusatório, afirmando não ter criado um sistema processual híbrido, mas apenas adequado à norma processual penal castrense nos limites por ela permitidos.

Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR requereu a presente Correição Parcial. Em suas razões, argumentou que o prosseguimento da ação sem a devida degravação dos depoimentos viola os preceitos contidos nos artigos 422 e 432 do CPPM, os quais determinam a redução a termo dos atos processuais. Salientou que a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, não obstante a inovação introduzida no Código de Processo Penal ordinário, adaptando-o às mudanças decorrentes da moderna tecnologia, não se aplica ao Código de Processo Penal Militar, o qual possui regramento próprio para o ato de interrogatório do acusado, dispensando a sua supressão pela norma processual ordinária. Sustentou que na jurisdição comum o procedimento se orienta pela concentração dos atos numa só audiência e pelo princípio da oralidade, como preveem os artigos 400, § 1º, e 403, do CPP, diferentemente do CPPM, o qual não impõe a audiência una e observa, via de regra, a possibilidade de apresentação de alegações escritas ao final da instrução criminal. Salientou que a adoção do procedimento adotado na Justiça Comum, mantendo-se o rito ordinário do CPPM, possibilita a criação de um conjunto híbrido e desarmônico, alheio à realidade do escabinato. Requereu, ao final, o chamamento do feito à ordem para determinar a transcrição do interrogatório do acusado.

Em contrarrazões, a Defensoria Pública da União pugnou pelo não conhecimento da correição, em face da ausência de controvérsia entre as partes, e, no mérito, pelo indeferimento do pleito ministerial.

Na forma do artigo 520 do CPPM, aplicado por força do artigo 154 do RISTM, o Juiz-Auditor, em 17 de março de 2014, manteve a Decisão impugnada.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, opinou pelo deferimento da Correição Parcial, frisando que o depoimento colhido por meio audiovisual em carta precatória e por cooperação jurisdicional com a Justiça Militar da União deve ser recepcionado no processo penal castrense, procedendo-se à sua transcrição independentemente do requerimento das partes, tendo em vista as peculiaridades do julgamento colegiado perante os Conselhos de Justiça.

A Defensoria Pública da União foi regularmente intimada da colocação do presente feito em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

O pedido é tempestivo e oferecido por parte legítima e interessada, merecendo, pois, ser conhecido.

Os argumentos trazidos pelo Ministério Público Militar não são hábeis a demonstrar o alegado cerceamento de suas atribuições como titular da ação penal. Trata-se de matéria relacionada à forma de produção de prova.

É notório que a inovação dos meios de comunicação e de informática influenciaram sobremaneira os atos processuais, sendo comum aos dirigentes dos órgãos judicantes adaptarem as funções cartorárias a essa realidade por meio de atos normativos, o que se justifica, ainda, com a crescente demanda das atividades no Poder Judiciário.

Não é por outra razão que a legislação brasileira vem contribuindo de forma a dar legitimidade a esses atos, conforme se verifica na redação dos §§ 1º e 2º do artigo 405 do CPP, alterada pela Lei nº 11.719/2008, permitindo que os depoimentos dos acusados e testemunhas sejam colhidos por meio audiovisual, cujas cópias poderão ser remetidas às partes sem a necessidade de transcrição. Tal alteração foi regulada pela Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, do CNJ, disciplinando os procedimentos relativos aos depoimentos por meio de sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.

A redação do parágrafo único do artigo 2º da referida Resolução faculta ao magistrado, quando lhe for conveniente, determinar aos servidores a procederem à degravação desses depoimentos.

É imperioso notar que a redação do artigo 296 do CPPM, a qual impõe o ônus da prova a quem se interessar pela demonstração dos fatos alegados, encontra-se em sintonia com o mencionado ato normativo do CNJ, de forma a possibilitar ao magistrado, caso queira, determinar as diligências que entender necessárias, ou impor às partes que apresentem as provas hábeis a demonstrar suas alegações. Por essa razão, o interesse ministerial em transcrever as declarações do acusado, colhidas por meio audiovisual, pode se realizar por iniciativa própria, tendo em vista a mídia encontrar-se anexada aos autos.

Vale lembrar que a imposição pelo Tribunal de Apelação ao juiz *a quo* para proceder à transcrição dos depoimentos realizados por meio audiovisual viola o princípio da independência funcional do magistrado. Nesse sentido, trago à colação a Decisão do CNJ proferida no Pedido de Providências nº 1602-36.2012.2.00.0000, em 19 de junho de 2012, *in verbis*:

“(...) Caracteriza ofensa à independência funcional do juiz de primeiro grau a determinação, por magistrado de segundo grau, da transcrição de depoimentos tomados pelo sistema audiovisual, seja em processos em grau de recurso, seja em processos de competência originária do Tribunal.

2. A transcrição da gravação de audiência configura faculdade, e não dever do magistrado. Se o desembargador deferir o pedido de transcrição requerido pelo MP, deve disponibilizar sua própria equipe técnica para o desempenho da tarefa, e não obrigar o magistrado de 1º grau a fazê-lo.”.

Pelos argumentos expostos, é forçoso concluir pela inexistência de lesão aos direitos e prerrogativas do Ministério Público Militar na decisão que indeferiu o pedido de degrevação do depoimento prestado pelo acusado por meio de carta precatória. Ressalta-se a normalidade da prática desses atos no âmbito da 12ª CJM, sobretudo em razão da extensão territorial da região amazônica, havendo de se esperar uma drástica mudança na rotina daquele juízo, caso seja imposta a obrigação de se transcrever os depoimentos colhidos digitalmente por carta precatória.

Dada a peculiaridade da 12ª CJM, englobando a maior parte da Região Amazônica, especificamente os Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima, com diversas Organizações Militares espalhadas numa área de aproximadamente 2.196.743 Km², e apenas uma Auditoria localizada na cidade de Manaus, não há como afastar a facilidade proporcio-

nada pelo emprego da moderna tecnologia disponibilizada no sistema audiovisual, além de ser inviável a transcrição dos depoimentos de acusados e testemunhas produzidos por cartas precatórias no mencionado Juízo.

Não foi por menos que a então Juíza-Auditora Corregedora, Dra. ELI RIBEIRO DE BRITTO, atenta a essa realidade, expediu o Provimento nº 1, de 25 de junho de 2013, prevendo em seu artigo 29 que *“As Auditorias da Justiça Militar da União, sempre que receberem Cartas Precatórias Inquiritórias com depoimentos gravados em CD-R ou DVD-R, deverão fornecer cópias das mídias às partes”*.

Por fim, não é demais lembrar que esta Corte, em 3 de abril de 2014, aprovou a Resolução nº 202, dispondo sobre as audiências por videoconferência. Embora ainda não estejam efetivamente implantados os meios necessários para a produção desses atos, é importante que se reflita sobre a necessidade de se adequar o procedimento constante no CPPM com a nova realidade trazida pela Lei nº 11.719/2008, a qual alterou a redação dos §§ 1º e 2º do artigo 405 do CPP, conforme restou consignado, inclusive, no último Encontro dos Magistrados da Justiça Militar, realizado em maio de 2014.

Diante do exposto, conheço da Correição Parcial, mas indefiro o Requerimento do Ministério Público Militar, para manter irretocável a Decisão hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer da Correição Parcial e indeferir o Requerimento do Ministério Público Militar, para manter irretocável a Decisão hostilizada.

Brasília, 5 de junho de 2014 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.



Desaforamento

DESAFORAMENTO Nº 14-06.2010.7.11.0011-DF

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Requerente – O Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM, com fundamento no art. 109, alínea “c”, § 1º, alínea “d”, tudo do CPPM, encaminha o pedido de Desaforamento da Ação Penal nº 14-06.2010.7.11.0011, na qual figuram como réus os Cels RRm Ex Vitor Augusto de Felippes e Francisco Nilton de Souza Júnior, o Ten Cel Refm Ex Omar Santos, o Maj Ex José Luiz Viana Bom Jardim da Silva, os Caps Ex Anderson Ferreira da Costa, Carlos Alberto Teixeira Ramos, Erick Correa Balduino de Lima, Fábio José Capecchi, Henrique dos Santos Botelho, Ilídio José Quintas Fernandes e James Magalhães Sato, os 1ºs Tens Ex Leonardo Leite Nascimento, Marco Aurélio Gonçalves de Oliveira e William Aguiar Pereira, os STs Ex Adroaldo Foletto e José Carlos de Oliveira do Amaral, os 1ºs Sgts Ex Francivaldo da Costa Gomes, Hasenclever Jose Botelho e Peterson Fileto Marinho, os 2ºs Sgts Ex Alexandre da Silva Souza, Fábio de Souza Costa e José Adriano Tófoli, o 3º Sgt Ex Maximillian Nascimento da Costa, os ex-3ºs Sgts Ex Bruno Pereira de Almeida, Ginaldo Silva Pires, Hugo Leonardo Miranda Balbino, Joelson Freitas de Jesus, Marthoni Wandre dos Santos Souza e Miquéias Ferreira Lima, o Cb Ex Giovanni

da Silva Souza e os civis Adalto Carneiro Portela Filho, Adelson Fernandes de Souza, Aluizio da Silva Souza, Cristiano da Silva Cordeiro, Derik Costa Limeira, Everaldo de Oliveira da Rocha, João Leitão Limeira, Joaquim Stellio Lobato Noqueira e Rubem Araújo de Freitas.

Advogados – Defensoria Pública da União e Drs. Antônio Azevedo de Lira, Rômulo Geraldo Figueiredo Barreto Júnior, Erik Diniz Figueira, Eunice Valente Lima Ribeiro, Edjane Santos Araújo Almeida, Ademário do Rosário Azevedo, Carlos Alberto Gomes, Jacques Machado Portela, Dagmo Varela da Cunha, Carlos Henrique Costa de Souza, Gisele Correia dos Santos Batista, Josemar Berçot Rodrigues, Valéria da Silva Ramos, Júlio Antônio de Jorge Lopes, Carlos Alberto Costa Machado, Júlio César de Vasconcellos Assad, Eduardo Antônio Miguel Elias, José Renato Costa Hilsdorf, Daniel Bruno de Melo e Sousa, Jorge Alberto Mendes Junior, Danilo David Ribeiro, Nelson Castro de Sá Teles e José Almir Pereira da Silva.

EMENTA

REAFORAMENTO. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO NA ATUAL CJM. CELERIDADE PROCESSUAL. DIFICULDADE PARA A FORMAÇÃO E MANUTENÇÃO DE UM CEJ NA CJM DE DESTINO. 1. Trata-se de pedido de nulidade de desaforamento que se amolda a um possível reaforamento, uma vez que versa sobre o desaparecimento do impedimento que acarretou o desaforamento anterior que se pretende anular. Ausência de nulidade no deslocamento anterior que acarretou a perpetuação da jurisdição. 2. A despeito de não haver previsão legal para o reaforamento, a doutrina e a jurisprudência o têm aceitado, em casos excepcionais, desde que cessado o impedimento que motivou o desaforamento inicial pela CJM de destino, associado com a indicação de eventual óbice para o regular processamento e julgamento do feito na atual CJM, requisito este não identificado pelo requerente. 3. In casu, a transferência do processo acarretaria maior atraso na instrução e julgamento, seja porque na atual CJM existem 2 auditorias, com seus quadros de magistrados completos, seja pelo fato de que na CJM de destino possui apenas 1 auditoria, agravada pela vacância de um Juiz-

Auditor. A isso se acrescenta que a maioria dos magistrados da atual CJM conhece dos fatos em apreciação, enquanto na CJM de destino implicaria novo estudo por Juiz-Auditor que não funcionou diretamente no feito. 4. Ademais, a enorme dimensão da região amazônica e suas peculiaridades, aliada ao pouco número de oficiais de alta patente, apontam para uma dificuldade na formação e manutenção do CEJ. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, indeferiu o pedido de Reaforamento da Ação Penal Militar nº 14-06.2010.7.11.0011/DF, em que figuraram como Acusados o Cel RRm Ex Francisco Nilton de Souza Júnior e outros trinta e oito acusados, mantendo-se a 2ª Auditoria da 11ª CJM como Juízo competente para apreciar e julgar o feito. O Ministro LUIS CARLOS GOMES MATTOS fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcos Martins Torres e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 25/3/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de “nulidade de desaforamento”, promovido pela Defesa do Acusado 1º Ten Ex Leonardo Leite Nascimento, nos autos do Processo nº 46-85.2013.7.11.0211/DF – incorporado, por decisão judicial, a este processo –, contando com aprovação do *Parquet* Militar (fls. 4.746/4.748 - Apenso 22) e do Conselho Especial de Justiça do Exército (CEJEx) da 2ª Auditoria da 11ª CJM (fls. 4.986/4.989 - Vol. 22), que o encaminha para apreciação desta Corte, nos termos do art. 109, alínea “c” e § 1º, alínea “d”, do CPPM (*desaforamento*).

Em síntese, o Requerente alega que o impedimento que obrigou o desaforamento do Processo nº 15-97.2006.7.12.0012 – renumerado posteriormente para 46-85.2013.7.11.0211 – da 12ª CJM para a 11ª CJM, qual seja, a dificuldade na formação e manutenção do CEJ, não

mais subsiste em face da transferência para a reserva do Cel Ex Francisco NILTON de Souza Júnior, um dos acusados. Embora o pedido seja pela nulidade daquele desaforamento, o que se pretende, na prática, é o retorno à CJM de origem, conforme se extrai das argumentações do Requerente, o que levou o Colegiado a *quo* e a PGJM a concluírem por um reaforamento, dada a inexistência de qualquer vício no desaforamento anterior supracitado.

Todavia, em face da falta de previsão legal para um reaforamento, foi o pleito encaminhado sob o *nomen iuris* de desaforamento.

Esclarecida essa questão, de fato, não se trata de desaforamento, ou de sua anulação, mas, sim, de um reaforamento, pois estes autos, contendo 22 (vinte e dois) volumes e 75 (setenta e cinco) apensos, são resultantes da junção de 4 (quatro) processos que tramitaram na 11ª CJM, todos desaforados pela 12ª CJM, em face de dificuldades na formação do Colegiado de Justiça, devido à antiguidade do Coronel anteriormente mencionado.

Por conta dessa e de outras peculiaridades, entendo pertinente tecer um breve resumo dos fatos desde a sua origem, ainda na 12ª CJM.

Em meados de 2006, a Polícia Federal (PF) desencadeou a chamada *Operação Saúva*, que se destinou a apurar fraudes em licitações e contratos públicos, envolvendo empresários de Manaus/AM e servidores públicos, no âmbito federal, estadual e municipal, o que acarretou, após o encerramento da investigação, dentre outras providências, a prisão de diversos militares da Força Terrestre.

A partir dessas prisões, verificaram-se ramificações desse “esquema” dentro da Administração Castrense, particularmente em Depósitos e Batalhões de Suprimento do Exército Brasileiro. Diante disso, o então Comandante Militar da Amazônia, General-de-Exército Raymundo Nonato de CERQUEIRA Filho, atual Ministro-Presidente desta Corte, instaurou, por meio da Portaria nº 011-Sv Rel, de 11.8.2006, Inquérito Policial Militar (IPM), que resultou no indiciamento do Cel Ex NILTON e outros 38 (trinta e oito) acusados, por envolvimento em fraudes licitatórias e outros crimes militares conexos.

Encerrada a apuração e encaminhados os autos à Justiça, o *Parquet* das Armas pugnou pelo arquivamento do IPM, entendendo que os possíveis crimes cometidos eram da competência da Justiça Federal. Diante da irrisignação do Juiz-Auditor, os autos foram encaminhados para

apreciação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), que, mantendo a manifestação da Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Militar, designou novo Representante para deflagrar a Ação Penal.

Assim, quase um ano e meio após a abertura do IPM, em 11.1.2008, o *Parquet* das Armas denunciou todos os envolvidos, como incursos em delitos de “peculato”, “corrupção ativa”, “corrupção passiva” e “violação do dever funcional com o fim de lucro”.

A Denúncia foi recebida em 18.2.2008 (fl. 3291), obtendo os autos o registro inicial 10/08-4.

Em 2.7.2008, o CEJEx da Auditoria da 12ª CJM, por unanimidade de votos, e com concordância do MPM, decidiu cindir o Processo nº 10/08-4, com base no art. 106, alínea “c”, do CPPM, o que resultou em recurso de ofício, ocasião em que este Tribunal, nos termos do voto do Min. Rel. Dr. Carlos Alberto Marques Soares, negou-lhe provimento e manteve a decisão recorrida.

Dessa forma, o processo instaurado, que tinha a numeração 10/08-4, dividiu-se em 2 (dois) outros, sendo que um manteve o número original, enquanto o outro recebeu a identificação 45/08-2. Importante frisar que ambos continuaram a tratar de fraudes em licitações e contratos, envolvendo, no entanto, organizações militares de diferentes estados e contando com número distinto de Acusados.

Para compreender a complexidade dos fatos, impende registrar que foram instaurados outros dois IPM’s decorrentes da *Operação Saúva*: um em 2007, versando sobre apurações específicas na compra de embarcações, e outro em 2011, referente à fraude na aquisição de arroz, os quais se tornaram processos, recebendo as designações 2/12-0 e 15/12-4.

Portanto, 4 (quatro) foram os processos que versaram sobre fraudes em licitações e contratos, originários de operação da PF, e que foram iniciados na 12ª CJM, sendo certo que, em todos, consta como Acusado o Cel Ex NILTON, Comandante de unidade militar, e de grande antiguidade entre seus pares, o que tornou dificultosa a formação e manutenção do CEJ naquela CJM. Por essa razão, todos aqueles processos foram desafortados, ainda que em épocas distintas, para a 11ª CJM, recebendo novas identificações.

Em breve recapitulação, o Processo nº 45/08-2, cindido do Processo nº 10/08-4, passou a ser tombado como 14-05.2012.7.12.0012, em

razão de norma aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Desaforado em 1.10.09, após esta Corte acompanhar voto do Min. Rel. Gen Ex APPARÍCIO, foi recebido na 11ª CJM sob a designação **215-27.2012.7.11.0011**.

Já o Processo nº 10/08-4, que também recebeu nova numeração em razão do CNJ, passou a ser registrado como 15-97.2006.7.12.0012. Desaforado em 16.6.11, momento em que esta Corte acompanhou meu voto, foi recebido na 11ª CJM sob o número **46-85.2013.7.11.0211**.

Da mesma forma o Processo nº 2/12-0, que passou a ser registrado como 22-55.2007.7.12.0012. Desaforado em 13.6.12, ocasião em que esta Corte acompanhou o voto do Min. Rel. Alte Esq TORRES, foi recebido na 11ª CJM sob o número **205-80.2012.7.11.0011**.

Por fim, o Processo nº 15/12-4, que passou a ser registrado como 14-05.2012.7.12.0012. Desaforado em 26.6.12, esta Corte acompanhou o voto do Min. Rel. Dr. CARLOS ALBERTO, sendo recebido na 11ª CJM com a designação **215-27.2012.7.11.0011**.

Cumprе reiterar que o recebimento desses processos na 11ª CJM se deu em momentos diversos, sendo certo que o Processo nº 15-97.2006.7.12.0012, desaforado sob minha relatoria – após substituir o Min. Gen Ex CONFORTO, em decorrência de sua aposentadoria –, demorou aproximadamente 3 (três) anos para ser formalmente transferido, em virtude de recursos interpostos pela Defesa de um dos Acusados perante a Suprema Corte.

Recebidos todos os processos pela 11ª CJM, foram praticados atos ordinatórios e instrutórios, destacando-se o interrogatório de alguns acusados. Ainda sob a premissa de conferir uma maior agilidade, decidiu-se, na ocasião, pela junção dos Processos nº 205-80.2012.7.11.011 e 215-27.2012.7.11.0011 ao Processo nº 46-85.2013.7.11.0211, em razão da constatação de litispendência. Em seguida, promoveu-se a unificação deste último com o Processo nº 14-06.2010.7.11.0011 – a despeito do entendimento inicial da 12ª CJM, o qual, frise-se, foi ratificado por esta Corte, quando do julgamento de recurso de ofício. Ou seja, o que foi inicialmente separado pela 12ª CJM, com aquiescência desta Corte, foi posteriormente juntado pela 11ª CJM.

Portanto, de todos os processos retratados, resta apenas este, o qual açambarcou todos os processos originários e, por conseguinte, todos os problemas resultantes de fraudes em licitações, no período de 2003 a

2006, envolvendo a Administração Militar em Manaus/AM e apurados pela Operação Saúva.

Diante desse contexto, que bem demonstra a complexidade dos fatos, reforço que, embora o pedido inicial seja pela anulação de um desaforamento, na verdade se trata de um reaforamento, haja vista a argumentação apresentada pela Defesa do Acusado 1º Ten Ex LEONARDO – quando aduz que a condição que impôs o desaforamento da 12ª CJM para a 11ª CJM se desfez com a transferência para a reserva do Cel Ex NILTON, nada impedindo o retorno do processo ao seu Juízo de origem, dada a precedência dos militares da ativa sobre os inativos –, entendimento este corroborado pelo Colegiado a quo que reitera a possibilidade do mencionado reaforamento.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em manifestação do Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. JOSÉ GARCIA DE F. JUNIOR, pugna pela concessão do reaforamento, nos termos do pedido (fls. 5.013/5.016).

A Defensoria Pública da União (DPU) foi intimada de que o presente processo foi colocado em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Após análise detalhada destes autos, compreendendo seus 22 (vinte e dois) volumes e 75 (setenta e cinco) apensos, com todas as suas particularidades, no qual apresenta, como já relatado, um pedido de reaforamento, e não de nulidade de desaforamento, pois se pretende, na prática, devolvê-lo para a CJM de origem, sob o argumento de ter cessado o impedimento que autorizou seu deslocamento inicial, entendo que o pedido deve ser indeferido pelas razões a seguir descritas.

Inicialmente, reitero que as ponderações trazidas pelo Requerente não se amoldam a qualquer nulidade – pois, à época do desaforamento do processo da 12ª CJM para a 11ª CJM, havia comprovadas dificuldades de se manter um CEJ naquela localidade –, podendo, todavia, serem apreciadas a fim de se promover um reaforamento, como assim também entenderam o CEJEx e a PGJM.

Nesse sentido, registro que o CPPM, assim como o CPP, não prevê, em seus dispositivos, a possibilidade de reaforamento, mas, sim, desaforamento, de acordo com as situações ali elencadas. A despeito dessa

ausência de previsão legal, sobressaem na doutrina pátria duas posições antagônicas: uma majoritária, que não autoriza o reaforamento, e outra minoritária, com a qual me alinho, que o admite, em situações excepcionais, desde que presentes determinadas circunstâncias.

Exatamente nessa última corrente que se apoiam o Colegiado a quo e a PGJM. Para tanto, tecem considerações a respeito da precedência dos militares da ativa sobre os inativos, reforçando seus entendimentos, quanto à possibilidade do reaforamento, nas lições de TÁVORA⁶⁴:

*“(...) Uma vez desaforado o julgamento não cabe, em regra, reaforamento, em face da preclusão. O óbice subsiste mesmo se desaparecida a razão que determinou o deslocamento da competência. **Todavia, se no foro de destino sobrevierem motivos para que o processo seja reaforado e se no de origem as razões tiverem cessado, o reaforamento** – com retorno do processo ao foro original – **é, excepcionalmente, possível.**”* (negrito nosso).

Igual ensinamento consta da obra de TOURINHO FILHO⁶⁵:

*“Desaforado o julgamento, e uma vez extintos os motivos que ocasionaram o deslocamento do foro, será possível o reaforamento? A lei não impede. **Pensamos, contudo, que este somente será admissível se as causas que o determinaram desapareceram e se, no foro para onde o feito foi deslocado, as circunstâncias não permitirem um julgamento sereno.** Nesse sentido já se pronunciou o STF (RT, 581/390 e 661/364). **A corrente majoritária, todavia, é contra o reaforamento.** Em sentido oposto: Frederico Marques (Elementos de direito processual penal, cit. v.1, p. 142) e Hermínio Marques Porto (Júri, cit., 12. ed., p. 109, n. 80).”* (negrito nosso).

No mesmo sentido, julgado do STF reproduzido pelo CEJEx:

*“É curial que a decisão concessiva do desaforamento não é imutável. **Se no novo foro há também motivos que autorizam o desaforamento, outro há de ser eleito, nada impedindo, inclusive, o reaforamento,** se não mais subsistirem as ra-*

⁶⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 711.

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. SP. 2011. v. 4. p. 180.

zões que determinaram o deslocamento da competência anterior, principalmente quando tais razões foram de ordem meramente material, como falta de instalações adequadas (STF HC Rel. Néri da Silveira RTJ 108/28; RT 581/390)”.

A partir de uma leitura mais atenta, nota-se, tanto da doutrina pátria transcrita, quanto do julgado reproduzido, que há a necessidade de se demonstrar, além da cessação do óbice que gerou o desaforamento inicial, a impossibilidade de que o processo tenha curso normal perante a CJM atual, o que, *in casu*, não foi feito pelo Requerente, tampouco pela CEJEx da 11ª CJM ou pela PGJM.

Na verdade, o Requerente se limitou a arguir que aquele embaraço, que subsidiou os desaforamentos iniciais, desfez-se com a transferência do Cel Ex NILTON para a reserva, esquecendo-se, no entanto, de revelar eventual obstáculo para seu processamento regular pela CJM atual, local onde se encontram os autos desde que foi perpetuada a jurisdição.

Nem se diga que a manutenção do processo na 11ª CJM acarretaria àquele Juízo um atraso decorrente de se tornar um *Juízo de Deprecatas*, pois esse fato também ocorreria com a 12ª CJM, caso se deferisse o reafortamento, pois boa parte dos Acusados e das testemunhas militares, arroladas no inquérito, residem, atualmente, fora da cidade de Manaus/AM, conforme se extrai dos autos.

Portanto, tanto em um Juízo, quanto em outro, haverá a necessidade de expedição de precatórias, não sendo esse argumento expressivo para se operar o deslocamento pretendido. Por outro lado, sabendo dessa adversidade, aumenta a responsabilidade do Colegiado Especial de Justiça, o qual deverá antecipar-se aos fatos, evitando a ocorrência da prescrição e eventual impunidade dos envolvidos.

Se não bastasse isso, outros empecilhos impedem o reafortamento.

Ainda que o Colegiado *a quo* tenha manifestado que o reafortamento acarretará uma maior celeridade processual, não vislumbro ganho substancial nesse sentido, pois estes autos já se encontram há alguns anos na 11ª CJM, sendo a problemática do conhecimento da maioria de seus Juízes-Auditores, enquanto eventual transferência implicaria novo estudo por um magistrado que não atuou diretamente no feito – haja vista que o Dr. Ruslan Souza Blaschikoff assumiu a titularidade da 12ª CJM após os desaforamentos realizados por seu antecessor.

Ademais, enquanto nesta localidade existem duas auditorias, com seus quadros de magistrados completos, na 12ª CJM há vacância de um Juiz-Auditor, o que poderia, em eventuais impedimentos de seu titular, acarretar maior retardo na instrução judicial – em um processo que já se encontra atrasado, devido, sobretudo, aos diversos recursos manejados pelos Acusados. Diante disso, não me apresenta adequado reenviar os autos àquela CJM, na qual funciona apenas uma Auditoria, agravada pela falta de um Juiz-Auditor Substituto.

A isso se agrega a complexidade de se formar e manter um Colegiado de Justiça na 12ª CJM, tendo em vista a patente de um dos Acusados, o qual obriga que os Juizes Militares tenham, no mínimo, o posto de Coronel.

Diferentemente das demais Regiões Militares, na Região Amazônica, devido a sua dimensão e suas circunstâncias geográficas, as organizações militares encontram-se distantes umas das outras, separadas, às vezes, por horas de viagem, o que dificulta a logística para o comparecimento dos Juizes Militares na respectiva CJM, causando grande prejuízo à instrução judicial e repercutindo negativamente na missão da Administração Militar, haja vista a ausência de seus Comandantes por sucessivos períodos.

Repise-se que parte dos Generais e Coronéis dessa região comandam unidades militares de selva e de fronteira, sendo certo que os demais exercem funções de extrema relevância operacional e de interesse para o Estado brasileiro, cujas ausências contínuas acarretariam significativos prejuízos *interna corporis*, como já reconheceu a JMU em outras ocasiões.

Por essa razão, não me parece sensato, nem razoável, reencaminhar o processo para uma região carente de Oficiais no posto de Coronel ou de General, muitos dos quais, frise-se, isentos de compor a lista de sorteio, nos termos do art. 19 da Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM) – pois integram Estado-Maior de Região Militar e Comando do CMA –, o que poderia contribuir para um maior atraso na instrução e julgamento deste processo. Ademais, aqueles Coronéis, muito embora não estejam amparados pelo dispositivo em comento, podem ter seus cargos/funções reconhecidos como de alto interesse para a Administração Militar, a teor do art. 31 da LOJM, acarretando repetidas substituições, com reflexos diretos no regular andamento do processo.

Por derradeiro, embora com discordância da maioria dos meus pares, entendo, ainda, que a antiguidade de um dos Acusados impede o reaforamento.

Ab initio, reitera-se que os 4 (quatro) processos individualizados no relatório, e que deram origem a este em análise, foram desaforados da 12ª CJM em face da dificuldade de se manter um CEJ, dada a antiguidade do Cel Ex NILTON. Com a sua transferência para a reserva remunerada, entende a Defesa do 1º Ten Ex LEONARDO, com apoio do CEJEx da 11ª CJM e parecer favorável da PGJM, que aquele impedimento, que autorizou os desaforamentos iniciais, desfez-se – haja vista que os militares da ativa têm precedência sobre os da reserva.

Percebe-se, neste caso, relativa confusão envolvendo os conceitos de *antiguidade* e *precedência*, como também observaram as Defesas constituídas pelos Acusados Cap Ex ILÍDIO (fls. 4.764/4.768), Cap Ex BALDUÍNO e Cap Ex CARLOS ALBERTO (fls. 4.770/4.778).

De acordo com o Estatuto dos Militares (E1), em seu art. 14, § 1º, a **hierarquia** – um dos pilares em que se sustentam as Forças Armadas (FFAA) – é consubstanciada pela *ordenação da autoridade, em níveis diferentes*, representada pelos *diversos postos e graduações*, sendo que dentro de um mesmo posto ou graduação, *faz-se pela antiguidade em cada um*. Em outras palavras, a **hierarquia** consiste em um escalonamento vertical, materializada nos diferentes postos e graduações, que nos direciona para o conceito de *superioridade*, e um escalonamento horizontal, definida pela *antiguidade*, aferida pelo tempo de efetivo serviço no posto/graduação.

Portanto, de acordo com o E1, a hierarquia militar envolve 2 (dois) conceitos básicos: *superioridade* e **antiguidade**.

Mais adiante, o § 3º do mesmo artigo traz uma importante regra que define o alcance e profundidade dessa hierarquia:

“§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.” (negrito nosso).

À vista desse dispositivo, constata-se que a hierarquia sempre se fará presente na vida do militar, independentemente de estar na ativa ou

na inatividade. Nessa toada, não há como admitir tão somente seu escalonamento vertical, para identificar aquele militar da reserva como um Coronel, com superioridade sobre militares de postos inferiores, e não considerar seu escalonamento horizontal, para aferir sua antiguidade perante seus pares do mesmo posto. Reitero que a hierarquia, nos termos do art. 14, §§ 1º e 3º, do E1, deve ser respeitada em suas duas vertentes, ainda que a *superioridade* e *antiguidade* de um militar inativo não apareçam registradas em livretos e sistemas da administração militar, que se prestam, em especial, a verificar a posição hierárquica para fins de ascensão, não englobando os militares inativos, já que não concorrem à promoção.

Dito isso, cumpre esclarecer que essa **hierarquia**, consubstanciada na *superioridade* e ***antiguidade***, assegura direitos, deveres e prerrogativas, de acordo com a lei e as imposições da vida militar. Dentre estes se observa a *precedência*, objeto de confusão conceitual realizada pela Defesa do 1º Tenente LEONARDO e ratificado pelo Colegiado de Justiça e pela PGJM.

Estabelece o *caput* do art. 17 do E1 que: “A *precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antiguidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei*”.

Como se observa, o próprio dispositivo acima transcrito confirma que se trata de conceitos distintos, ao apontar que a *precedência* é, em regra, para os militares da ativa do mesmo grau hierárquico, assegurada pela antiguidade.

Ora, se uma assegura a outra, não se trata da mesma coisa.

A par dessa conclusão lógica, que demonstra de pronto o equívoco cometido pelo Colegiado de Justiça a *quo*, entendo pertinente proceder a mais alguns esclarecimentos.

Da simples leitura do artigo, depreende-se que a regra é que o mais antigo precede o mais moderno. Todavia, essa regra comporta exceção, como se observa da parte final do mesmo artigo: “(...) *salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei*”. Significa dizer, a regra é que o mais antigo tenha precedência sobre o mais moderno, exceto se este último, em razão de ocupar determinada função, venha a ter conferida uma precedência funcional. Nesse caso, embora mais moderno, o militar terá precedência em razão da função.

Como exemplo dessa exceção, poder-se-ia citar uma unidade militar, onde o Subcomandante, em razão de possuir uma especialização necessária para ocupar o cargo, seja mais moderno que outros militares componentes da guarnição. *In casu*, não obstante submetidos à precedência funcional, os militares mais antigos continuam à frente daquele Subcomandante em uma futura promoção.

Cumprir refletir: a par dessa exceção, existe outra ressalva em que a precedência não é assegurada pela antiguidade? A resposta é afirmativa.

Com efeito, se o art. 17, *caput*, *in fine*, do E1, estabelece uma exceção para os militares da ativa, quando considerados entre si, o seu § 3º aponta para outra exceção, restrita aos militares da ativa, quando considerados em face de seus pares inativos.

Diz o citado parágrafo: “*Em igualdade de posto ou de graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade*”. Da mesma forma que o previsto na parte final do *caput* do art. 17, não interessa a antiguidade para fins de assegurar a precedência, pois a própria lei dispôs que a mera circunstância de estar na ativa lhe confere primazia perante seu par inativo.

Enquanto no *caput* se afirma uma precedência funcional, aqui há uma precedência circunstancial, pelos simples fato de encontrar-se na ativa.

Diante disso, reitero que o § 3º do art. 17 não conduz a exegese de que a precedência dos militares da ativa elidiria a exigência de antiguidade dos Juízes Militares, em relação ao Acusado inativo, para a formação de um Colegiado de Justiça, pois aquele dispositivo se destina apenas a trazer uma exceção à regra de que a precedência é assegurada pela antiguidade, abrangendo, agora, os militares da ativa quando considerados com seus pares da inatividade.

Por essas razões, não se pode confundir **antiguidade** com *precedência*, pois, enquanto a primeira se funda na posição ocupada pelo militar na **hierarquia** (escalonamento horizontal), contando-se a partir da data de sua promoção ao referido posto, nos termos do art. 17, § 1º, do E1, a segunda refere-se apenas a uma distinção conferida a militares, em certas situações, como aquelas relacionadas a sinais de respeito e cerimonial público, a teor do art. 18, incisos I e II, ambos do E1:

“Art. 18. Em legislação especial, regular-se-á:

I - a precedência entre militares e civis, em missões diplomáticas, ou em comissão no País ou no estrangeiro; e

*II - a **precedência nas solenidades oficiais.**”* (negrito nosso).

Poder-se-ia, ainda, inferir algumas outras situações cotidianas em que os militares da ativa tenham primazia em relação aos seus pares inativos – um prestador de tarefa por tempo certo: ingresso em rancho; inspeção de saúde; etc.

Registre-se que o § 4º do art. 17 do E1 reforça esse entendimento, pois declara que, se o militar da ativa for considerado em relação ao inativo, porém convocado, a exceção do § 3º desaparece, voltando a prevalecer a regra de que, entre militares na ativa do mesmo grau hierárquico, a precedência é assegurada pelo *“tempo de efetivo serviço no posto”*.

Entender de forma diferente é invalidar todo o arcabouço legal em que se assenta a hierarquia militar; é desconsiderar a regra geral do art. 14, §§ 1º e 3º, do E1, que expressamente estabelece a **antiguidade** como elemento para aferição da hierarquia em todas as circunstâncias da vida militar; é considerar que o militar inativo possui superioridade, mas não antiguidade; é, em última análise, atestar o equivocado entendimento de que o militar, pelo simples fato de transferir-se para a inatividade, perde suas prerrogativas decorrentes de sua carta-patente, com enormes consequências em toda a legislação militar, seja de ordem administrativa, seja penal ou processual penal, as quais, em todo momento, busca preservar a hierarquia.

In casu, destaco os graves reflexos perante o Juízo Natural, pois a Lei nº 8.457/1992, que *“Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento do seus Serviços Auxiliares”*, exige a necessidade de se observar a **antiguidade**:

*“Art. 19. Para efeito de composição dos conselhos de que trata o artigo anterior, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com respectivos **posto, antiguidade** e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao Juiz-Auditor competente.”* (negrito nosso).

Ainda, em seu art. 23, obriga que a composição do CEJ seja feita por oficiais superiores ao Acusado, ou, se no mesmo posto, mais antigos:

*“Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou **do mesmo posto e de maior antiguidade.**”* (negrito nosso).

Note-se que a LOJM não faz referência à precedência como fator a ser observado para a formação e manutenção de um CEJ, e sim à superioridade e à antiguidade, estas últimas decorrentes do *Princípio Hierárquico*, norteador do *Juízo Natural* para os militares. Nesse contexto, adverte ANDRADE⁶⁶:

*“Feita a distinção entre superior funcional no serviço ativo em face dos Oficiais da reserva, nítida fica a precedência dos Oficiais da ativa perante os de igual posto da reserva, **o que não significa, nem de longe, que isso altere a antiguidade entre os militares, pois esta é apurada pela data da promoção no posto e o tempo de serviço que detém seu titular, independentemente de estar na ativa ou não.**”* (negrito nosso).

Posto isso, não há como se admitir a exceção do art. 17, § 3º, do E1, para elidir a regra imposta pela LOJM, pois a precedência não é critério para se estabelecer hierarquia, diferentemente da superioridade (escalonamento vertical) e da antiguidade (escalonamento horizontal), ambas expressamente previstas no art. 14, § 1º, do E1, e exigidas para a formação e manutenção do Colegiado de Justiça.

Instado sobre o tema antiguidade versus precedência na formação de um Colegiado de Justiça, assim também entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

*“Justiça Militar. Conselho Especial de Justiça (incompetência). Formação (irregularidade). Juízo hierárquico (não-observância do critério de antiguidade). Nulidade absoluta (caso). 1. No julgamento de coronel da reserva da Polícia Militar – último posto da hierarquia militar estadual –, todos os integrantes do Conselho Especial devem ser da mesma patente, porém mais antigos que o acusado. 2. **À vista disso, não é lícito aceitar que um coronel da reserva que foi superior hierárquico***

⁶⁶ ANDRADE, Vander Ferreira. *O princípio do Juízo Hierárquico na Justiça Militar*. Artigo publicado na Revista IMES. Jan/Jun-2004. p. 42/49.

possa, apenas porque se encontra na reserva, ser julgado por subordinado que o alcançou no último posto. 3. **Caso em que, na composição do Conselho Especial de Justiça, quatro membros que participaram do julgamento eram mais modernos que o paciente, evidenciando-se, assim, a nulidade absoluta.** 4. **Ordem de habeas corpus concedida para se declarar nulo o julgamento realizado.**” (HC nº 42.162/SP, Rel. Min. NILSON NAVES - Sexta Turma/STJ, julgado em 17/6/2008 e publicado no DJe em 25/8/2008) (negrito nosso).

Por fim, apenas para não deixar margem à dúvida, a despeito do que argumenta a PGJM, em sua manifestação, a regra estabelecida pelo art. 7º, § 4º, do CPPM – que possibilita, em casos excepcionais, que o IPM possa ser conduzido por oficial mais moderno que o indiciado – não pode ser interpretada extensivamente para açambarcar os Colegiados de Justiça, seja porque sua previsão legal se limita à fase administrativa, seja por implícita vedação legal, diante da obrigatoriedade dos Conselhos de Justiça serem compostos por oficiais *superiores* ou, se do mesmo posto, mais *antigos* que o Acusado.

Ademais, não se pode descurar que o Encarregado do IPM age por delegação, atuando como *longa manus* de uma autoridade nomeante, a qual será sempre superior, ou, se do mesmo posto, mais antigo que o Acusado, cabendo-lhe, nesses casos excepcionais, homologar o resultado por meio de uma “Solução”.

Diante do exposto, diferentemente do que aduz a Defesa do Acusado 1º Ten Ex LEONARDO e o próprio Colegiado *a quo*, com apoio da PGJM, a transferência para a reserva remunerada do Cel Ex NILTON nada altera sua antiguidade perante os seus pares de mesmo grau hierárquico, tampouco lhe retira a prerrogativa de ser processado e julgado por Oficiais superiores ou mais antigos, pois essa exigência decorre de lei, razão pela qual inviabilizado está seu julgamento por Coronéis da ativa, mais modernos.

Aliás, devo reforçar que, após passar mais alguns anos em atividade, em razão de encontrar-se, à época, *sub judice*, o citado oficial se tornou mais antigo do que era ao tempo em que respondia perante a 12ª CJM, pois sua transferência para a reserva remunerada somente ocorreu em 31.12.12 (fl. 4.974), anos depois, quando contava com aproximadamente 7 anos de efetivo serviço no posto, o que, provavelmente, inviabi-

lizaria a formação de um CEJ na 12ª CJM, em face das circunstâncias anteriormente retratadas.

Dessa forma, reitero que a hierarquia militar (consubstanciada na superioridade e antiguidade) define o Juízo Natural na Justiça Castrense, sendo que sua não observância resulta em nulidade absoluta na constituição do Colegiado de Justiça, conforme também entendeu o STJ em julgado transcrito.

Ante o exposto, indefiro o pedido de Reaforamento da Ação Penal Militar nº 14-06.2010.7.11.001/DF, em que figuram como Acusados o Cel RRm Ex Francisco NILTON de Souza Junior e outros, mantendo-se a 2ª Auditoria da 11ª CJM como Juízo competente para apreciar e julgar o 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 Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de Reaforamento da Ação Penal Militar nº 14-06.2010.7.11.001/DF, em que figuram como Acusados o Cel RRm Ex Francisco Nilton de Souza Junior e outros 38 (trinta e oito) acusados, mantendo a 2ª Auditoria da 11ª CJM como Juízo competente para apreciar e julgar o feito.

Brasília, 25 de março de 2014 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS
DESAFORAMENTO Nº 14-06.2010.7.11.0011-DF

Como assentado na **Ata** da 19ª Sessão de Julgamento, votei, **como todos**, no sentido do indeferimento do pedido de **Reaforamento** da **Ação Penal nº 14-06.2010.7.11.0011/DF**, em que figuram como **Acusados** o Cel RRm Ex Francisco Nilton de Souza Júnior e outros, mantendo a 2ª Auditoria da 11ª CJM como **Juízo** competente para processá-los e julgá-los.

Nesse passo, divergi do eminente Ministro-Relator apenas quanto a um dos aspectos do seu substancioso voto condutor, qual seja, o de que **“a transferência para a reserva remunerada do Cel Ex NILTON nada altera sua antiguidade perante os seus pares de mesmo grau hierár-**

quico, tampouco lhe retira a prerrogativa de ser processado por Oficiais superiores ou mais antigos, pois essa exigência decorre de lei, razão pela qual inviabilizado está seu julgamento por coronéis da ativa, mais modernos”.

Concessa *maxima venia*, entendo, no ponto, que a transferência do Cel Ex NILTON para a reserva remunerada possibilita o seu julgamento por qualquer militar da ativa do mesmo posto, vale dizer, independentemente da data em que tenham sido promovidos.

Friso, a propósito, que não desconheço doutrinadores pátrios – **dentre esses, destacadamente, o Professor Vander Ferreira de Andrade** – que sustentam a posição da qual ora divirjo. Saliento, ainda, que também não me passa *in albis* a existência do precedente alinhado pelo eminente Ministro-Relator, o qual, inclusive, se arrima no pensamento desse renomado doutrinador.

Contudo, renovada *maxima venia*, penso que a interpretação lógico-sistemática dos dispositivos legais que interessam à espécie não autorizam conclusão diversa da de ser o militar da ativa necessariamente mais antigo do que aquele que se encontra na inatividade quando ambos forem do mesmo posto; e, em função disso, de poder o militar da reserva ser julgado por militar da ativa – **repita-se** – de mesmo posto.

Ademais, vejo que, diferente dessa compreensão da lei, sérias ou por vezes até mesmo intransponíveis seriam as dificuldades para a composição de conselhos especiais em algumas circunscrições judiciárias, o que, certamente, não é o que desejou o legislador pátrio.

Com efeito, o artigo 17, *caput*, da Lei nº 6.880/1980 dispõe, com clareza meridiana, que **“A precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antiguidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei”.**

Ora, à luz desse dispositivo, a primeira conclusão que se colhe é a de que a precedência e a antiguidade são conceitos interligados e indissociáveis, sendo que o primeiro, além disso, é consequente do segundo; em suma, a precedência, necessariamente, subordina-se à antiguidade, que lhe antecede. Ainda sob os auspícios desse preceito, a segunda conclusão que se alcança é a de que essa é a regra geral, isto é, a regra que

deve ser observada na esteira do princípio do juízo hierárquico quando da composição dos conselhos de justiça.

Ao depois, a Lei nº 6.680/1980, no mesmo artigo, mas desta feita nos seus §§ 3º e 4º, disciplina a relação de precedência entre militares da ativa e da reserva nos seguintes termos: “§ 3º **Em igualdade de posto ou graduação, os militares da ativa têm precedência sobre os da inatividade**”; e “§ 4º **Em igualdade de posto ou de graduação, a precedência entre militares de carreira na ativa e os da reserva remunerada ou não, que estejam convocados, é definida pelo tempo de efetivo serviço no posto ou graduação**”.

Sob as luzes do quanto dito nesses parágrafos – **e sob a premissa estabelecida no caput do artigo a que se vinculam de que a precedência é conceito decorrente do da antiguidade** –, a terceira conclusão que se impõe é a de que a precedência não é mero referencial para a definição de posições em solenidades ou formaturas, mas sim conceito de consideração inarredável para o estabelecimento da hierarquia entre militares da ativa e da inatividade; e mais: que o conceito de precedência funcional é uma exceção sempre tratada por lei específica, refletindo, pois, somente de forma incidental no conceito de precedência *lato sensu* e, por via de consequência, no de antiguidade.

De outra parte, a Lei nº 8.457/1992, nos seus artigos 19 e 23, estabelece o seguinte: “**Art. 19 Para efeito de composição dos conselhos de que trata o artigo anterior, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com respectivos posto, antiguidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao Juiz-Auditor competente.**”; e “**Art. 23 Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade.**”.

Com novas vênias, o que verifico é que o disposto nesses preceitos da Lei nº 8.457/1992 de nenhum modo é antinômico com os conceitos de precedência e antiguidade conforme precedentemente interpretados e, como adiantei, com a conclusão de que a lei autoriza a composição dos conselhos especiais com oficiais da ativa para julgar os da inatividade, desde que, quando menos, sejam do mesmo posto.

Por fim, não se pode deixar de observar que tanto o magistério de Vander Ferreira de Andrade como o precedente do Superior Tribunal

de Justiça, colacionados no voto condutor do eminente Ministro-Relator, referem-se à Justiça Militar do Estado, o que certamente implica olhá-los com reservas quando se cuida de questões atinentes à Justiça Militar da União, sobretudo pela existência de peculiaridades legislativas atinentes a uma e outra.

Aliás, a propósito, perfeitamente cabível é o alerta do sempre lembrado professor e magistrado Célio Lobão, *in verbis*:

“O problema da constituição do Conselho Especial, quando o acusado é coronel mais antigo da corporação, ou coronel que era o de maior antiguidade ao passar para a reserva, tem suas raízes na imprevidência dos autores da lei processual penal militar, e da lei de organização judiciária militar ao tratar, exclusivamente, da Justiça Militar federal, esquecendo-se da Justiça Militar estadual. Mais do que a imprevidência, o indesculpável esquecimento de que é vedado à unidade federativa legislar sobre matéria penal e processual penal militar.

Resultou que o CPPM e o CPM ignoraram a Justiça Militar estadual. Igual questionamento, em relação à Lei de Organização Judiciária Militar (Lei 8.457/1992), modelo federal que deve ser obedecido pela legislação estadual, no que diz respeito, principalmente, à formação do órgão julgador. Ao tratar do Conselho Especial, a lei processual penal militar e a lei de organização judiciária militar tiveram em vista sua constituição na Justiça Militar federal, onde há oficiais de posto superior ao do acusado, ou de igual posto e mais antigos. Não apresentaram solução para a Justiça Militar estadual, apesar de a questão ter sido ventilada em decisão do STF, no início dos anos 50 (RE 23.271). Realmente, com a competência originária do STM para processar e julgar oficial-general haverá sempre oficiais de posto superior ao do acusado para constituir o Conselho Especial.

O princípio que norteia a composição dos Conselhos de Justiça é o julgamento do militar por seus pares, de grau hierárquico igual ou superior, em obséquio à hierarquia militar, ‘base institucional das Forças Armadas’ (art. 14 da EM), e das corporações militares estaduais. O Conselho é composto por oficiais de posto superior ao do acusado, ou na falta, por oficiais mais antigos. Entretanto, se não existirem coronéis da PM ou do CBM mais antigos do que o acusado, em número suficiente para compor, total ou parcialmente, o Conselho Especial de Justiça, a

*solução deveria ser indicada na legislação federal. Como informamos supra, a omissão foi suprida 10 anos antes do CPPM, e da LOJM de 1969, pela jurisprudência (RE 23.271), além de outras decisões mais recentes de Tribunais da Justiça Militar.” (LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 139-140).*

É o *quantum satis*.

Superior Tribunal Militar, 25 de março de 2014.

Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos
Ministro do STM



Embargos de Declaração

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 7-53.2006.7.01.0101-RJ

Relator – Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Embargante – Guido Rogério Macedo Silveira, Civil.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 1º/10/2013, lavrado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101.

Advogados – Drs. Fernando Fragoso e Fernando Antonio Osório Tabet.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VÍCIO PROCEDIMENTAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE VOTO VENCIDO REFERENTE À REDUÇÃO DA PENA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NO MÉRITO, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO DO ACÓRDÃO. UTILIZAÇÃO DE INDÍCIO PARA A CONDENAÇÃO. FALTA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE OS ARGUMENTOS DO EMBARGANTE QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. Nos precisos termos do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, qualquer Ministro poderá apresentar declaração escrita de voto para os autos, configurando tal assertiva uma faculdade e não uma obrigação. No caso concreto, os Ministros integrantes da corrente vencida, que acolhiam parcialmente os Embargos defensivos para, mantendo a condenação, reduzir a pena imposta ao Embargante, não estavam obrigados a apresentar voto por

escrito, uma vez que não eram Relator nem Revisor originário, constituindo-se a redação de voto faculdade, cujo interesse em exercer não foi manifestado, como demonstra a Ata da Sessão de Julgamento. Ademais, a Defesa quedou-se inerte quanto ao direito de impugnar o teor da Ata aprovada pelo Plenário da Corte, no prazo regimental, ensejando a preclusão. Portanto, não se tem presente o alegado cerceamento de defesa. No mérito, doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que a Defesa não pode limitar-se a apontar, como matéria para discussão, questões relacionadas exclusivamente ao conjunto fático-probatório, com o intuito de provocar o reexame dos fundamentos da decisão embargada, o que, por óbvio, é incabível em sede de embargos declaratórios. A condenação do Embargante não foi prolatada com base em indícios. As provas que embasaram o decreto condenatório são suficientes e foram todas minuciosamente enfrentadas pelo Tribunal. No que diz respeito à dosimetria da pena imposta ao Embargante, os fundamentos lançados na Apelação, e reproduzidos no Acórdão embargado, são claros e coerentes, revelando que o Plenário rigorosamente observou o sistema trifásico previsto no art. 69 do CPM, com a descrição, a análise e a ponderação de todas as circunstâncias judiciais. Tendo sido a condenação proferida de modo claro e objetivo, sem qualquer necessidade de esclarecimento, não há que se falar em ocorrência de contradição ou de omissão. Embargos de Declaração rejeitados quanto à preliminar e quanto ao mérito. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa do Civil Guido Rogério Macedo Silveira, de nulidade do Acórdão lavrado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ. **No mérito, por unanimidade**, rejeitou os Embargos de Declaração defensivos, por inexistência de vício de contradição ou de omissão a ser sanado. Presidência da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz

Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 7ª Sessão, 18/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Defesa do Civil GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA em face do Acórdão proferido nos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, julgados em 1º de outubro de 2013, em que o Tribunal, por maioria, rejeitou o recurso defensivo, mantendo inalterado o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, que condenou o Réu à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 251 do CPM (estelionato), com o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena.

O Acórdão restou assim ementado:

“EMENTA. EMBARGOS INFRINGENTES. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. COAUTORIA. CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. PROVAS IRREFUTÁVEIS A EMBA-SAR A CONDENAÇÃO. FALECIMENTO DA COAUTORA NA FASE INSTRUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PROSSEGUI-MENTO DA ‘PERSECUTIO CRIMINIS’ EM RELAÇÃO AO CÔN-JUGE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

I. Configura crime militar de estelionato, inculpidado no art. 251 do CPM, sendo competente a Justiça Castrense para o seu processamento e julgamento, nos termos do art. 9º, inciso III, alínea ‘a’, do mesmo codex, a conduta do civil que, mediante fraude, apropria-se ilicitamente de numerário sob a Administração Militar, causando prejuízo ao Erário.

II. Caso em que a filha e o genro da ex-pensionista, agindo em coautoria, realizaram, no período de Janeiro/1997 a Julho/2005, movimentações bancárias indevidas na conta-corrente conjunta em nome da falecida e da coautora, na qual a Marinha continuou a efetuar depósitos, a título de pensão militar, logrando êxito na consecução de seu intento criminoso ao obter enriquecimento ilícito, com plena consciência de que estavam se lo-cupletando de benefício previdenciário a que não faziam jus.

III. Prova documental, proveniente de procedimentos de Quebra de Sigilo Bancário e de Quebra de Sigilo Fiscal, que revela, de maneira incontestável, a autoria e a materialidade do delito.

IV. Presença, nos autos, de provas irrefutáveis da fraude perpetrada pelo casal, consistente na ausência maliciosa de comunicação do óbito da ex-pensionista ao órgão pagador da Marinha; no falseamento intencional da realidade, mediante o acobertamento da ocorrência do falecimento, frustrando as diligências realizadas pela Marinha com o intuito de efetuar o recadastramento da pensionista em domicílio; e, principalmente, na apresentação, perante a Receita Federal, durante oito anos, de Declarações de Imposto de Renda em nome da beneficiária, mesmo após sua morte, nas quais foram consignadas ‘doações’ de consideráveis quantias de dinheiro, que teriam sido feitas pela ex-pensionista a sua filha e genro, com o propósito de preservar o CPF da falecida com situação cadastral ‘regular’, e, assim, manter a Administração Militar em erro.

V. Afastada a tese defensiva de que a coautora teria agido em erro de proibição, uma vez que seria razoável que a envolvida buscasse o Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha a fim de se apresentar como sucessora da pensão na condição de neta do instituidor, ex-Ministro desta Corte, o que efetivamente não fez.

VI. Declarada extinta a punibilidade da filha da ex-pensionista, em razão do falecimento ocorrido no decorrer da instrução processual.

Embargos defensivos rejeitados. Maioria.” (fls. 1.002/1.003)

Argumenta a Defesa, nas razões de fls. 1.046/1.054, o que se segue, *in verbis*:

“1. Eminentíssimo Ministro-Relator, a Defesa não pretende, de modo algum, protelar o resultado do julgamento com a interposição dos presentes embargos. Na realidade, restaram importantes questões a serem integradas ao acórdão recorrido, o qual, tendo sido fruto de substancial julgamento, trouxe a lume importantes questões, algumas delas inéditas no processo. Inicialmente, porém, há importante vício a ser preliminarmente sanado no acórdão, conforme se verá a seguir.

I - PRELIMINARMENTE: NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO, COM DEVOLUÇÃO DE PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO PROCEDIMENTAL. A FALTA DO VOTO VENCIDO REFERENTE À REDUÇÃO DE PENA DO EMBARGANTE NO

ACÓRDÃO ORA EMBARGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA, QUE CONSTITUI VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO REGIMENTO INTERNO DA CORTE.

(...)

2. O extrato de ata da sessão que julgou os embargos infringentes (fls. 1.001) indica, muito claramente, a formação de três posições no Tribunal, a saber: (i) a orientação vencedora, que deliberou pela manutenção do acórdão recorrido; (ii) a posição capitaneada pelo i. Min. Relator, que absolvía o embargante; e (iii) a posição dos eminentes Ministros Olympio Pereira da Silva Junior e José Coêlho Ferreira, no sentido de reduzir a pena do embargante.

3. Ocorre, porém, que, muito embora tenham se formado essas três posições, não foi juntado, ao acórdão recorrido, o voto vencido correspondente à terceira e última orientação, ou seja, a que corresponde à redução de pena do embargante.

4. Trata-se de omissão que, s.m.j., viola o art. 51, § 1º, do Regimento da Corte, que dispõe que qualquer acórdão, necessariamente, acompanhará os votos em separado, quando houver. Assim, o acórdão deveria conter, sob pena de nulidade, os votos vencidos atinentes a todas as posições minoritárias, e não somente a uma delas.

5. O prejuízo que dimanou dessa omissão é notório, na medida em que, sem ter acesso às razões de fato e de direito que presidiram uma das posições vencidas, a Defesa não poderá indicar se essas razões se coadunam com o extrato de ata da sessão de julgamento, ficando também impedida de utilizá-las, a seu favor, em eventual novo recurso a ser futuramente interposto.

6. Assim, faz-se mister a republicação do acórdão, com devolução de prazo para a interposição dos recursos eventualmente cabíveis, e, principalmente, para que possa aditar os presentes embargos.

II - A CONTRADIÇÃO: EMBORA UTILIZANDO UM INDÍCIO PARA CONDENAR O RÉU (O SUPOSTO PREENCHIMENTO, EM NOME DA FALECIDA ESPOSA, DA DECLARAÇÃO DE IRPF DE 1999), O ACÓRDÃO RECONHECE, AINDA QUE IMPLICITAMENTE, A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA SOBRE A QUESTÃO. CASO DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE A PROVA SEJA PRODU-

ZIDA, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL DO PROCESSO

7. Às fls. 1.011, foi utilizado, em prol da manutenção da condenação do réu, um novo indício, que jamais havia sido submetido ao crivo das partes:

‘Salta aos olhos fato que passou despercebido até agora e que não foi objeto de exame grafotécnico. A enorme semelhança verificada a olho nu entre a assinatura firmada pela pessoa que apresentou a DIRPF do ano de 1999 (Ano-Calendário de 1998) em nome da já falecida Sra. SYLVIA TAVARES CORRÊA MEYER (Anexo - fls. 656/656v) e a produzida por GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA no Mandado de Intimação do Acórdão da Apelação (...)’

8. Ora, a partir desse indício, a posição vencedora dá a entender que o embargante poderia ter preenchido as declarações de IRPF em nome da falecida esposa. Esse é justamente o ponto nodal do processo, na medida em que o que a Defesa sempre alegou é que o embargante não tinha qualquer ingerência sobre essas declarações conjuntas, na parte em que eram registradas as doações irregulares.

9. Essa questão ainda não foi inteiramente resolvida. O próprio acórdão usa termos inseguros para construir o indício: a ‘enorme semelhança’ que ‘leva a crer’ pela assinatura alheia, com base em ‘grande similitude’ dos formulários. Ainda assim, o acórdão não deixa de apontar o réu como suposto autor da Declaração em nome da esposa.

10. Ora, há uma inquietante contradição na utilização desse indício, na medida em que o decisum também reconhece que a questão poderia ser objeto de exame grafotécnico. E essa é uma importante contradição, na medida em que (i) o indício deve ser usado de modo excepcional, e somente quando não puder ser suplantado pela produção de prova segura; e (ii) ao juiz é dado produzir prova de ofício, sobretudo em casos como esse, de evidente dúvida.

11. Some-se a isso o fato de que o Tribunal tem o poder de converter o julgamento em diligência para que essa prova seja realizada. Se o julgamento foi extremamente controvertido,

por que não produzir a prova grafotécnica em prol da certeza na condenação?

12. É disto que a Defesa ora se ressente, já que essa questão é inédita nos autos – V. Exa. inclusive a qualificou como ‘fato que passou despercebido até agora’, e que deveria ter sido objeto de exame grafotécnico. Se é inconteste que sobre o fato deveria ter sido produzida prova, mas não foi, de duas uma: ou ele não deve ser usado para condenar o embargante, ou deve, sim, ser objeto de prova. O que não é possível, sob pena de contradição, é a utilização de um fato duvidoso, sobre o qual poderia ter sido produzida prova, em desfavor do embargante.

13. Não há risco iminente de prescrição. A conversão do julgamento em diligência para que se saiba se o embargante é quem preenchia as declarações do IRPF na parte em que registavam doações irregulares homenageia a verdade real, que, embora inalcançável, é um ideal a ser perseguido no processo penal. Por que não realizar essa importante prova, já que se trata de questão importantíssima que veio a lume somente agora?

14. Insiste a Defesa: foi utilizado, para condenar o réu, um fato sobre o qual pende a produção de prova. Esse é um caso emblemático de conversão do julgamento em diligência (art. 82 do Regimento), já que maiores qualidade e segurança da prestação jurisdicional dependem da aquisição de prova nova. Roga-se a V. Exa. que assim proceda, já que, caso seja provado que a falecida esposa ou terceiro é que preenchia esses documentos, o Tribunal poderá rediscutir a absolvição do embargante.

III - A OMISSÃO: FALTA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS ALEGAÇÕES DO EMBARGANTE EM MATÉRIA DE REDUÇÃO DA PENA

15. Sobretudo nos memoriais distribuídos aos i. integrantes desta Corte Superior, que já fez juntar aos autos, a Defesa do embargante suscitou a injustiça do aumento da pena imposta ao embargante.

16. Em primeiro lugar, o embargante é pessoa idosa, que exerce a advocacia com honradez há décadas, sem haver notícia de qualquer fato que o desabone. Esses elementos da personalidade do réu deveriam ser levados em consideração, sobretudo porque o embargante é civil e porque o crime de estelionato, que é crime militar impróprio, já ostenta, no CPM, pena-base superior àquela prevista no Código Penal comum.

17. Além disso, a própria denúncia indica que o embargante auferiu valor muito inferior ao valor global do prejuízo suportado pela Administração Militar. Veja V. Exa. que a exordial indica o prejuízo global de R\$ 1.555.273,83, mas aponta que o denunciado só teve acesso a R\$ 234.450,00 (a transcrição da denúncia consta no acórdão, às fls. 1.004/1.005). Essa é uma premissa importantíssima, já que o grande vulto dos valores auferidos foi usado, de forma injusta, para majorar a pena do embargante. Ora, o embargante não pode responder pela totalidade do prejuízo, e isto deflui da narrativa acusatória!

18. Inobstante, esses argumentos trazidos pela Defesa não foram apreciados pelo acórdão, que se limitou a transcrever, per relationem, a dosimetria empreendida no acórdão da apelação (fls. 1.017/1.018). Com a devida vênia, é preciso que se enfrente a situação pessoal do recorrente, que não pode responder pela totalidade do prejuízo sofrido, pois sequer teve acesso aos proventos de pensão por inteiro. Isto está claramente documentado nos autos, e é incontroverso até mesmo para a acusação.

19. Além disso, ainda que se reconheça a existência de supostos 'artifícios' que o recorrente tenha utilizado para empreender a fraude, é inegável que esses artifícios não revelam qualquer façanha extraordinária, a autorizar juízo mais austero quanto à culpabilidade. Não se pode olvidar um elemento importante, trazido no voto vencido do i. Ministro Artur Vidigal de Oliveira: se é verdade que as declarações de IRPF foram utilizadas para manter ativo o CPF da pensionista, não menos verdadeiro é que a própria Administração Militar atuou de forma desidiosa no caso vertente, deixando de tomar as providências necessárias no sentido de recadastrar os inativos. Por mais irregular que tenha sido, o recebimento do benefício poderia ter sido cassado logo após o falecimento da pensionista caso a Administração impusesse o cadastramento.

20. Qualquer serviço sério de administração de pensões, seja ele civil ou militar, impõe aos pensionistas o recadastramento anual e presencial. A falta desse recadastramento implica o sobrestamento dos pagamentos, até segunda ordem, e não sua continuidade ad eternum. Assim, não é verdade que o suposto delito tenha sido praticado com artifícios sofisticados; a Administração é que, podendo cessar o pagamento indevido, deixou de

fazê-lo, violando a lei – como deixa claro o voto vencido. Por isso é que, também nesse aspecto, a pena do recorrente não deveria ter sido majorada, embora o acórdão recorrido não tenha se manifestado a respeito.

21. A Defesa poderia tecer outros esclarecimentos sobre a matéria, mas, lamentavelmente, como já foi dito em preliminar, não teve acesso ao voto divergente que lhe diz respeito. Espera-se que essa nulidade seja sanada, para que a Defesa, querendo, possa aditar os presentes embargos.

IV - A AFIRMAÇÃO DA EMENTA E DO CORPO DO ACÓRDÃO IMPUTANDO, EM INÉDITA AFIRMATIVA, QUE O EMBARGANTE 'REALIZOU, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 1997 A JULHO DE 2005, MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS INDEVIDAS' NA CONTA-CORRENTE CONJUNTA EM NOME DE SUA SOGRA E DE SUA MULHER.

Com a devida vênia, a afirmativa é graciosa, desprovida de qualquer fundamento fático, decorrente de especulação e inteiramente descabida.

Basta ler a perícia contábil realizada neste feito para verificar que não há, em momento algum, qualquer referência a ter o Embargante tido acesso a qualquer valor à conta bancária mantida por sua falecida e sua esposa.

Não há saque de qualquer valor. Nem a acusação pública militar se arvorou em realizar semelhante afirmativa, desprovida de qualquer elemento de prova.

De toda sorte, fica desafio de que se faça indicação precisa de datas, valores e meios através dos quais o Embargante teria efetuado 'movimentações bancárias' na conta-corrente bancária de sua sogra em conjunto com sua esposa.

Ausentes elementos probatórios, que autorizem semelhante afirmativa, é de mister a correção dos trechos da ementa e do voto vencedor no sentido de ficar dissipada a imputação que vem, exclusivamente, no acórdão embargado.

REQUERIMENTOS

22. Ante o exposto, requer a esta Eg. Corte o seguinte:

a) Preliminarmente, a republicação do acórdão ora embargado na forma regimental, i.e., trazendo os votos vencidos referentes à redução do quantum da pena do recorrente para 2 (dois) anos, pelos ilustres Srs. Ministros que os prolataram, com

a devolução de prazo para que a Defesa, caso queira, adite os presentes embargos;

b) No mérito, sejam conhecidos e providos os embargos para converter o julgamento em diligência, produzindo-se prova pericial cotejando os padrões gráficos existentes na declaração-IRPF/1999 e a assinatura do recorrente no mandado de intimação referente à apelação condenatória;

c) Caso esta Eg. Corte Superior assim não entenda, seja suprida a omissão referente à dosimetria da pena imposta ao recorrente, mediante a apreciação dos argumentos defensivos constantes dos autos.

d) Seja corrigida a afirmativa – desprovida de qualquer elemento probatório – de que o embargante teria efetuado movimentação em conta bancária mantida pela pensionista SILVIA TAVARES, conjunta com a sua filha Maria Silvia Silveira.”.

Por Despacho de fl. 1.060, admiti os presentes embargos declaratórios por preencherem os requisitos legais.

Em manifestação de fls. 1.063/1.073, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dra. MARIA DE NAZARÉ GUIMARÃES DE MORAES, opina “(...) pela rejeição dos presentes Embargos” (fl. 1.073).

É o Relatório.

VOTO

Não obstante os esforços da Defesa, o recurso não merece acolhimento.

Preliminarmente, a Defesa suscita a nulidade do Acórdão ora recorrido, em razão de vício procedimental decorrente da ausência do voto vencido correspondente à terceira orientação que se formou por ocasião do julgamento, “(...) no sentido de reduzir a pena do embargante”.

Conforme argumentação do ilustre causídico, tal fato configura omissão, acarretando cerceamento de defesa, em afronta à Carta Magna e ao Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM).

Alega que a falta do voto vencido viola o que preceitua o art. 51, § 1º, do RISTM.

Entretanto, parece não ter se apercebido o douto advogado que o § 8º do mesmo dispositivo regimental invocado faculta a Ministro que integre corrente minoritária, e desde que não seja Relator nem Revisor do processo, “(...) apresentar declaração escrita de voto para os autos, (...)”.

O Regimento Interno do Tribunal, ao tratar das decisões, assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 51. As conclusões do Plenário, em suas decisões, constarão de Acórdão.

§ 1º O Acórdão, lavrado nos termos do voto do Relator originário ou do Relator para o Acórdão (art. 52, I, II e III), conterá os fundamentos de fato e de direito da decisão proferida, acompanhando-se de voto(s) em separado, quando houver, e nele o Relator ou seu substituto lançará a respectiva ementa.

(...)

§ 6º Constará dos autos, antecedendo o Acórdão, o extrato da ata da sessão de julgamento, contendo, obrigatoriamente, os nomes dos Ministros presentes e do representante do Ministério Público Militar, e a fiel transcrição do resultado do julgamento.

(...)

*§ 8º Qualquer Ministro **poderá** apresentar declaração escrita de voto para os autos, o que deverá ser feito no mesmo prazo previsto no § 4º. Em igual prazo e condições, **deverá o Relator ou Revisor, quando vencido, justificar o voto divergente**. Se o Relator e o Revisor não integrarem a corrente minoritária, e o feito admitir Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, a Justificativa do voto divergente caberá a Ministro, desta corrente, a ser sorteado.”* (grifamos).

Dessa forma, é evidente que os eminentes Ministros vencidos, que acolhiam parcialmente os Embargos defensivos para, mantendo a condenação, reduzir a pena imposta ao Embargante, **não estavam obrigados a apresentar voto por escrito**, uma vez que não eram Relator nem Revisor originário, constituindo-se a redação de voto faculdade que os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e JOSÉ COELHO FERREIRA não manifestaram interesse em exercer.

Ademais, os Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ foram julgados pelo Tribunal em Sessão Plenária de 1º de outubro de 2013, constando,

do Extrato da Ata da 72ª Sessão de Julgamento, decisão proferida nos seguintes termos:

“EMBARGOS Nº 7-53.2006.7.01.0101 - RJ - Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Revisor Ministro ALVARO LUIZ PINTO. EMBARGANTE: GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA, Civil. EMBARGADO: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 13/11/2012, lavrado nos autos da Apelação nº 7-53.2006.7.01.0101. Adv. Drs. Fernando Fragoso e Fernando Antonio Osório Tabet.

O Tribunal, por maioria, rejeitou os Embargos defensivos, para manter irretocável o Acórdão hostilizado por seus jurídicos fundamentos. Os Ministros ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA (Relator), MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES conheciam e acolhiam os Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa, para fazer prevalecer o voto vencido da lavra do Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, reformando o Acórdão Embargado, mantendo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Sentença a quo que absolveu o Civil GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA em relação ao delito previsto no art. 251 do CPM, com fulcro no art. 439, alínea ‘e’, do CPPM. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR e JOSÉ COÊLHO FERREIRA acolhiam parcialmente os Embargos opostos pela Defesa para, mantendo a condenação do Embargante, reduzir-lhe a pena para 2 anos de reclusão e conceder-lhe o benefício do sursis pelo prazo de 2 anos. Relator para o Acórdão Ministro ALVARO LUIZ PINTO (Revisor). O Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA (Relator) fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Fernando Fragoso, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho.” (fl. 1.001).

Aprovada pelos Ministros em 3/10/2013, a Ata da Sessão de Julgamento foi publicada no DJe nº 189/2013, no dia 7 seguinte.

Ao tratar dos atos e formalidades do processo, o normativo interno desta Corte traz disposição no seguinte sentido, *in verbis*:

“Art. 48. As atas serão lidas e submetidas à aprovação na sessão seguinte.

§ 1º As atas das sessões de julgamento serão lavradas no dia útil imediato ao de sua aprovação, e publicadas no Diário da Justiça Eletrônico, delas devendo constar:

(...)

IX - julgamentos - relação dos processos, na ordem em que foram relatados e julgados, com indicação:

(...)

*c) **do(s) nome(s) do(s) Ministro(s) que, de acordo com o § 8º do art. 51, deverá(ão) apresentar declaração escrita de voto;***

(...)

*§ 2º **Contra erro contido na ata, poderá o interessado reclamar, uma única vez, dentro de 48 horas de sua publicação, em Petição dirigida ao Presidente do Tribunal, que a submeterá ao Plenário na sessão seguinte. (...)**” (grifamos).*

Assim é que, conforme orientação contida no § 2º do art. 48 supra transcrito, discordando dos termos em que foi aprovada a Ata da Sessão de Julgamento, a parte interessada deveria ter ajuizado, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da publicação, petição dirigida ao Presidente do Tribunal, do que a Defesa do Civil GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA se desincumbiu.

Como se vê, as alegações do Embargante não encontram amparo, inexistindo, no Acórdão embargado, qualquer irregularidade a ensejar a sua nulidade.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade do Acórdão lavrado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, suscitada pela Defesa.

MÉRITO

No mérito, a Defesa aduz a existência, no Acórdão prolatado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, de contradição e de omissão.

No entanto, limita-se a apontar, como matéria para discussão, questões relacionadas exclusivamente ao conjunto fático-probatório, com

o intuito de provocar o reexame dos fundamentos da decisão embargada, o que, por óbvio, é incabível em sede de embargos declaratórios.

Conforme leciona o renomado mestre GUILHERME DE SOUZA NUCCI, in “Código de processo penal militar comentado”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 484, *in verbis*:

“1327. Reavaliação das provas e dos fatos: impossibilidade. Os embargos de declaração não têm o caráter de reavaliação da valoração feita aos fatos, nem tampouco das provas. Trata-se de recurso exclusivo para situações excepcionais, quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. (...)”.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁶⁷, do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸ e deste Superior Tribunal Militar⁶⁹. Precedentes.

Ademais, as provas que embasaram o decreto condenatório são suficientes e foram todas minuciosamente enfrentadas no Acórdão da Apelação, julgada na Sessão de 13 de novembro de 2012, ocasião em que o Tribunal, por maioria, reformou a Sentença absolutória e condenou o Civil GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA a 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 251 do CPM, fixando o regime aberto para o cumprimento da pena.

Ao contrário do que alega a Defesa, o comentário acerca da “(...) enorme semelhança verificada a olho nu entre a assinatura firmada pela pessoa que apresentou a DIRPF do ano de 1999 (...) em nome da já falecida Sra. SYLVIA TAVARES CORRÊA MEYER (...) e a produzida por GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA no Mandado de Intimação do Acórdão da Apelação nº 7-53.2006.7.01.0101 (...)” e que “(...) não foi objeto de exame grafotécnico”, não foi utilizado como prova, não tendo influenciado na manutenção do decreto condenatório, até porque, parece esquecer-se o nobre advogado, o acórdão do qual ora recorre é o dos “Embargos Infringentes do Julgado”, cuja própria natureza impõe fique restrito à parte em que “(...) não tenha havido unanimidade” (art. 119, § 1º, do RISTM).

⁶⁷ Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 112.593/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, Julg. 8/10/2013, DJe 8/11/2013.

⁶⁸ Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 7.348/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, Julg. 30/6/1999, DJ 23/8/1999.

⁶⁹ Embargos de Declaração nº 125-81.2011.7.03.0203/RS, Rel. Min. Marcos Martins Torres, Julg. 21/11/2013, DJe 19/12/2013.

No que diz respeito à **dosimetria da pena** imposta ao Embargante, os fundamentos lançados na Apelação, e reproduzidos às fls. 1.017/1.018 do Acórdão embargado, são suficientes, claros e coerentes, revelando que o Plenário rigorosamente observou o sistema trifásico previsto no art. 69 do CPM, com a descrição, a análise e a ponderação de todas as circunstâncias judiciais, não havendo que se falar em ocorrência de omissão.

Assim, tendo sido a condenação proferida de modo claro e objetivo, sem qualquer necessidade de esclarecimento, é de manter-se íntegro o Acórdão recorrido.

Isso posto, rejeitada a **preliminar** arguida pela Defesa do Civil GUIDO ROGÉRIO MACEDO SILVEIRA, de nulidade do Acórdão lavrado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, no **mérito**, rejeito os Embargos de Declaração defensivos, por inexistência de vício de contradição ou de omissão a ser sanado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pela Defesa do Civil Guido Rogério Macedo Silveira, de nulidade do Acórdão lavrado nos autos dos Embargos nº 7-53.2006.7.01.0101/RJ, e, no mérito, em rejeitar os Embargos de Declaração defensivos, por inexistência de vício de contradição ou de omissão a ser sanado.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 82-24.2012.7.00.0000-DF

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Embargante – O Ministério Público Militar e Luis Fernando Assumpção da Silva, ex-1º Ten Mar.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 28/11/2013, lavrado nos autos da Petição nº 82-24.2012.7.00.0000.

Advogado – Dr. Mario Rebello de Oliveira Neto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFESA. RESTITUIÇÃO DE DIREITOS PERDIDOS PELO EMBARGANTE. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR CIRCUNSCRITA AO RESTABELECIMENTO DO POSTO E DA PATENTE DO OFICIAL. ANÁLISE DOS CONSECUTÓRIOS. RESPONSABILIDADE DA FORÇA ARMADA A QUE PERTENCE O MILITAR. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. OMISSÃO APONTADA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE QUANTO AO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS. STATUS LIBERTATIS. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 694 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. OBSCURIDADES, CONTRADIÇÕES, OMISSÕES OU AMBIGUIDADES NÃO COMPROVADAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. UNANIMIDADE. Cabe à Força Armada a que pertence o militar a apreciação das consequências administrativas da Decisão do Superior Tribunal Militar que, declarando nulo o Julgamento da Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato, restabelece o posto e a patente do Oficial. A concessão de habeas corpus, de ofício, decorreu da absoluta ausência de dispositivo legal ou regimental a permitir a reapreciação da matéria em consequência da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que declarou a nulidade ab initio do processo e, conseqüentemente, da condenação que deu origem à Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato e que culminou com a declaração da perda do posto e da patente do então Oficial, em consequência do que se torna inaplicável o teor do Enunciado nº 694 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Consoante reiterada jurisprudência dos Pretórios, os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma do decisor, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e rejeitou os Embargos Declaratórios opostos pela Defesa do ex-1º Ten Mar Luis Fernando Assumpção da Silva e pelo Ministério Público Militar, mantendo íntegro o Acórdão hostilizado, por inexistir qualquer obscuridade, contradição, omissão ou ambiguidade.

Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Marcos Martins Torres e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 24ª Sessão, 8/4/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Defesa do ex-1º Ten Mar LUIS FERNANDO ASSUMPCÃO DA SILVA e pelo Ministério Público Militar contra Acórdão desta Corte, lavrado nos autos da Petição nº 82-24.2012.7.00.0000, cujo julgamento ocorreu no dia 28 de novembro de 2013.

O Acórdão hostilizado foi assim ementado:

“PETIÇÃO. DEFESA. CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A DOIS ANOS. TRÂNSITO EM JULGADO. REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO FORMULADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. JULGAMENTO PELO PLENÁRIO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. INDIGNIDADE DECLARADA. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. REVISÃO CRIMINAL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ANULAÇÃO AB INITIO DO PROCESSO QUE RESULTOU NA CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL PELO DECURSO DO TEMPO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PGJM. ACOLHIMENTO. CONCES-

SÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NULIDADE DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO OBJETIVO.

A Revisão Criminal destina-se à correção de erros judiciais com influência no ius libertatis decorrente de condenação criminal transitada em julgado, portanto refere-se a ações penais. Como consequência, consoante a jurisprudência desta Corte Castrense, a Revisão Criminal não é instrumento processual hábil para desconstituir Acórdão proferido em Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato, ainda que o citado processo tenha natureza jurisdicional.

O direito de petição, constitucionalmente assegurado, e previsto no art. 156 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, não alcança postulação de natureza jurisdicional, razão pela qual não se conhece da Petição para reapreciar matéria debatida em Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato.

A anulação ab initio, em sede de Revisão Criminal, do processo que resultou na condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, retira do Oficial a legitimidade para figurar no polo passivo da Representação para declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato, o que importa nulidade do processo por ausência de condição específica de procedibilidade.”.

O Acórdão foi publicado no Diário de Justiça eletrônico em 22 de janeiro de 2014 (fl. 103) e, nessa mesma data, dele tomou ciência o Órgão ministerial (fl. 104).

A Defesa interpôs os Embargos declaratórios em 17 de dezembro de 2013, por intermédio de petição eletrônica, tendo sido protocolados os originais em 20 de dezembro de 2013 (fls. 108/112).

Em seu arrazoado, a Defesa pugnou pelo recebimento do Recurso, a fim de que constasse do Acórdão “a restituição dos direitos perdidos do Embargante” (fl. 111).

O Órgão ministerial, por intermédio do Procurador-Geral da Justiça Militar, interpôs Embargos de Declaração em 27 de janeiro de 2014 (fls. 113/115), pugnando pelo acolhimento do Recurso a fim de que:

“(…) a) seja suprida a omissão de discussão quanto ao não cabimento de Habeas Corpus, por imperativo constitucio-

nal, quando não se está em jogo o status libertatis do indivíduo, emprestando-lhes efeitos infringentes para anular-se o v. acórdão prolatado às fls. 80/101; e

b) subsidiariamente, sejam eles acolhidos para que seja suprida a omissão de debate com relação ao não cabimento do writ previsto no art. 5º, LXVIII, da CRFB, para o restabelecimento do posto e patente, haja vista tratar-se de matéria que não envolve o status libertatis do requerente.”.

Em sua argumentação, sustentou a PGJM que a concessão do Habeas Corpus por este Plenário para restabelecer o posto e a patente do ex-Oficial desvirtuou o mandamento constitucional que tem por finalidade afastar a “ilegalidade ou o abuso do poder que resultem em violência ou coação à liberdade de locomoção do paciente”.

É o Relatório.

VOTO

Os Embargos de Declaração foram opostos por parte legítima e tempestivamente.

O art. 542 do CPPM e o art. 125 do Regimento Interno desta Corte exigem, tão somente, a “indicação” de pontos em que haja ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, requisito que foi cumprido na presente oposição. Por tais razões, preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos, admito o presente Recurso.

Tratando-se de oposição de Embargos de Declaração em que são apontadas supostas omissões, tanto pela Defesa quanto pelo Ministério Público Militar, passo à análise dos Recursos, em separado, ressalvando que a omissão de um Acórdão pode se configurar “quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício, ou quando não se manifesta sobre algum tópico submetido à sua apreciação (...)” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*. 5. ed. Revista dos Tribunais. p. 228).

A Defesa opôs os presentes aclaratórios, argumentando que o Acórdão não declarou “que estavam restituídos o posto e a patente do Embargante, **bem como todos os seus direitos perdidos.**” (Grifo no original).

Não assiste razão ao Embargante.

No julgamento da Petição, este Plenário assim decidiu:

“(...) por maioria, em acolher a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar e não conhecer da presente Petição por falta de amparo legal, e em conceder habeas corpus, de ofício, para declarar a nulidade da Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato nº 02-90.1994.7.00.0000 (1994.01.000032-6/RJ), restabelecendo o posto e a patente do ex-1º Ten Mar LUIS FERNANDO ASSUMPÇÃO DA SILVA”.

Ao cotejar o pleito defensivo com o Acórdão hostilizado, constata-se que a pretensão do Embargante restringe-se ao reconhecimento de eventuais consectários decorrentes do restabelecimento do posto e da patente do Embargante.

Os direitos perdidos a que se referiu a Defesa devem ser examinados no âmbito dos Órgãos competentes da Marinha do Brasil, a quem cabe a apreciação das consequências administrativas da Decisão deste Plenário, que declarou nulo o Julgamento da Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato.

Como Tribunal de Honra, *in casu*, esta Corte Castrense tem sua competência limitada à análise dos efeitos da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que declarou a nulidade *ab initio* do processo em que o Embargante havia sido condenado pelo crime de estupro. Reconhecida a nulidade da Representação formulada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, uma vez que ausente o requisito objetivo da condenação superior a dois anos, e decidido pelo restabelecimento do posto e da patente do Embargante, não cabe a este Plenário pronunciar-se sobre os seus direitos perdidos, por se tratar de tema circunscrito à seara de apreciação da Administração Militar.

Razões expostas, não merece reparo o Acórdão embargado, sob o ponto de vista de eventual omissão arguida pela Defesa.

Passo à análise do Recurso da Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

O Órgão ministerial apontou *“a omissão de discussão quanto ao não cabimento de Habeas Corpus”*, quando não está em jogo o *status*

libertatis, requerendo o acolhimento dos aclaratórios, emprestando-lhes efeitos infringentes para anular o Acórdão vergastado e, subsidiariamente, que fossem acolhidos para suprir “a omissão de debate com relação ao não cabimento do writ previsto no art. 5º, LXVIII, da CRFB”, pelo mesmo motivo anteriormente delineado.

O argumento ministerial também se escudou no voto vencido da lavra do eminente Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, segundo o qual “Dar amplitude ao writ para trancar procedimento administrativo de sindicância, ao argumento de ilegalidade ou de abuso de poder, é desbordar da destinação constitucional desse precioso instrumento de proteção do direito de ir e vir. Aliás, esta Corte tem restringido o uso do habeas corpus quando evidenciada a ausência de violação ou ameaça à liberdade de locomoção.”.

O citado voto vencido ainda fez referência ao Enunciado nº 694 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando conta de que “Não cabe habeas corpus contra a imposição de pena de exclusão do militar ou de perda de patente ou de função pública.”.

Verifico não assistir razão ao Órgão ministerial.

Primeiramente, devo ressaltar que inexistiu a apontada omissão.

Consoante o trecho doutrinário citado anteriormente, aquela somente se verifica “quando o juízo ou tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício, ou quando não se manifesta sobre algum tópico submetido à sua apreciação (...)”.

No julgamento da Petição apresentada pela Defesa do Embargante, o voto condutor do Acórdão não somente trouxe à discussão a concessão do *Habeas Corpus*, mas delineou exaustivamente os motivos pelos quais ele seria o único instrumento cabível no caso concreto, tese que foi acolhida pela ampla maioria deste Colegiado.

A proposição submetida à apreciação do Plenário decorria da absoluta ausência de dispositivo legal ou regimental a permitir a reapreciação da matéria em consequência da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que declarou a nulidade *ab initio* do processo e, conseqüentemente, da condenação que deu origem à Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato e que culminou com a declaração da perda de seu posto e de sua patente.

Releva notar que, no voto condutor, fiz questão de delinear os motivos pelos quais não caberia o reexame da matéria decidida na Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato pela via eleita da Petição, e também da Revisão Criminal.

Não obstante o teor da citada Súmula do Supremo Tribunal Federal, forjado na esteira de inúmeros precedentes daquela Suprema Corte que consolidaram o entendimento segundo o qual “*Não é suscetível de conhecimento o Habeas Corpus, quando impetrado contra ato estatal de que não resulta ofensa, atual ou iminente, à liberdade de locomoção física*”, o seu conteúdo não é aplicável ao caso vertente.

Isso porque, à míngua de Recurso cabível para reabrir a discussão sobre a matéria trazida pela Defesa, não se deveria permitir que um detalhe de ordem jurídica determinasse a manutenção da Decisão deste Plenário que declarou a perda do posto e da patente do Embargante, quando, contra ele, não mais subsistia a condição *sine qua non* da Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato, qual seja, a condenação superior a dois anos.

Não se trata aqui, portanto, de mera leitura do dispositivo constitucional que versa sobre a concessão do remédio heroico, tampouco da aplicação indiscriminada do Enunciado da Súmula nº 694 da Jurisprudência do STF, mas da correção de um equívoco que se arrastou por longos anos, por absoluta falta de sensibilidade do regramento específico sobre os Recursos a serem interpostos contra as Decisões desta Corte.

A propósito, cheguei a indagar em meu voto condutor: “*Seria razoável que o Superior Tribunal Militar fosse o único Tribunal do País em que uma Decisão em processo originário não poderia ser revista, diante de um fato novo com potencial para, pelo menos em tese, mudar o curso da Decisão anteriormente prolatada?*” (fl. 92).

Objetivamente, após profunda reflexão delineada no voto condutor da Decisão prolatada por este Plenário, cheguei à conclusão de que a resposta seria negativa.

Apenas para rememorar, revela-se oportuna a transcrição de alguns trechos do voto condutor do Acórdão (fls. 89/101):

“(…) A Procuradoria-Geral da Justiça Militar suscitou questão relacionada à admissibilidade da presente Petição, ma-

nifestando-se no sentido de que, no presente caso, não se poderia utilizar esse expediente em virtude da expressa vedação contida no art. 156 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (fl. 29).

Conforme salientei no Relatório, tratam os autos de Petição apresentada pelo ex-1º Ten Mar LUIS FERNANDO ASSUMPÇÃO DA SILVA, na qual foi requerida a decretação da nulidade ab initio da Representação para Declaração de Indignidade de nº 1994.01.000032-6, que o julgou indigno para com o oficialato, restituindo o seu status quo ante, com relação à sua situação militar, bem como o restabelecimento de todos os seus direitos perdidos.

A citada Representação, formulada pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, decorreu do julgamento da Apelação Criminal nº 197/92-RJ a que foi submetido o Peticionário, no qual a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 16 de junho de 1992, condenou-o à pena de 5 anos de reclusão, pela prática do crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal Comum.

Esta Corte Castrense, em 23 de março de 1995, por unanimidade de votos, declarou o então 1º Ten Mar LUIS FERNANDO ASSUMPÇÃO DA SILVA indigno para com o oficialato, determinando, por maioria de votos, a perda do seu posto e patente.

Em 10 de abril de 1996, a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Revisão Criminal nº 21/1995 (fls. 6/12, Revisão Criminal nº 2008.01.001326-8), por maioria de votos, julgou procedente o pedido revisional formulado pela Defesa do peticionário, para declarar a nulidade ab initio do processo que o havia condenado pelo crime de estupro, por ilegitimidade autoral, no caso, o Ministério Público, declarando, por via de consequência, extinta a punibilidade pela decadência.

(...)

Rememorados os passos seguidos pela Defesa do Peticionário, submeto ao Plenário desta Corte Castrense o presente caso que, ao meu sentir, apresenta particular repercussão, tendo merecido, por parte deste Relator, aprofundado estudo, a fim de alcançar uma solução, a mais próxima possível da essência das Decisões desta Corte Castrense, qual seja, a promoção da Justiça.

Adianto a Vossas Excelências que não se trata de mera discussão em torno do não conhecimento da Petição por falta de amparo legal, pela simples invocação do art. 156 do Regimento Interno desta Corte, mas da constatação de que, ao longo desses muitos anos, a Defesa deparou-se com verdadeiros óbices ao seu legítimo direito de ver discutida a matéria, não em relação às exaustivas discussões havidas por ocasião do julgamento da Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato que declarou a perda do posto e da patente do Requerente, mas, sim, sob o enfoque de um fato novo, qual seja, a anulação ab initio da ação penal que condenou o então Oficial de Marinha pelo crime de estupro.

Em análise preliminar, é de se supor ausente a condição de procedibilidade para a formulação, pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato, uma vez que não mais existe uma condenação superior a dois anos alcançando o Peticionário.

Exsurge, portanto, a seguinte indagação: se, por um lado, nos estritos termos do art. 156 do Regimento Interno desta Corte Castrense, não se pode conhecer do Recurso, de que forma e através de que Recurso seria possível a Defesa ver reapreciada a matéria constante da Representação, em consequência da nulidade ab initio do processo que resultou na sua condenação a pena de 5 (cinco) anos de reclusão?

Reflitamos sobre o tema.

Seria razoável que o Superior Tribunal Militar fosse o único Tribunal do País em que uma Decisão em processo originário não poderia ser revista, diante de um fato novo com potencial para, pelo menos em tese, mudar o curso da Decisão anteriormente prolatada?

(...)

Apenas para rememorar o fato que deu origem à presente Petição, em 10 de abril de 1996, a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Revisão Criminal nº 21/1995 (fls. 6/12, Revisão Criminal nº 2008.01.001326-8), por maioria de votos, julgou procedente o pedido revisional formulado, para declarar a nulidade ab initio do processo que havia condenado o Oficial Peticionário pelo crime de estupro, por ilegitimidade autoral, no caso, o Ministério

Público, declarando, por via de consequência, extinta a punibilidade pela decadência.

Segundo a ótica da Defesa, anulado o processo criminal, restaria afastado o fundamento da formulação da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato.

Considerando que o julgamento da Representação formulada pela PGJM ocorreu em 23 de março de 1995, quando este Tribunal julgou o então 1º Ten Mar LUIS FERNANDO ASSUMPTÃO DA SILVA indigno para com o oficialato, declarando a perda do seu posto e de sua patente, é lícito concluir que, à Defesa, não mais lhe socorria prazo para a interposição de Recurso que pudesse rediscutir a matéria sob a nova ótica por ela sustentada.

Afinal, ao compulsar o Regimento Interno desta Corte, mais especificamente o Capítulo IV, que trata da Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato, em cotejamento com o Capítulo VI, que versa sobre os Recursos contra Decisões do Tribunal, e com o Capítulo VII, que dispõe sobre os Recursos para o Supremo Tribunal Federal, pude verificar que inexistente instrumento apto a amparar a pretensão defensiva.

Ainda que se pudesse reconhecer a possibilidade dos Embargos de Nulidade, previstos no art. 119 do RISTM, como meio próprio à rediscussão da matéria debatida, in casu, a sua interposição restaria fulminada pela intempestividade.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar sugeriu em seu arazoado a aplicação analógica do instituto da ação rescisória, o que, ainda assim, correria o risco de igualmente não ser admitida por absoluta falta de previsão legal em nosso ordenamento jurídico-militar.

Uma alternativa de solução para o impasse processual seria conhecer da presente Petição, recebendo-a como Revisão Criminal, reapreciando a matéria julgada por esta Corte Castrense nos autos da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato, à luz da alínea 'c' do artigo 551 do CPPM, que assim dispõe:

'Art. 551. A revisão dos processos findos será admitida:

(...)

c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena.’

(...)

De fato, consoante a jurisprudência desta Corte Castrense, é incabível a Revisão Criminal para desconstituir Decisão em sede de Representação para a Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato.

(...)

No entanto, ainda que de natureza jurisdicional, a Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato não poderia ser atacada, no caso dos autos, pela Revisão Criminal, tendo em vista que esta se destina à correção de erros judiciários com influência no *ius libertatis* decorrente de condenação criminal transitada em julgado, portanto, refere-se a ações penais.

Demonstrada a impossibilidade de Revisão Criminal, in casu, resta analisar o cabimento da Petição, não sem antes salientar que, consoante o escólio de José Carlos Barbosa Moreira, Recurso é ‘o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação’. (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, 1ª ed., v. 5, Rio de Janeiro, Forense, p. 187-191).

(...)

Destina-se, pois, a Petição a suprir eventual ausência de previsão legal que impeça o cidadão de recorrer ao Judiciário contra qualquer ilegalidade ou abuso de poder, jamais como instância recursal com o objetivo de reapreciar matéria já submetida ao Tribunal, por intermédio da competente via Recursal.

Portanto, o direito de petição, constitucionalmente assegurado, não alcança postulação de natureza jurisdicional.

(...)

Portanto, estando claro o caráter jurisdicional da Decisão emanada por este Plenário na Representação para Declaração de Indignidade, lícito é concluir pela impossibilidade de acolher a Petição apresentada pela Defesa, com vista a rediscutir a matéria anteriormente apreciada.

Não por acaso, a dicção do art. 156 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar afasta a possibilidade de conhecimento do pedido formulado na Petição, uma vez que a Decisão do procedimento de natureza especial formulado pela PGJM, conforme já assinalado, encerra conteúdo jurisdicional.

(...)

Diante das particularidades que envolvem os presentes autos, não se pode desconsiderar que a Defesa do então Oficial da Marinha do Brasil logrou êxito, em sede de Revisão Criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em anular ab initio a ação penal que resultou na condenação superior a dois anos.

Essa condenação, tornada nula, constituiu o fundamento para a formulação, pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, da Representação para a Declaração de Indignidade / Incompatibilidade para com o Oficialato.

Conforme salientado anteriormente, a perda do posto e da patente do então Oficial poderia ser objeto de apreciação pelos Embargos de Nulidade no contexto da anulação ab initio consolidada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consoante a redação do inciso II do artigo 119 do RISTM.

Ocorre, no entanto, que essa possibilidade restou fulminada pela intempestividade, fenômeno a que não deu causa a Defesa do Representado, devo ressaltar.

Afinal, o julgamento da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato pelo Plenário deste Tribunal ocorreu em 23 de março de 1995 e a Decisão do Tribunal Criminal estadual somente em 10 de abril de 1996, quando restou anulado ab initio o processo em que o Peticionário foi condenado a pena superior a 2 (dois) anos. Em face do tempo decorrido, a legislação processual penal militar e o Regimento Interno deste Tribunal não dispõem de previsão recursal para rediscussão da matéria.

(...)

Reafirmo que a Defesa do Peticionário pretende fazer valer o argumento segundo o qual, ao ser anulado o processo ab initio e declarada a extinção da punibilidade pela decadência, estar-se-ia diante da ausência do próprio fundamento do procedimento formulado pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar

que culminou com a perda do posto e da patente do então Oficial.

O citado argumento merece acolhimento.

Se, por um lado, é inegável que os fatos narrados resvalaram nos preceitos da ética e do dever militares, atingindo diretamente a honra e o pundonor, o decoro da classe, a hierarquia e a disciplina, por outro, essa discussão não poderia ser levada a efeito senão em processo de Conselho de Justificação.

Entretanto, em 15 de dezembro de 1997, em Acórdão prolatado por esta Corte Castrense nos autos do Conselho de Justificação nº 143-4, de 1994, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex Jorge F. M. de Sant'anna, o referido procedimento administrativo foi anulado ab initio, pela 'falta de competência da autoridade que nomeou os seus membros, ex vi do art. 4º, inciso I, da lei nº 5.836/72, c/c o art. 500, inciso I, do CPPM e artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal, determinando o arquivamento dos autos em razão da impossibilidade de renovação do feito em face da sua prescrição'. O referido Acórdão transitou em julgado em 27 de março de 1998.

(...)

Delineados os argumentos julgados cabíveis, não se podendo conhecer da Petição, nem recebê-la como Revisão Criminal, por absoluta ausência de previsão legal, posiciono-me pela concessão de Habeas Corpus, de ofício, na esteira da recentíssima Decisão dos Embargos nº 3-84.2008.7.00.0000/SP, na qual este Tribunal, por maioria de votos, 'não conheceu dos Embargos Infringentes do Julgado opostos pelo Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS, por falta de previsão regimental, e concedeu habeas corpus, de ofício, para declarar a prescrição dos fatos constantes do libelo acusatório.'

O Acórdão foi assim ementado (DJe: 19/11/2013):

'EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE HABEAS CORPUS.

O recurso deve ter previsão legal, isto é, precisa estar distinguido na lei como mecanismo processual adequado para o enfrentamento de um determinado tipo de decisão.

Inexistência de previsão legal para a oposição de Embargos Infringentes do Julgado em face de Acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar em Conselho de Justificação.

Embargos não conhecidos.

Inconformismo defensivo que, todavia, deve ser conhecido de ofício: a uma porque versa sobre matéria de ordem pública, qual seja, a prescrição; e, a duas e sobretudo, porque objeta Decisão proferida em flagrante contrariedade à lei e, mais do que isso, desatenta ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Concessão, de ofício, de Habeas Corpus para declarar a prescrição dos fatos constantes do libelo acusatório do Conselho de Justificação.

Por maioria'.

Naquele caso, tratava-se de Conselho de Justificação que declarou a perda do posto e da patente do citado Oficial do Exército brasileiro, porém, deixando de reconhecer a prescrição dos fatos narrados no libelo acusatório.

Desde a edição da Emenda nº 20 que alterou a redação do inciso II do artigo 119 do Regimento Interno do STM (DJe: 14/12/2012), não mais existe a possibilidade de Recurso contra Decisão oriunda de Conselho de Justificação, razão pela qual, não conhecendo do Recurso interposto, foi concedido Habeas Corpus, de ofício, mesmo não se tratando de ilegalidade ou abuso de poder a interferir no status libertatis do Justificante.

Razões expostas, seguindo a mesma linha de raciocínio deste Plenário no citado precedente, posiciono-me pelo não conhecimento da Petição, porém, com a concessão de Habeas Corpus, de ofício. (...)"

A transcrição acima revela que este Plenário discutiu o cabimento do *Habeas Corpus* no julgamento da Petição apresentada pela Defesa do Embargante, ocasião em que a maioria dos ministros decidiu pela sua concessão, de ofício, haja vista a ausência de dispositivo legal ou regimental a amparar a pretensão defensiva.

Diante do contexto fático em que se achava presente a anulação *ab initio* e, em consequência, a inexistência do fato gerador da Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o

Oficialato e, ao mesmo tempo, a condenação do Peticionário à perda do seu posto e de sua patente em razão da citada Representação, urgia encontrar uma forma de impedir que uma injustiça se perpetrasse no seio da mesma Justiça que, de forma emblemática e pioneira, concedeu a primeira medida liminar em *Habeas Corpus*, figura até então desconhecida da legislação de regência.

Acerca da inovação capitaneada por esta Corte Castrense na Decisão do saudoso Ministro Alte Esq José Espíndola (cf. RTJ, 33/590), posteriormente surgiu outro caso, em novembro de 1964, em que a Auditoria da 4ª Região Militar decretou a prisão de Mauro Borges, então Governador do Estado de Goiás.

As tropas sediadas em Anápolis-GO já se dirigiam para Goiânia, a fim de dar cumprimento à ordem, quando foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 41.296, distribuído ao então Ministro-Relator Gonçalves de Oliveira em dia em que não havia Sessão Plenária ou de qualquer das Turmas do Supremo Tribunal Federal, em decorrência do que Sua Excelência concedeu a liminar ao argumento de que nada adiantaria a apreciação do *habeas corpus*, haja vista que já estaria consumada a violência contra o Impetrante.

Em sua Decisão, assim ressaltou o eminente Ministro daquela Corte Suprema, resalte-se, à míngua de dispositivo legal que amparasse a concessão de medida liminar em *Habeas Corpus*:

“Se no mandado de segurança pode o Relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no habeas corpus, não pudesse ser concedida”.

Após essa emblemática Decisão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem em votação unânime.

Se nas oportunidades assinaladas, esta Corte Castrense e o Supremo Tribunal Federal buscaram a aplicação da Justiça, indago o porquê de se escudar em mera ausência de previsão legal ou regimental para perpetrar a injustiça?

Ressalto que este Plenário concluiu, após muito discutir, que a concessão do *Habeas Corpus* era o único meio capaz de devolver ao Peticionário o *status quo* anterior àquele decorrente do Julgamento da

Representação para Declaração de Indignidade para com o Oficialato, por não mais subsistir contra ele condenação superior a dois anos a justificar a perda do seu posto e patente.

Ao justificar a aplicação do remédio heroico, o voto condutor do Acórdão embargado, além de percorrer longo caminho, escudou-se em precedente desta Corte Castrense publicado no Diário de Justiça eletrônico de 19 de novembro de 2013.

Percebe-se, pois, que inexistiu a alegada omissão acerca da discussão quanto ao não cabimento do Habeas Corpus. Este Plenário, ao assegurar ao Peticionário a aplicação de um último Recurso passível de corrigir a injustiça que já se arrastava há mais de 17 (dezesete) anos, não violou o postulado consagrado no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Analisando, por fim, o pedido da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que pretende emprestar aos presentes Embargos de Declaração efeitos infringentes.

A tese ministerial não merece prosperar.

Os Embargos de Declaração foram opostos a pretexto de suprir a omissão de discussão quanto ao não cabimento de *Habeas Corpus*, quando não está em jogo o *status libertatis* do indivíduo.

Consoante a reiterada jurisprudência dos Pretórios, “os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma do decisor, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais (...)” (Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nº 681.331, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe: 10/9/2010).

Esta Corte comunga do mesmo entendimento, conforme se verifica do seguinte precedente:

“Embargos de Declaração nº 97-03.2013.7.05.0005/PR (DJe: 10/12/2013)

Relator: Ministro José Coêlho Ferreira

Ementa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IN EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE O ACÓRDÃO INCIDIU EM OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS OPOSTOS COM EFEITOS INFRINGENTES. REJEIÇÃO.

I - O embargante deixou de apontar os pontos omissos e contraditórios no Acórdão embargado, preocupando-se, tão somente, em apontá-los para demonstrar equívocos que entende presentes na atuação do corpo médico do Exército e dos peritos que atuaram no Incidente de Insanidade Mental.

II - É firme a jurisprudência dos Tribunais, segundo a qual só há possibilidade de oposição de embargos declaratórios, com efeitos infringentes, em se tratando de decisões claramente teratológicas, o que não é o caso dos autos. Embargos de Declaração rejeitados. Decisão unânime.” (Grifo nosso).

Comprovada a inexistência de omissão, não merece reparo o Acórdão embargado e, por incabível, resta afastada a atribuição de efeitos infringentes aos presentes aclaratórios.

Diante do exposto, inexistindo qualquer obscuridade, contradição, omissão ou ambiguidade, conheço e rejeito os Embargos Declaratórios opostos pela Defesa do ex-1º Ten LUIS FERNANDO ASSUMPCÃO DA SILVA e pelo Ministério Público Militar, mantendo íntegro o Acórdão hostilizado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conhecer e rejeitar os Embargos Declaratórios opostos pela Defesa do ex-1º Ten Luis Fernando Assumpção da Silva e pelo Ministério Público Militar, mantendo íntegro o Acórdão hostilizado.

Brasília, 8 de abril de 2014 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.



Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 10-66.2014.7.00.0000-AM

Relator – Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Paciente – Aldeir Santos Oliveira, ex-Sd Ex.

Impetrante – Defensoria Pública da União e Valéria da Silva Nakashima, estagiária.

EMENTA

Habeas Corpus. Estelionato. **Autor e Vítima** militares da ativa. Competência da Justiça Militar da União. Denegação da **Ordem**. Hipótese em que o **Acusado**, então Soldado do Exército, encontra-se respondendo à **Ação Penal Militar** sob a acusação da prática de **Estelionato** em que a **Vítima**, à época, era também militar da ativa. É certo que a conduta do **Paciente** constitui crime militar em tese, **ex vi** do artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar, ressaíndo, daí, a competência da Justiça Militar da União para processá-lo e julgá-lo, de acordo com a previsão ínsita no artigo 124 da Constituição Federal. Como bem conclui o sempre lembrado Magistrado e Professor Célio Lobão, na esteira de longa e irrefutável lição a propósito, “**É militar o delito cometido por militar contra militar (alín. a, inc. II), independentemente da circunstância do lugar do crime, da condição de serviço ou outra qualquer, podendo os sujeitos ativo e passivo pertencerem à mesma ou à arma**

diversa” (“in” *Direito Penal Militar*, 3ª Ed., Brasília/DF, Brasília Jurídica, 2006, p. 120). Não se negue que – **conforme inclusive pondera a Impetrante e como também ressalta o próprio mestre Célio Lobão em sua prefalada lição** – há quem entenda ser imprescindível uma congruência entre a conduta específica do **Agente** e a destinação constitucional das Forças Armadas, para que, então, se possa falar em crime militar e, em consequência, da competência da Justiça Militar da União. Obviamente, nenhum reparo há que se fazer nesse entendimento, **desde que se ressalve que essa reclamada congruência não se resume àquela que salta aos olhos de qualquer um, conforme ocorre nos crimes propriamente militares e, principalmente, naqueles em que os bens jurídicos tutelados traduzem ofensa explícita e direta à destinação constitucional das Forças Armadas, como, por exemplo, o de Motim e Revolta**. Na esteira dessa ressalva, há que se reconhecer, pois, a existência dessa exigida congruência em formatos mais sutis, como sói acontecer sobretudo nos crimes impropriamente militares de natureza patrimonial, como é o caso. E assim é porque, nesses determinados delitos, a congruência do agir do **Agente** com os fins constitucionais das Forças Armadas não está às escâncaras nas suas tipificações e nas suas definições de tutela, mas sim expressa no quanto de nocividade que os seus resultados imediatos representam para a preservação das instituições da hierarquia e da disciplina e – **particularmente na hipótese** – para a indispensável confiança que deve existir entre militares, confiança que, à evidência, é um dos vetores dessas instituições. Nesses termos – **isto é, não só por força de disposições legais, mas, sobretudo, pelas firmes e irretocáveis razões que levaram o legislador a edificá-las** – bastante é a circunstância de ter sido o delito praticado por militar contra outro militar para atrair a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o **Paciente**. Denegação da **Ordem**. **Decisão** unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a ordem de **habeas corpus**, por falta de amparo legal.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra.

Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 13ª Sessão, 11/3/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela *Defensoria Pública da União* em favor do ex-Sd Ex ALDEIR SANTOS OLIVEIRA, o qual se encontra respondendo à *Ação Penal Militar nº 30-90.2011.7.12.0012*, em trâmite na Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, como incurso no artigo 251 do Código Penal Militar.

Em sua *Petição* de fls. 2 a 10 (25 a 33), a *Impetrante* investe contra a *Decisão* do Conselho Permanente de Justiça que indeferiu a *Exceção de Incompetência*, na qual foi questionada a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o *Paciente*.

Ainda no mesmo *Petítum*, a *Impetrante* – *após reproduzir a Exordial, discorre sobre o fato indigitado criminoso e expõe o seu entendimento sobre os fins das Forças Armadas e da própria Justiça Castrense* – sustenta, em suma, que “*a conduta atribuída à ora Paciente, civil, não atinge as funções típicas das Forças Armadas, quais sejam a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem*”.

À guisa de fecho da multicitada *Inicial*, pede a *Defensoria Pública da União* que, em sede de *liminar*, seja determinada a suspensão do processo e que, afinal, seja concedida a *Ordem* para “*anular ou reformar a decisão impetrada e remeter o feito à Justiça comum estadual*”.

A *Impetração* encontra-se ilustrada pelos anexos de fls. 11 a 14 (34 a 37).

A *liminar* pleiteada foi indeferida pela *Decisão* de fls. 18 e 19.

O Juiz-Auditor prestou *informações* às fls. 40 a 43, fazendo-as acompanhar dos anexos de fls. 44 a 117.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em **Parecer** de fls. 122 a 125, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, opina pelo conhecimento e denegação do **Habeas Corpus**.

É o Relatório.

VOTO

Conforme narra a **Denúncia** de fls. 44 a 46, o **Paciente**, então Soldado do Exército, executou saques indevidos da conta-corrente do, à época, também Soldado RAISON ARAGÃO ALBUQUERQUE, valendo-se, para tanto, de um cartão bancário furtado. Ainda de acordo com a **Exordial**, “**não há dúvida de que o Sd ALDEIR conscientemente, agindo de má-fé e usando meio fraudulento, lesou seu companheiro de farda, o também Sd RAISON, utilizando o artifício eletrônico para se apossar ilicitamente da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) que não lhe pertencia**”.

Ora, em que pese o quanto disse a **Impetrante** em sentido oposto, é certo que, **in casu**, a conduta do **Paciente** constitui crime militar, **ex vi** do artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar, ressaindo, daí, a competência da Justiça Militar da União para processá-lo e julgá-lo de acordo com previsão ínsita no artigo 124 da Constituição Federal.

Como bem conclui o sempre lembrado Magistrado e Professor Célio Lobão, na esteira de longa e irrefutável lição a propósito, “**É militar o delito cometido por militar contra militar (alín. a, inc. II), independentemente da circunstância do lugar do crime, da condição de serviço ou outra qualquer, podendo os sujeitos ativo e passivo pertencerem à mesma ou à arma diversa**” (in *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 120).

Não se negue que – **conforme inclusive pondera a Impetrante e como também ressalta o próprio mestre Célio Lobão em sua prefalada lição** – há quem entenda ser imprescindível uma congruência entre a conduta específica do **Agente** e a destinação constitucional das Forças Armadas, para que, então, se possa falar em crime militar e, em consequência, da competência da Justiça Militar da União.

Obviamente, nenhum reparo há que se fazer nesse entendimento, **desde que se ressalve que essa reclamada congruência não se resume àquela que salta aos olhos de qualquer um, conforme ocorre nos crimes propriamente militares e, principalmente, naqueles em que os**

bens jurídicos tutelados traduzem ofensa explícita e direta à destinação constitucional das Forças Armadas, como, por exemplo, o de Motim e Revolta.

Na esteira dessa ressalva, há que se reconhecer, pois, a existência dessa exigida congruência em formatos mais sutis, como sói acontecer sobretudo nos crimes impropriamente militares de natureza patrimonial, como é o caso. E assim é porque, nesses determinados delitos, a congruência do agir do **Agente** com os fins constitucionais das Forças Armadas não está às escâncaras nas suas tipificações e nas suas definições de tutela, mas sim expressa no quanto de nocividade que os seus resultados imediatos representam para a preservação das instituições da hierarquia e da disciplina e – **particularmente na hipótese** – para a indispensável confiança que deve existir entre militares, confiança que, à evidência, é um dos vetores dessas instituições.

Citado por Célio Lobão, o destacado doutrinador Esmeraldino Bandeira leciona bem a propósito que ***“crime impropriamente militar pode definir-se aquele que pela condição de militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das Forças Armadas”*** (in obra citada, p. 97).

Nesses termos – ***isto é, não só por força de disposições legais, mas, sobretudo, pelas firmes e irretocáveis razões que levaram o legislador a edificá-las*** –, bastante é a circunstância de ter sido o delito praticado por militar contra outro militar para atrair a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o **Paciente**.

Cumprido frisar, afinal, que a circunstância de não ser mais o **Acusado** militar da ativa não é significativa para afastar a competência da Justiça Militar da União na espécie, eis que, como sabem todos, um dos referenciais mandatários para fixá-la é o do tempo do crime.

O precedente que segue ementado bem resume o firme posicionamento do Superior Tribunal Militar em casos que tais:

“HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR EM IDÊNTICA SITUAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DO DESLIGAMENTO DOS ACUSADOS DA FORÇA. MANUTENÇÃO DO FORO CASTRENSE. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. É

pacífico o entendimento desta Corte acerca da competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes patrimoniais praticados por militares da ativa contra militares em igual situação. A conduta descrita na peça acusatória vai além do interesse de saber quem sofreu o dano, pois afeta os pilares da hierarquia e disciplina militares. Por tal razão, bem fez o legislador ao definir o crime militar e a competência desta Justiça Especializada quando o fato for praticado nas circunstâncias da alínea 'a' do inciso II do artigo 9º do CPM. Quisesse o legislador restringir a competência da Justiça Militar apenas para o julgamento dos crimes cometidos pelos militares, teria feito de forma expressa no artigo 124 da Constituição da República. Se assim não procedeu, fica clara a percepção de que os pacientes, mesmo não mais ostentando a condição de militares da ativa, podem ser julgados por esta Justiça Especializada, igualmente integrada ao Poder Judiciário, em que lhes são assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse caso, impõe-se a regra do tempus regit actum, pois, ao tempo do crime, os pacientes eram militares da ativa. Habeas Corpus conhecido, mas denegada a ordem por falta de amparo legal. Decisão unânime.” (Habeas Corpus 231-83.2013.7.00.0000/AM, Relator Ministro William de Oliveira Barros, julgado em 12/12/2013).

Também nesse sentido é o **Parecer** do **Custos Legis**, conforme denota o seguinte fragmento de sua manifestação, a qual, inclusive, merece ser adotada como razão adicional de decidir, **ipsis litteris**:

“A impetração do writ fixa-se na ideia que o denunciado não possui mais o status de militar, e o fato envolve patrimônio privado praticado fora da área militar. Portanto, não caracterizaria fato de competência da Justiça Militar da União.

Como apresentado pela Defesa, não se desconhece a tendência de algumas decisões dos Tribunais em tipificar a conduta descrita como um delito comum, não obstante nela vislumbrar-se os elementos do artigo 9º, inciso II, alínea 'a', do Código Penal Militar. Porém, como salientou o eminente Relator às fls. 18, ‘... o Paciente à época do delito era militar da Ativa do Exército, o mesmo ocorrendo com o Ofendido’.

O Superior Tribunal Militar mantém pacífico entendimento sobre a competência desta Justiça para processar e julgar os crimes patrimoniais praticados por militares da ativa contra mili-

tares em igual situação, confirmando em jurisprudência recente tal competência, verbis:

Habeas Corpus. Estelionato. Alegada incompetência da Justiça Militar. Militar da ativa contra militar em idêntica situação. Superveniência do desligamento dos acusados da força. Manutenção do foro Castrense. Ausência de nulidade processual.

Assim, a Defesa suscita tese superada na Corte Castrense, não apresenta amparo jurídico capaz de sustentar o declínio de competência para o juízo comum. Deve-se impor para tanto a regra do tempus regit actum, pois, ao tempo do crime, o paciente e o ofendido eram militares da ativa.”.

É o quanto basta.

Posto isso.

Denego a **Ordem** de **Habeas Corpus** por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em denegar a **Ordem** de **Habeas Corpus** por falta de amparo legal.

Brasília, 11 de março de 2014 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 26-20.2014.7.00.0000-RJ

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Relator para o Acórdão – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Paciente – Lucas Vieira Silva, ex-Sd Ex.

Impetrante – Dr. Geraldo Kautzner Marques.

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME CAPITULADO NO ART. 195 DO CPM. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENVOLVENDO OS CRIMES DE DESERÇÃO E ABANDONO DE POSTO. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM. I – Embora não seja admitida a análise aprofundada de fatos e provas na via estreita do habeas corpus, extrai-se das informações contidas nos autos que a descrição dos fatos e suas respectivas circunstâncias levam à conclusão de que as condutas típicas de abandono de posto e de deserção deram-se num mesmo contexto. II – Observa-se que o abandono de posto seria um crime-meio destinado a atingir o crime-fim, em cuja relação aquele estaria absorvido pelo crime de deserção. Ordem de habeas corpus concedida para trancar a ação penal militar por falta de justa causa. Decisão majoritária.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, conheceu e concedeu a ordem de *habeas corpus*, para trancar a Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101, a que responde o ex-Sd Ex Lucas Vieira Silva. Os Ministros Lúcio Mário de Barros Góes (Relator), Olympio Pereira da Silva Junior e Fernando Sérgio Galvão denegavam a Ordem por falta de amparo legal. Relator para o Acórdão Ministro José Coêlho Ferreira. O Relator fará voto vencido.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Olivei-

ra dos Santos e Lúcio Mário de Barros Côes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Marcos Martins Torres e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 22ª Sessão, 2/4/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por advogado constituído, em favor do ex-Sd Ex LUCAS VIEIRA SILVA, em que requer o trancamento da Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101, a que responde perante o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM.

2. Na Inicial de fls. 02/05, narra o impetrante que o MPM ofereceu denúncia em desfavor do Paciente, na qual lhe imputou a conduta prevista no art. 195 do CPM.

3. Aduz que, ao se manifestar sobre a pretensão estatal punitiva, apresentou resposta à acusação, argumentando que a intenção do Paciente no dia do fato era, efetivamente, ausentar-se da OM, como assim o fez, o que resultou na IPD nº 131-71.2013.7.01.0301, em trâmite na 3ª Auditoria da 1ª CJM.

4. Esclarece que, na Sessão realizada em 24/2/2014, o CPJ/Ex, por maioria (4x1), rejeitou a tese defensiva de aplicação do Princípio da Consunção (absorção do delito de abandono de posto pelo crime de deserção), bem assim a relativa ao fato de que a deserção teria sido extinta sem análise do mérito, uma vez que o Paciente foi considerado incapaz para o serviço do Exército.

5. Sustenta que a referida ação penal militar deve ser trancada ao argumento de que as condutas de abandono de posto (crime-meio) e o de deserção (crime-fim) se deram num único contexto, ou seja, o fato de o Paciente ausentar-se do serviço em 9/6/2013, com a finalidade de desertar. Deduz, assim, que o abandono de posto (delito de passagem) foi absorvido pela deserção (finalidade da conduta do Paciente), não havendo, no caso em tela, desígnios autônomos dentro daquela unidade fática.

6. Ao final, conclui que a manutenção do referido processo configura manifesto constrangimento ilegal, à luz do art. 467, alínea “c”, do CPPM.

7. A Inicial veio acompanhada de cópias da Denúncia (fls. 6/7), Resposta à Acusação (fls. 8/11), Certidão da 1ª Auditoria da 1ª CJM, informando sobre o arquivamento da IPD nº 131-71.2013.7.01.0301, a

que respondeu o Paciente (fl. 15), Termos de Inquirições de Testemunhas e de Qualificação e Interrogatório (fls. 16/20), e Ata da Sessão do CPJ/Ex do Juízo de origem, que negou o requerimento da Defesa sobre a aplicação do Princípio da Consunção (fls. 21/22).

8. Pela Decisão de fls. 26/27, o pedido de liminar foi indeferido por se encontrarem ausentes os requisitos autorizadores da medida urgente.

9. Em resposta ao pedido de informações, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM esclareceu que, após o Órgão Colegiado indeferir o requerimento da Defesa de reunião dos Feitos, os autos ficaram à disposição das partes em Cartório para ciência.

10. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 45/48, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, manifestou-se pela denegação da ordem por ausência de amparo legal.

É o Relatório.

VOTO

Da análise da situação trazida a esta Corte, não há nenhuma dificuldade para se concluir que se está diante de uma clara falta de justa causa para a instauração de processo-crime contra o impetrante, no que diz respeito à imputação do crime descrito no art. 195 do CPM (abandono de posto).

2. Apesar de não ser admitida uma análise aprofundada de fatos e provas na via estreita do *habeas corpus*, com o intuito de investigar a existência do dolo do paciente na prática de determinado delito, é possível asseverar que, em situações especiais como a vivenciada nos autos, a descrição dos fatos e as suas respectivas circunstâncias levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de qual crime foi realmente praticado pelo agente.

3. Ora, a própria Denúncia de fls. 06/07 explicitou que, em relação à prática do crime de abandono de posto, “por volta das 15h30min, Lucas Vieira da Silva abandonou seu posto e saiu do quartel **deixando no chão o equipamento de serviço, a farda, o coturno e o armamento com a munição**”. (grifei). Ressalte-se que essa condutada foi verificada em 9/6/2013, a Instrução Provisória de Deserção foi autuada em 10/6/2014, perante a 3ª Auditoria da 1ª CJM, circunstanciando que a falta

do paciente se deu em 10/6/2014, e a consumação do crime de deserção assinalada em 19 do mesmo mês. Portanto, os fatos ocorreram num mesmo contexto. Além disso, verifica-se que o paciente já foi interrogado pelo Juízo de origem, oportunidade em que, apesar de ter reservado o direito de permanecer calado, declarou apenas que “abandonou o posto com a intenção de desertar”.

4. Em situações como tais, é inevitável o reconhecimento de que o crime de abandono de posto foi absorvido pelo de deserção. Dessa forma, entendo que o impetrante demonstrou, com êxito, a existência do ato de constrangimento ilegal perpetrado pelo Juízo de origem, pelo fato de este ter determinado o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101. Nesse sentido, verbalizou que:

“(…).

E assim deve ser feito, porque as condutas de abandono de posto (crime-meio) e de deserção (crime-fim) se deram num único contexto, ou seja, o fato do paciente ausentar-se do serviço em 09.06.2013 com a finalidade de desertar.

Logo, o abandono de posto (delito de passagem) foi absorvido pela deserção (finalidade da conduta do paciente), não havendo, no caso em tela, desígnios autônomos dentro daquela unidade fática, a sugerir entendimento contrário ao argumentado nestas linhas.” (fl. 04).

5. Importa lembrar que já defendi essa tese no julgamento da Apelação nº 1-62.2013.7.09.0009/MS, na qual declarei voto vencido como Ministro-Relator, valendo ressaltar que funcionou como Revisor e Relator para o Acórdão o eminente Ministro Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS. Pela similitude dos casos, repiso, nesta assentada, as mesmas razões expendidas no meu voto naquele julgado, as quais seguem transcritas:

“(…).

2. O fato objeto da denúncia oferecida às fls. 1/1-A tem relação com o crime de deserção que acarretou a instauração da IPD nº 0000108-43.2012.7.09.0009, a qual foi arquivada com fulcro no artigo 457, § 2º, do CPPM, haja vista o apelante DIEGO PEREIRA DA SILVA ter sido julgado incapaz definitivamente para fim de Serviço Militar (fl. 161).

3. Na hipótese vertente, cumpre concluir se teremos um desdobramento do nexo de causalidade ou um caso de desígnios autônomos.

4. Data venia e não obstante a argumentação dispensada pelo ilustre Conselho Julgador, da simples leitura da narrativa fáctica constante da denúncia, concluí que as condutas típicas de abandono de posto e de deserção ocorreram num mesmo contexto. Vejamos.

5. A doutrina busca resolver um aparente conflito de normas (quando um fato único aparentemente subsume-se a dois ou mais tipos penais, aplicando, no entanto, apenas um deles) por meio da aplicação dos princípios da consunção, da especialidade, da subsidiariedade e da alternatividade.

6. Pelo primeiro deles, 'a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime' (CEZAR BITENCOURT RODRIGUES, *Treatado de Direito Penal, Parte Geral*, vol. 1, São Paulo, ed. Saraiva, 8ª ed., 2003, pág. 135). Os fatos apresentam-se como de *minus a plus*, de inteiro a fração. 'É fundamento desse princípio a maior amplitude da norma consuntiva' (JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal, Da infração penal*, vol. II, São Paulo, 1956, ed. Saraiva, pág. 339). Deste modo, a norma incriminadora de maior violação absorve as outras menos vastas, evitando-se, assim, o *bis in idem*.

7. Na lição de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS: 'Diante da sanção prevista para a violação do bem jurídico mais extenso, torna-se desnecessária a sanção cominada à violação do bem jurídico menos vasto' (in *Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, São Paulo, ed. Saraiva, 2003, p. 212).

8. In casu, o abandono de posto, delito inserido no título dos crimes contra o serviço militar e o dever militar, foi a ação necessária para a consecução do crime de deserção. O abandono seria um crime-meio destinado a atingir o crime-fim, pelo que estaria absorvido. O caso, como dito, é de consunção, onde as ações desenvolvem-se dentre de uma única linha causal para um intento final, resultando de um mesmo contexto fático, nele esgotando seu potencial ofensivo, sendo por isso apenas a conduta criminosa final do agente. Nada impede que, no exame das circunstâncias do crime – na fixação da pena-base, seja valorada a conduta criminosa meio.

9. A propósito, cito o seguinte julgado deste Tribunal:

'Ementa: CRIME-MEIO E CRIME-FIM – ABSOLVIÇÃO. Apelo do Órgão Ministerial. O afastamento do militar da localidade de serviço, com finalidade de retirar bens patrimoniais da OM, constitui o crime-meio

para alcançar o furto. Assim, entre o crime perfeito e o imperfeito, existindo uma relação de absorção, conduta anterior ou posterior, fica excluída pela norma a este relativa. Sentença absolutória mantida, em decisão unânime.’ (Apelação nº 46.515-4/PR. Decisão de 3/12/1991. Ministro-Relator ANTÔNIO CARLOS DE NOGUEIRA. Ministro-Revisor JORGE FREDERICO MACHADO DE SANT’ANNA.)

10. *Tem-se, assim, que o tipo consuntivo, no caso, a deserção, atraiu o abandono para seu campo de força, absorvendo-o, não se apresentando em relação de espécie e gênero, mas de meio a fim, de fração a inteiro.*

11. *Ademais, urge ressaltar que, na hipótese vertente, o elemento volitivo – vontade livre e consciente dirigida a um fim – que, no caso do crime de abandono de posto, refere-se à conduta de abandonar o posto ou o serviço, não restou configurado, eis que o Apelante agiu com o dolo específico de desertar.”.*

6. Portanto, entendo que não há justa causa para que o paciente responda pela imputação relativa ao crime de abandono de posto.

Ante o exposto, conheço e concedo a ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101, a que responde o ex-Sd Ex LUCAS VIEIRA SILVA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em conhecer e conceder a ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101, a que responde o ex-Sd Ex Lucas Vieira Silva.

Brasília, 2 de abril de 2014 – Min. Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES
HABEAS CORPUS Nº 26-20.2014.7.00.0000-RJ

No julgamento dos presentes autos, votei vencido, porque denegava a ordem por falta de amparo legal, pelas razões de fato e de direito a seguir descritas.

Postula o Impetrante o trancamento da Ação Penal Militar nº 172-56.2013.7.01.0101, a que responde o Paciente perante o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, pela prática do delito previsto no art. 195 do CPM.

Em tema versando sobre o trancamento de ação penal, está pacificado, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que se trata de medida excepcional, admissível quando inequívoco o não envolvimento do Acusado no fato descrito como delituoso, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal.

Nesse sentido, vem se pronunciando a Suprema Corte, conforme se extrai do seguinte Aresto:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL MILITAR. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E DE EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O trancamento de ação penal em habeas corpus é medida excepcional, admissível quando inequívoca a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Inocorrência na espécie.

2. Denúncia contendo adequada indicação da conduta delituosa imputada com elementos indiciários aptos a tornar plausível a acusação.

3. Alegada ausência de justa causa dependeria da verificação da ocorrência ou não da versão apresentada na peça acusatória, o que demanda o revolvimento de fatos e provas, inviáveis em habeas corpus.

(...)

5. Recurso ao qual se nega provimento. Unânime.”

(RHC nº 117.966/MG - Segunda Turma - Rel. Min. Cármen Lúcia - Julgamento: 4/2/2014).

O Superior Tribunal de Justiça, também, com frequência, tem rejeitado a utilização do *habeas corpus* para o trancamento de Ação Penal, sob o argumento de que o *writ* é meio inidôneo para a análise de provas, exceto quando nem mesmo em tese o fato constitua crime ou, então, quando se verifica, à primeira vista e sem descer ao exame de prova, o

não envolvimento do Acusado no fato tido por delituoso (RT 730/548, 769/659, 598/328 e RSTJ 120/416).

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE CALÚNIA A JUIZ DE DIREITO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO VOLITIVO ESSENCIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ALUDIDO DELITO CONTRA A HONRA. CONSTATAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL SEM NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. RECURSO PROVIDO.

1. O trancamento de ação penal na via estreita do writ configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal. Não se admite, por essa razão, na maior parte das vezes, a apreciação de alegações fundadas na ausência de dolo na conduta do agente ou de inexistência de indícios de autoria e materialidade em habeas corpus, pois tais constatações dependem, via de regra, da análise minuciosa dos fatos, ensejando revolvimento de provas incompatível com o rito sumário do remédio heroico.

(...)

4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá provimento para trancar a ação penal originária em trâmite na 2ª Vara Criminal de Osasco/SP”.

(RHC 42888/SP - T5 - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze - Julgamento: 25/2/2014).

Na hipótese dos autos, o Impetrante alega que a finalidade do Paciente, no dia do fato, era efetivamente ausentar-se da OM, sendo forçoso concluir que o delito pelo qual responde (abandono de posto), ante fato impunível, foi o meio necessário para se alcançar o fim pretendido (deserção). Sustenta, assim, a aplicação do Princípio da Consunção, tendo em vista que as condutas de abandono de posto (crime-meio) e de deserção (crime-fim) se deram num único contexto, não havendo desígnios autônomos. Argumenta, ainda, o fato de a deserção ter sido extinta sem análise do mérito, uma vez que o Paciente foi considerado inapto para o serviço militar.

Não obstante a viabilidade do meio processual escolhido para enfrentar a questão, os argumentos do Impetrante não encontram amparo na lei, na doutrina, nem na jurisprudência. Senão vejamos.

Doutrinariamente, ocorre a consunção quando a norma incriminadora de um fato, que é meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime, é excluída (consumida) pela norma deste outro crime (consuntiva). Em outras palavras, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.

O crime de Abandono de Posto é classificado como instantâneo, de mera conduta e de perigo abstrato, que independe do resultado e se consuma tão só com a prática da conduta. Por sua vez, a Deserção é para muitos doutrinadores um delito de caráter permanente, porquanto depois de sua consumação continua ininterrupta.

Nessa linha de entendimento, logicamente, não há como admitir que o Abandono de Posto seja meio necessário para a Deserção, ou considerar que o prazo de oito dias para a consumação do delito de deserção constitua fase necessária de diversos abandonos de posto, já que, ausente o militar, não haveria como considerá-lo com o dever de manter-se em lugar determinado, tudo em desfavor da pretendida consunção. Daí a conclusão de quem abandona o posto ou lugar de serviço e deserta, em seguida, comete concurso material de crimes.

Elucidativo para o caso em discussão o exemplo citado por Célio Lobão Ferreira, ao analisar as particularidades dos delitos de Abandono de Posto e de Deserção:

“Bastante estreita a diferença entre abandono de serviço e deserção, em certas circunstâncias, como a do militar que exerce função militar específica em localidade afastada, fora de estabelecimento militar, como o encarregado da Junta de Alistamento, o agente da Capitania dos Portos, etc. Ao retirar-se de sua sede, evidentemente o sujeito ativo abandona o lugar de serviço, ao mesmo tempo que inicia a contagem do denominado prazo de graça anterior à consumação do crime de deserção. Ocorrendo o retorno antes de completar esse prazo, o crime é somente de abandono de lugar de serviço, se após o prazo, o militar responde pelos dois delitos, deserção e abandono de lugar de serviço”. (“Direito Penal Militar”, Brasília Jurídica, 3ª ed., 2006, págs. 362/363).

Em caso semelhante ao que ora se examina, esta Corte afastou a hipótese de aplicação do referido Princípio da Consumção, ficando assentado que para a configuração do delito de Abandono de Posto é suficiente o distanciamento momentâneo e desautorizado, sem depender de qualquer intenção dolosa e, como tal, não produz efeito vinculado ou caminho necessário para a prática do crime de Deserção. É o que se depreende da Ementa da Apelação nº 200.01.04048617-8/RS:

“EMENTA: ABANDONO DE POSTO. DESERÇÃO.

Crimes de mera conduta, sendo primeiro de consumação instantânea. Militar que abandona serviço para o qual estava escalado antes de terminá-lo, ausentando-se de sua OM por tempo superior a 8 dias, comete concurso de crime material e não concurso aparente de normas (consumção), pois abandono de posto não é meio necessário para Deserção.

Apelo ministerial provido. Decisão unânime.” (Apelação nº 200.01.04048617-8/RS - Rel. Min. Alte Esq Domingos Alfredo Silva - Julgamento: 13/3/2001).

No mesmo Aresto, como reforço à compreensão do assunto, foi colacionado outra Decisão deste Tribunal, prolatada no julgamento da Apelação nº 47.009-3/PA, de 23/11/1993, relatada pelo Min. Antonio Carlos de Seixas Telles, que teve a seguinte ementa:

“EMENTA: ABANDONO DE POSTO. DESERÇÃO. Crimes de mera conduta, sendo o primeiro de consumação instantânea. Militar que abandona serviço que lhe cumpria antes de terminá-lo, ausentando-se de sua Unidade por tempo superior a 8 (oito) dias. Não há que se falar em concurso aparente de normas, e em especial em consumção, mas sim em concurso material de crimes”.

Como bem observou o ilustre parecerista, os precedentes citados pelo Impetrante não se aplicam ao caso em comento, já que a jurisprudência desta Corte, como visto, orienta-se no sentido de não admitir que o Abandono de Posto seja parte – inseparável – do crime de Deserção que se pratica eventualmente depois do abandono.

Menos ainda, dizer que não há desígnio autônomo, para afirmar dolo específico de desertar, na medida em que a vontade e a consciência de desertar não estão vinculadas ao propósito de abandonar o lugar onde deve permanecer, constituindo, indubitavelmente, concurso de ações criminosas.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que outros aspectos de cunho probatório necessitam de conveniente apuração por intermédio do regular contraditório, pois, como é sabido, a via estreita do *habeas corpus* não comporta exame aprofundado de prova.

Diante de tais considerações, após análise detalhada dos dados do Processo, votei conhecendo do pedido e denegado a ordem por falta de amparo legal.

Superior Tribunal Militar, 2 de abril de 2014.

Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes
Ministro-Relator

HABEAS CORPUS Nº 54-85.2014.7.00.0000-PA

Relator – Min. Dr. José Barroso Filho.

Paciente – Jedilson da Silva Cardoso, Civil.

Impetrante – Defensoria Pública da União.

EMENTA

Habeas Corpus. Desacato a militar. Agente civil. Liminar. Nulidade. Defensor ad hoc. Nomeação. Defesa técnica. Ausência. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Ordem concedida. Pleito liminar indeferido devido à ausência dos requisitos autorizadores da tutela cautelar – fumus boni iuris e periculum in mora. Defensoria postula pela declaração de nulidade das audiências realizadas sem intimação do Acusado, assim como das Cartas Precatórias de nºs 56, 60 e 61/2013, que não possibilitaram o direito de o Réu ser assistido por defensor de sua escolha. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, nos termos da art. 283, com prazo razoável, intimadas as partes, que formularão quesitos, a serem respondidos pela testemunha, consoante inteligência do art. 359, tudo do Código de Processo Penal Militar. Predomina nos tribunais o entendimento de que basta a intimação do advogado quando da expedição da precatória, não havendo necessidade de intimá-lo da data da audiência no juízo deprecado, devendo o advogado diligenciar sobre a data designada. Também, que a nomeação do defensor ad hoc, pelo juiz, para determinados atos processuais, na hipótese de o defensor, constituído ou dativo, embora devidamente intimado, não comparecer ao ato ou deixar de realizá-lo, supre a ausência do Réu durante a inquirição de testemunha. A respeito, posiciona-se o STF, mediante a Súmula nº 155, pela qual “é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”. O STJ, por sua vez, editou a Súmula nº 273, com o seguinte teor: “Intimada a defesa da expedição de carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”. A DPU manifesta o entendimento de que maltrata o princípio da ampla defesa limitar-se a intimar o advogado tão somente da expedição da carta precatória, dispensando-se a intimação da data da designação de audi-

ência no juízo deprecado. Como também nomear defensor ad hoc, sem o conhecimento do Réu. A defesa técnica constitui exigência decorrente da própria Constituição Federal de 1988, que considera o advogado indispensável à administração da justiça (art. 133). Tal necessidade também decorre do princípio do devido processo legal. Reputa-se ser inequívoco, portanto, que, além de indeclinável, tal defesa deverá ser real, plena e efetiva, pois estará em jogo o direito de liberdade da pessoa humana. No caso, por óbvio, existiu o prejuízo para a Defesa, pois a ausência de defesa técnica, por determinado período, comprometeu a instrução criminal, sendo patente a violação ao contraditório e da ampla defesa. Caracterizou-se ser procedente o pedido para declarar a nulidade das audiências realizadas sem intimação do Acusado, assim como das Cartas Precatórias de nºs 56, 60 e 61/2013, que não possibilitaram o direito de o Réu ser assistido por defensor de sua escolha. Constrangimento ilegal caracterizado por parte do Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM. Ordem concedida. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e concedeu a ordem de *habeas corpus* ao Paciente Civil Jedilson da Silva Cardoso, para anular os atos processuais impugnados constantes da Ação Penal Militar nº 49-85.2012.7.08.0008. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Alvaro Luiz Pinto não participaram do julgamento. Presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Roberto Coutinho.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 40ª Sessão, 27/5/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, com pedido de liminar em favor do civil Jedilson da Silva Cardoso, respondendo à Ação Penal Militar nº 49-85.2012.7.08.0008 perante a Auditoria da 8ª CJM.

A Impetrante afirma que o Paciente sofre constrangimento ilegal por parte do mencionado Juízo e requer, liminarmente, que seja determinada a suspensão dos atos processuais do aludido processo até o julgamento do presente *writ*.

No mérito, que seja declarada a nulidade das audiências realizadas sem intimação do Acusado, assim como das Cartas Precatórias de nºs 56, 60 e 61/2013, que não possibilitaram o Réu ser assistido por defensor de sua escolha.

Segundo assevera a Impetrante, o Juízo da Auditoria da 8ª CJM designou a audiência de inquirição de testemunhas, realizada em 16 de maio de 2013, à qual tanto o Réu como qualquer advogado que poderia ter sido habilitado para sessão não compareceram, devido à ausência de notificação para o referido ato, sendo nomeado Defensor *ad hoc*.

A Defesa afirma, ainda, que outra audiência foi marcada para 15 de agosto de 2013, sem que o Réu fosse intimado, sendo nomeado novamente um Defensor *ad hoc*. Concomitantemente, foram expedidas as cartas precatórias inquiritórias de nºs 59, 60 e 61/2013, visando inquirir as testemunhas arroladas pelo MPM.

Em razão dos fatos apontados, a Defensoria Pública da União peticionou ao Juízo da Auditoria da 8ª CJM (fls. 437/441), pleiteando que fosse reconhecida a nulidade dos atos processuais impugnados, sendo o pedido indeferido (fls. 429/432). Irresignada, a DPU impetrou o presente *habeas corpus*.

Em resposta à solicitação por informações, o Juízo da Auditoria da 8ª CJM apresentou os dados constantes do Ofício nº 719/2014, de 23 de abril de 2014, e documentos anexos (fls. 364/441), dos quais se extrai o que se segue.

No curso do Inquérito Policial Militar, o Acusado constituiu o advogado Dr. Laudenor Jacob Gomes, para realizar sua defesa técnica, tendo o causídico apresentado o Pedido de Relaxamento de Prisão em Flagrante e de Liberdade Provisória (fl. 421).

O Acusado foi denunciado em 19 de novembro de 2012, e a denúncia recebida aos 10 de dezembro seguintes. Foi qualificado e interrogado no Juízo da Subseção Judiciária da cidade de Oiapoque/AP, em 19 de fevereiro de 2014, com assistência do Dr. Laudenor Jacob Gomes, que constou nos autos como advogado *ad hoc* na Ata de Audiência de Instrução (fl. 128).

Em 6 de março de 2013, o Dr. Laudenor Jacob Gomes foi intimado a apresentar quesitos para a inquirição das testemunhas do MPM, quando declarou que não os apresentaria (fl. 45), como também foi intimado da expedição das Cartas Precatórias (fl. 52) aos 18 seguintes.

Após várias tentativas de contatos por parte da Oficiala de Justiça Dra. Maria Olívia Campos, para outros atos processuais, o citado advogado informou que não havia sido contratado para patrocinar a Defesa do Acusado em razão de sua difícil situação econômica, o que foi certificado nos autos (fl. 394).

Na Certidão lavrada em 29 de janeiro de 2014, a Diretora de Secretaria da Auditoria da 8ª CJM atestou que, em cumprimento ao Despacho de fl. 491, constata-se que todas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar foram inquiridas por meio de Carta Precatória, conforme abaixo:

- Jailton Carlos de Oliveira, Edielson Oliveira Pontes e Tiago Rodrigues Pereira – Carta Precatória cumprida na Subseção Judiciária do Oiapoque/AP (fls. 342/363);

- As testemunhas Wilson de Assis Lacerda Júnior, Hugo Leonardo Rocha dos Santos e Ivan Duarte Miranda, devido a imposições de ordem profissional militar, foram movimentados da Cia de Clevelândia do Norte/AP para outras regiões do país (fl. 400), impondo-se a expedição de novas Cartas Precatórias para a tomada dos depoimentos, como se segue:

- Wilson de Assis Lacerda Júnior – Carta Precatória cumprida na 1ª Auditoria da 2ª CJM, em 15 de agosto de 2013 (fls. 405/406);

- Hugo Leonardo Rocha dos Santos – Carta Precatória cumprida na Auditoria da 6ª CJM, em 19 de agosto de 2013 (fls. 412/413); e

- Ivan Duarte Miranda – Carta Precatória cumprida na Seção Judiciária do Amapá, em 2 de outubro de 2013 (fl. 414).

O Juízo da Auditoria da 8ª CJM acautelou-se e, por despacho, requisitou que nos depoimentos fosse o Acusado assistido por advogado *ad hoc*, visando afastar qualquer alegação de nulidade no futuro.

Assim, confirmou que, em todos os atos, o Réu foi assistido por advogado. Inclusive o Dr. Antônio Ernesto de Fonseca e Oliveira, Defensor Público Federal, foi cientificado dos referidos atos nos momentos em que aquele Juízo foi informado pelos Juízos deprecados das datas das audiências.

Inicialmente, mesmo existindo as Certidões já mencionadas, o Dr. Antônio Ernesto de Fonseca e Oliveira deixou de se manifestar nos autos acerca da assistência ao Paciente. Novamente instado, somente em 8 de novembro de 2013, o ilustre Defensor Público deferiu assistência ao Réu.

Todavia, não obstante ter ciência de tais fatos, mediante Petição datada de 11 de novembro de 2013, o Dr. Antônio Ernesto de Fonseca e Oliveira requereu a nulidade das audiências realizadas e das Cartas Precatórias de nºs 59, 60 e 61/2013, sem a intimação anterior do Acusado.

Após a manifestação do *Parquet* militar, afirmando a legalidade dos atos praticados no curso do processo, em 17 de dezembro de 2013, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, à unanimidade de votos, por absoluta falta de amparo legal, indeferiu o pleito Defensivo quanto à declaração de nulidade dos depoimentos colhidos nas precatórias, alegando ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (fls. 429/432).

No tocante ao pleito liminar constante do presente *habeas corpus*, por não se configurarem os requisitos de cautelaridade que justificassem a concessão, em Decisão proferida aos 25 de abril de 2014, foi indeferido com base no art. 88, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM) (fls. 443/444).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em parecer da lavra do ilustre Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Subprocurador-Geral da Justiça Militar (fls. 518/521), opinou pelo conhecimento e denegação da Ordem de *Habeas Corpus*.

É o Relatório.

VOTO

O presente pedido de *habeas corpus* atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido. **Quanto ao mérito, o pleito merece ser provido.**

No tocante ao pleito liminar, por não se evidenciarem nos autos os pressupostos básicos autorizadores da tutela cautelar – *fumus boni iuris*

e o *periculum in mora* –, ratifico o indeferimento anterior do pedido liminar, ex vi do art. 88, § 1º, do RISTM.

O Defensor requer a suspensão dos atos processuais do Processo nº 49-85.2012.7.08.0008/PA até julgamento final e, ao fim, que seja declarada a nulidade das audiências realizadas sem a intimação do Acusado, assim como das Cartas Precatórias de nºs 59, 60 e 61/2013, que não possibilitaram o direito de o Réu ser assistido por um defensor de sua escolha, com o fito de se resguardar a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, é de se dizer que, coerentemente com o quadro fático descortinado pelos autos, a grande questão do pedido não é entender se a presença de defensor *ad hoc* supre a ausência de defensor constituído, por ocasião da inquirição das testemunhas, mas, sim, que o **Réu teve prejudicado o seu direito à ampla defesa, por não lhe ter sido assegurada a defesa técnica, durante parte da instrução criminal.** Vejamos.

Inicialmente, examinando-se os fatos, verifica-se que, em 6 de março de 2013, o Dr. Laudenor Jacob Gomes foi intimado para apresentação de quesitos para a inquirição das testemunhas do MPM, quando declarou que não os apresentaria (fl. 45), como também foi intimado da expedição das Cartas Precatórias aos 18 seguintes (fl. 52).

As seis testemunhas arroladas na Denúncia foram inquiridas por Cartas Precatórias, inicialmente expedidas em 8 de março de 2013 e, repisa-se, **tanto o Parquet (fl. 51) como a Defesa (fl. 52) declararam estar cientes do fato.**

Como se vê, no início da instrução criminal, tal situação foi considerada pela Defesa e pelo Órgão do MPM como sendo de natureza procedimental absolutamente normal, como sói acontecer e, assim, ocorreu sendo preservados os imperativos de natureza constitucional indutores do devido processo legal.

Até aquele momento, nenhuma irregularidade adveio a ponto de macular os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que tanto a Defesa como o Ministério Público Militar tiveram ciência e participação nos atos processuais.

Após várias tentativas e contatos da Oficiala de Justiça Dra. Maria Olívia Campos, para outros atos processuais, o aludido Causídico **infor-**

mou que não havia sido contratado para patrocinar a Defesa do Acusado, em razão de sua difícil situação econômica, sendo certificado nos autos em 18 de junho de 2013 (fl. 394).

Prosseguindo na instrução criminal, em Despacho de 25 de junho de 2013, o Juízo da Auditoria da 8ª CJM determinou a expedição de mandado de notificação ao Acusado, para manifestar-se sobre a indicação de outro advogado ou se aceitava a assistência judiciária da DPU; demarcou os atos processuais designados para os dias 8 e 12 de agosto de 2013 e ordenou vista às Partes para quesitação com relação às testemunhas arroladas na Denúncia.

Cabe assinalar o fato de o Defensor Público da União que atua junto à Auditoria da 8ª CJM, desde 4 de julho de 2013, ter sido consultado para assumir a assistência do ora Paciente, quando os autos foram remetidos àquela Instituição Defensória (fl. 396). Naquela ocasião, o advogado constituído já havia informado que não atuaria mais no processo (fl. 394) e o Defensor Público já tinha ciência de tal situação.

A DPU se manifestou informando ao Juízo quanto à impossibilidade de atuar no feito, uma vez que não constava nos autos qualquer manifestação do Réu de que desejaria constituir novo advogado ou ser defendido pela Defensoria Pública da União, fazendo-se necessário aguardar sua notificação. Nesse contexto, o Juízo determinou a notificação do assistido nos termos argumentados pela DPU, tendo ocorrido em 15 de julho de 2013.

Depois de passado algum tempo, considerando que o Réu não se manifestara, foram expedidas as Cartas Precatórias Inquiritórias nº 59, 60 e 61/2013, visando inquirir as testemunhas arroladas pelo MPM, conforme aponta o representante da DPU (fl. 3).

Ademais, em face do desinteresse e impossibilidade financeira explícita de o Réu constituir patrono para sua defesa, tal situação obrigou o Juízo da Auditoria da 8ª CJM a prosseguir com o apoio de defensores *ad hoc*.

Logo, o que se evidencia é que, além de a ocorrência da audiência de inquirição de testemunha preceder a comunicação prévia à Defesa da prática do ato, a instrução criminal prosseguiu sem que o Réu pudesse contar com defesa técnica, pois, conforme restou certificado nos autos, desde 18 de junho de 2013, o Dr. Laudenor Jacob Gomes já afirmara que não estava contratado para patrocinar a Defesa do Acusado.

Em outras palavras, se no máximo teria se configurado uma nulidade relativa em função das audiências realizadas sem intimação do Acusado, passíveis de serem convalidadas pela comunicação posterior, a partir daquele momento, a ausência de defesa técnica, feita por advogado constituído ou defensor público nomeado, deu ensejo à caracterização de nulidade absoluta, a macular de forma inexorável o processo.

Realmente, para ser justo o processo, não se concebe entregar o Réu a sua própria sorte, permitir que sozinho, sem o suporte jurídico de um profissional, realize sua defesa; do contrário, não haveria verdadeiramente uma ampla defesa, uma paridade de armas.

A defesa técnica constitui exigência decorrente da própria Constituição Federal de 1988, que considera o advogado indispensável à administração da justiça (art. 133). Tal necessidade também decorre do princípio do devido processo legal. Daí porque é inconcebível falar em ampla defesa sem a necessária defesa técnica, sob pena de patente desequilíbrio, o que não seria sequer uma defesa formal.

No processo penal, a defesa técnica não pode ser considerada parte no seu sentido ontológico, pois atua como representante do Réu, falando em seu nome e por ele praticando atos que não sejam personalíssimos na relação processual em desenvolvimento, garantindo assim o contraditório e a ampla defesa, enfim, uma assistência jurídica.

Inequívoco, portanto, que, além de indeclinável, tal defesa deverá ser real, plena e efetiva, pois está em jogo o direito de liberdade da pessoa humana. No caso, por óbvio, existiu o prejuízo para a Defesa, pela patente violação do contraditório e da ampla defesa.

Logo, existem nos autos elementos suficientes para sustentar as alegações da Impetrante, pois o Paciente foi submetido a um suposto constrangimento ilegal por parte do Juízo da Auditoria da 8ª CJM.

Porquanto, impõe-se ser declarada a nulidade das audiências realizadas sem intimação do Acusado, assim como das Cartas Precatórias de nºs 56, 60 e 61/2013, que não possibilitaram o direito de o Réu ser assistido por defensor de sua escolha.

Ante o exposto, conheço do pedido e concedo a Ordem de *Habeas Corpus* ao paciente civil Jedilson da Silva Cardoso, para anular os atos processuais impugnados constantes da Ação Penal Militar nº 49-85.2012.7.08.0008.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer do pedido e conceder a ordem de *habeas corpus* ao paciente civil Jedilson da Silva Cardoso, para anular os atos processuais impugnados constantes da Ação Penal Militar nº 49-85.2012.7.08.0008.

Brasília, 27 de maio de 2014 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 65-17.2014.7.00.0000-RJ

Relator – Min. Dr. José Barroso Filho.

Paciente – Roger Quintella Tamanqueira, Cap Ex.

Impetrantes – Dras. Vanessa Lemos da Silva e Alesandra Machado da Silva.

EMENTA

Habeas Corpus. Peculato. Declaração de Indignidade para com o oficialato. Ação de natureza constitucional. Liminar. Prescrição. Trânsito em julgado do processo de natureza ético-militar. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Pleito liminar indeferido devido à ausência dos requisitos autorizadores da tutela cautelar – fumus boni iuris e periculum in mora. Caracterizou-se ser improcedente o pedido para declarar a prescrição. Inocorrência de lapso temporal suficiente entre os marcos interruptivos da prescrição, em quaisquer de suas modalidades. Igualmente inexistente a ocorrência de prescrição na Declaração de Indignidade para com o oficialato. Trata-se de processo de natureza ético-militar com matiz constitucional, como se depreende da dicção do art. 142, § 3º, inciso VI, da CFB/88, não podendo ser considerada pena acessória da condenação principal. Ocorrência de trânsito em julgado do processo de natureza ético-militar. Constrangimento ilegal não caracterizado por parte do Ministro-Relator. Ordem denegada. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a ordem de *habeas corpus* por falta de amparo legal. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Alvaro Luiz Pinto não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. O Minis-

tro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 40ª Sessão, 27/5/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelas Dras. Vanessa Lemos da Silva e Alesandra Machado da Silva, com pedido de liminar, em favor do Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira, considerado indigno para o oficialato conforme a Representação para Declaração de Indignidade nº 137-43.2010.7.00.0000 julgada em 3 de agosto de 2011, cujo trânsito em julgado ocorreu aos 19 de novembro de 2013.

As Impetrantes afirmam que o Paciente sofre patente, cristalina e comprovada ilegalidade no prosseguimento do Acórdão que determinou a imposição da aplicabilidade de pena acessória, em virtude da incidência do instituto da prescrição. Apontam como autoridades coatoras o Ministro-Relator da Representação para Declaração de Indignidade nº 137-43.2010.7.00.0000 e o Senhor Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército (fl. 2).

Requerem, liminarmente, que seja determinada a suspensão do ato administrativo do Exército Brasileiro que visa submetê-lo à inspeção de saúde para fins de licenciamento, como decorrência do julgamento da referida representação, que considerou o Paciente indigno para o oficialato.

No mérito, que seja concedida em definitivo a ordem, objetivando o trancamento de todas as ações, tanto judiciais como administrativas, oriundas do Processo nº 137-43.2010.7.00.0000, determinando às autoridades coatoras o arquivamento definitivo de qualquer procedimento que vise ao cumprimento da pena acessória, haja vista a incidência do instituto prescricional (fl. 7).

Por não se configurarem os requisitos de cautelaridade que justificassem a concessão do pleito liminar, em Decisão proferida aos 6 de maio de 2014, foi o pedido indeferido com base no art. 88, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM) (fls. 41/42).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em parecer da lavra da ilustre Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, Subprocuradora-Geral da Justiça Militar (fls. 48/54), opinou pelo conhecimento e denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o Relatório.

VOTO

O presente pedido de *habeas corpus* atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido. **Quanto ao mérito, o pleito não merece ser acolhido.**

Inicialmente, quanto ao pleito liminar, visto não se evidenciarem nos autos os pressupostos básicos autorizadores da tutela cautelar – *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* –, ratifico o indeferimento anterior do pedido liminar, *ex vi* do art. 88, § 1º, do RISTM.

No tocante ao pedido de mérito do *habeas corpus*, por óbvio, descabe a concessão da ordem postulada. A Defesa, de modo equivocadamente, confunde o cumprimento da sentença imposta ao Paciente como incurso nas penas do crime previsto no art. 303, *c/c* o art. 53, tudo do CPM, com a suposta extinção da punibilidade pela prescrição.

No intuito de propiciar a Corte o perfeito descortino, previamente, impõe-se uma breve abordagem cronológica dos fatos.

O Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, com regime prisional inicialmente aberto, como incurso nas sanções do art. 303, *c/c* o art. 53, tudo do CPM, por desviar recursos de sua Organização Militar. A sentença foi mantida no julgamento da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201.

Irresignada, a Defesa interpôs quatro Revisões Criminais, sendo que duas tiveram o seu conhecimento/seguimento negados, uma foi indeferida e uma encontra-se em trâmite (Revisão Criminal nº 240-45.2013.7.00.0000). Houve também a oposição de quatro Embargos, sendo dois deles rejeitados e dois com seguimento/conhecimento negados.

Em decorrência do trânsito em julgado da condenação, o Procurador-Geral da Justiça Militar ajuizou a Representação para Declaração de Indignidade para com o oficialato.

A ação foi julgada em 3 de agosto de 2011, declarando o militar indigno para o oficialato, por unanimidade. Houve trânsito em julgado em 19 de novembro de 2013, em razão da decisão proferida nos autos dos Embargos de Declaração nº 137-43.2010.7.00.0000 (2).

Persistindo em seu desiderato, a Defesa impetrou, ainda, três *habeas corpus*. Nos dois anteriores, o primeiro teve a ordem denegada e o

segundo obteve êxito na concessão do benefício de livramento condicional. O terceiro é o *writ sub oculis*.

No presente, a Defesa afirma ter havido extinção da punibilidade pela prescrição. Partindo dessa premissa, pleiteia a ordem para trancar todas as ações judiciais e providências administrativas decorrentes da Declaração de Indignidade para com o oficialato.

Inicialmente, examinando-se a alegação da ocorrência de prescrição, não se encontram nos autos, tampouco no Sistema de Acompanhamento de Processos da Justiça Militar da União (SAM), quaisquer menções à existência de decisão judicial extintiva da punibilidade, em qualquer de suas modalidades, em especial a prescrição.

Naturalmente, não se configurou tal instituto, quer seja em relação à pretensão punitiva, ou mesmo quanto à pretensão executória. Vejamos a hipótese de prescrição da pretensão punitiva direcionada ao crime do art. 303 do CPM.

Os fatos relacionados ao desvio de recursos da Organização Militar do Paciente ocorreram nos anos de 2003 e 2004.

Os marcos interruptivos se deram em 9 de outubro de 2006 com o recebimento da Denúncia, aos 11 de setembro de 2008, com a publicação da Sentença condenatória; a 7 de outubro de 2008 houve o trânsito em julgado para o MPM, impossibilitando o aumento da pena de 3 (três) anos, e a 23 de junho de 2010 para a Defesa.

O início do cumprimento da pena deve ser contado a partir de 16 de março de 2011, sem qualquer detração, e findar em 15 de março de 2014, como consta na carta de guia para cumprimento de Sentença (fl. 13).

Assim, como se depreende, a pena imputada ao Sentenciado foi de 3 (três) anos de reclusão, portanto, somente haveria prescrição se o lapso temporal entre os marcos interruptivos superasse 8 (oito) anos, *ex vi* do art. 125, inciso V, *c/c* o § 1º, tudo do CPM. Definitivamente, em nenhum momento isso ocorreu.

Por segundo, também não se pode falar em prescrição da Declaração de Indignidade para com o oficialato.

A Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o oficialato constitui o instrumento processual hábil para que o oficial das Forças Armadas seja sentenciado à perda do posto e da patente, segundo dispõem o art. 142, § 3º, inciso VI, da Carta Magna de 88, e o art. 118,

caput, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares.

Trata-se de um processo de **natureza ético-militar**, cujo objeto não é sancionar a prática de um ilícito de natureza penal, mas, sim, sentenciar, com a perda do posto e da patente, o oficial que infringiu ditames morais e éticos que diferenciam a carreira castrense de outras atividades profissionais. Assim sendo, as naturezas jurídicas não se confundem.

No caso, jamais poderá a declaração de indignidade ser considerada como “pena acessória” da condenação pelo art. 303 do CPM; pois a redação constitucional do art. 142, § 3º, inciso VI, da CFB/88, revogou o art. 98, inciso II, do CPM, dando a natureza de ação constitucional à Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o oficialato.

Vejamos a gênese constitucional da Representação para Declaração de Indignidade para com o oficialato conforme se extrai da dicção do art. 142, § 3º, inciso VI, da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas na base da hierarquia e da disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por qualquer destes, da lei e da ordem.

(...)

§ 3º - Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...)

VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra (redação incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).” (grifo nosso).

Em tempos pretéritos, consoante o ordenamento penal castrense, a perda do posto e da patente era automática, no caso do oficial condenado à pena superior a 2 (dois) anos, mediante simples declaração na sentença condenatória, visto se tratar de pena acessória (art. 99 do CPM).

Hoje, com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, que acrescentou o § 3º e seus incisos VI e VII ao art. 142 da CFB/88, a prolação apenas da sentença condenatória deixou de constituir motivo suficiente para se expurgar o oficial da sociedade castrense. O legislador constitucional derivado impôs que, para tal, outros fatores pessoais e sociais devam ser levados em consideração, mediante julgamento específico.

Porquanto, em razão do exposto, conclui-se que a condição **transitada em julgado** do Paciente, indigno para o oficialato, em nada é afetada pelo cumprimento da pena pelo crime do art. 303 do CPM.

Por fim, quanto à petição avulsa protocolada pela Impetrante em 14 de maio de 2014, o fato de a Administração Militar ainda não ter cumprido a providência decorrente do julgamento transitado em julgado da Representação da Declaração de Indignidade para com o Oficialato, por questões administrativas como a marcação de inspeção de saúde para fins de licenciamento, tal situação constitui matéria estranha à competência deste Tribunal.

Logo, inexistem nos autos quaisquer elementos que possam sustentar as alegações das Impetrantes, no sentido de estar o Paciente sendo submetido a um suposto constrangimento ilegal ou abuso de poder, em face da inexistência da prescrição alegada.

Ante o exposto, conheço do pedido e denego a Ordem de *Habeas Corpus* por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer do pedido e denegar a ordem de *Habeas Corpus* por falta de amparo legal.

Brasília, 27 de maio de 2014 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

HABEAS CORPUS Nº 241-30.2013.7.00.0000-BA

Relator – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Paciente – Bruno dos Santos Marques, Cb Mar, preso, respondendo à IPD nº 161-94.2013.7.12.0012, em trâmite na Auditoria da 12ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor do mencionado Juízo e do Ministério Público Militar, impetra o presente *habeas corpus*, “com pedido de antecipação de tutela”, para que seja posto em liberdade.

Impetrante – Dra. Zurita Jeanny de Moura Chiacchiaretta.

EMENTA

DESERÇÃO ESPECIAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. Deve ser concedida a liberdade provisória a militar que, em tese, comete o crime de deserção especial previsto no art. 190 do CPM, desde que não existam outras causas que recomendem a manutenção de sua prisão, haja vista que este delito não está elencado no art. 270 do CPPM como impeditivo à sua concessão. Ordem conhecida e concedida. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, confirmando a liminar deferida, concedeu, em definitivo, a liberdade provisória ao Cb Mar Bruno dos Santos Marques, se por outro motivo não estiver preso.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 7ª Sessão, 18/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Dra. ZURITA JEANNY DE MOURA CHIACCHIARETTA, em favor do Cabo da Marinha BRUNO DOS SANTOS MARQUES, respondendo à IPD nº 161-94.2013.7.

12.0012, perante a Auditoria da 12ª CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor do mencionado Juízo e do Ministério Público Militar, “com pedido de antecipação de tutela”, para que seja posto em liberdade.

Alega a Impetrante (fls. 2/5), *in verbis*:

“(...) O militar foi convocado para participar de uma comissão no Navio Patrulha Fluvial Amapá, com a finalidade de fazer patrulhamento na área no Estado, a comissão iniciou no dia 16/11/2013 com regresso previsto para o dia 26/11/2013, insta salientar que o regresso se deu somente na data de 30/11/2013.

No decorrer da viagem (sic) os militares tiveram que dormir na parte externa do navio, devido o calor insuportável nos compartimentos internos, inclusive o Requerente passou muito mal e foi encaminhado para a enfermaria do navio.

Já passados muitos dias sem energia elétrica, sem conforto algum para os tripulantes e impossibilitados de dormir em seus camarotes, o navio atracou no dia 29/11/2013 na cidade de Itacoatiara-AM, devido ao desgaste não só físico mas também emocional, o Requerente procurou deixar o navio o mais rápido possível.

Carecido a insuficiência da estrutura do navio, o militar procurou se hospedar em uma pousada da cidade, ocorre que devido ao desgaste do militar e também sem dormir direito por mais de 10 (dez) dias acabou-se perdendo o navio no dia seguinte.

Por ordem do comandante do navio, o regresso dos militares deveria ocorrer até às 05:00 h da manhã, devido ao cansaço e desgaste da viagem (sic) sem se repousar bem o militar acordou às 09:30 h, o que levou o militar deixar de se apresentar no horário determinado para partida do navio.

Assim que o militar acordou, e, ao perceber que havia perdido o navio, pegou imediatamente um táxi para a cidade de Manaus-AM, se apresentando no dia 30/11/2013, às 07:30 h, ou seja, dentro de 24 horas.

(...)

Ademais, não tem antecedentes criminais, não responde a processo na Justiça Militar, residência fixa, emprego fixo, estudante. Vale ressaltar, que o militar é arrimo de família tendo uma filha menor incapaz que depende totalmente do militar pa-

ra suprir suas necessidades, e não havendo qualquer imperativo de estar cerceada a sua liberdade, podendo responder ao processo em liberdade mediante o comparecimento a todos os atos do processo, conforme art. 253 do CPPM.

O Impetrante ajuizou pedido de Liberdade Provisória em face da Prisão em flagrante do paciente, mas o mesmo não logrou êxito, tendo em vista que o Ministério Público Militar não se manifestou dentro do prazo legal, qual seja, 5 dias úteis, (sic) infringindo totalmente o aludido **Art. 79 do CPPM**, outrossim, o Juiz Auditor não vem provendo a regularidade do processo, haja vista, a omissão diante da não manifestação do MP dentro do prazo legal.

Insta salientar, que conforme (sic) discriminado na movimentação processual, em anexo, os autos foram remetidos ao MP, no dia 2 de dezembro de 2013, iniciando seu prazo no dia 3 de dezembro de 2013, findo o prazo no dia 9 de dezembro, ocorre que até o presente momento não houve manifestação do MP e o juiz auditor também não se manifestou.

(...)

Assim sendo, tendo em vista que não há motivos ensejadores para a manutenção da Prisão do Paciente, além de que é arrimo de família, Requer com a máxima Urgência, a **EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA**, após urgentes informações da declinada coatora, em favor do paciente-impetrante, por se tratar de medida de inteira **Justiça**." (grifo nosso).

A impetração veio instruída com as seguintes cópias: Procuração (fl. 6); Carteira de Identificação Militar (fl. 7); Certidão de Nada Consta emitida pela JMU (fl. 8); e Andamento Processual da IPD nº 161-94.2013.7.12.0012.

Pelo Despacho de 12 de dezembro de 2013 (fl. 13), requisitei informações à autoridade apontada como coatora, o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM.

As informações foram prestadas no dia 13 de dezembro de 2013, destacando que, *in verbis* (fls. 18/30):

"1 - o paciente BRUNO DOS SANTOS MARQUES, brasileiro, casado, ex-Cabo (sic) da Marinha, nascido em 25 de julho de 1983, natural do Rio de Janeiro/RJ, filho de José de Souza Marques e de Neucy dos Santos Marques, Praça de 19/1/2004,

deixou de comparecer por ocasião do suspender do Navio-Patrolha Fluvial Amapá, aos 29 de novembro de 2013, às 8h20, incorrendo, em tese, no crime de Deserção Especial, tipificado no art. 190 do Código Penal Militar, conforme narra o respectivo Termo de Deserção, que instaurou a Instrução Provisória de Deserção autuada neste juízo sob o nº 0000161-94.2013.7.12.0012 (doc. 01);

II - Aos 2 de dezembro de 2013, foi protocolado nesta Auditoria Militar o ofício nº 79/NPaFluAmapá, do Comandante do Navio-Patrolha Fluvial Amapá, comunicando a prisão do ex-militar e encaminhado a respectiva Instrução Provisória de Deserção (doc. 02);

III - Na mesma data, a Defesa Constituída pelo ora paciente pleiteou fosse-lhe concedida liberdade provisória. Encaminhados os autos ao Ministério Público Militar, o Senhor Procurador de Justiça Militar, aos 10 de dezembro de 2013, requereu diligência e se manifestou pela decretação da prisão preventiva do ex-Cabo BRUNO DOS SANTOS MARQUES, com fundamento no art. 254, alíneas 'a' e 'b', combinado com o art. 255, alínea 'e', tudo do Código de Processo Penal Militar (doc. 03);

IV - Aos 10 de dezembro de 2013, este Juízo decidiu pela não concessão de liberdade provisória ao ora paciente (doc. 04), bem como determinou fossem cumpridas as diligências requeridas pelo Ministério Público Militar, o que foi requisitado pelo ofício nº 2876/13 – JMU/12ª CJM (doc. 05).”.

Com as informações, vieram aos autos cópias dos seguintes documentos: Termo de Deserção (fl. 20); Ofício nº 79/NPaFluAmapá (fl. 21); Pedido de Liberdade Provisória (fls. 22/25); Manifestação do MPM (fls. 26/27); Decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória (fls. 28/29); e Ofício nº 2876/13 – JMU/12ª CJM (fl. 30).

Pela Decisão de 18 de dezembro de 2014 deferi a medida liminar requerida, determinando a expedição de competente Alvará de Soltura em favor do Cabo da Marinha BRUNO DOS SANTOS MARQUES (fls. 32/35).

O Ministério Público Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. PÉRICLES AURÉLIO DE QUEIROZ (fls. 43/46), pronunciou-se pelo conhecimento e concessão em definitivo da ordem.

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente *habeas corpus*, pelos motivos a seguir expostos.

Em breve recordação dos fatos, o Paciente, o Cabo da Marinha BRUNO DOS SANTOS MARQUES, deixou de comparecer na cidade de Itacoatiara/AM, por ocasião do suspender do Navio-Patrolha Fluvial Amapá, no dia 29 de novembro de 2013, às 8:20h, incorrendo, em tese, no crime de Deserção Especial, tipificado no art. 190 do Código Penal Militar, conforme o Termo de Deserção (fl. 52).

A Defesa alega que o Paciente deixou de se apresentar no horário diante do desgaste físico e psicológico a que foi submetido, uma vez que havia passado diversos dias embarcado, sem energia elétrica no navio, onde os tripulantes se viram obrigados a dormir na área externa, por conta do calor insuportável.

Por conta dessa situação, foram autorizados pelo Comandante do navio, ao atracar na cidade de Itacoatiara/AM, a desembarcarem, sendo que o Paciente procurou uma pousada para hospedar-se. Diante de seu cansaço, o Cabo BRUNO perdeu a hora, não conseguindo embarcar no horário estabelecido pelo Comandante.

Assim, para que pudesse se apresentar o mais rápido possível, alugou um táxi, que o levou da cidade de Itacoatiara a Manaus (cerca de 270km), logrando apresentar-se no Batalhão de Operações Ribeirinhas às 7:30h do dia seguinte, sendo preso em flagrante nessa mesma data.

A Constituição Federal de 1988 consagrou novo entendimento sobre as prisões cautelares, levando em consideração o princípio da presunção de inocência, sendo que a prisão processual somente deverá ser mantida em caráter excepcional quando se mostrar necessária.

Assim, deve o Juiz-Auditor fundamentar a necessidade da prisão cautelar, demonstrando a presença dos requisitos previstos nos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar.

Não constam dos autos quaisquer condições ou circunstâncias pessoais para que se possa presumir que o Paciente venha a prejudicar o andamento da ação penal; muito pelo contrário, ao perceber que havia perdido o embarque de seu navio, imediatamente providenciou a sua apresentação na OM mais próxima, localizada em Manaus/AM.

O Paciente é Cabo da Marinha, contando com pouco menos de 10 anos de serviço, devendo, após a sua soltura, voltar a prestar regularmente seus serviços.

Como é sabido, assim dispõe o art. 270 do CPPM:

“Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

a) (...)

b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302 do Código Penal Militar.”.

Como se observa, o legislador, de forma lúcida, não capitulou o art. 190 do CPM como um dos impeditivos de concessão da liberdade provisória.

A jurisprudência desta Corte corrobora essa posição, *in verbis*:

“EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’. CUSTÓRIA PRISIONAL ORIGINADA POR DESERÇÃO ESPECIAL. ILICITUDE QUE NÃO OBSTA, ‘EX VI LEGIS’, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR RELAXADA.

Cb Mar incurso no Art. 190 do CPM devido perda de navio. Excluindo a pertinente tipicidade da alínea b) do Parágrafo único do art. 270 do CPPM, ao contrário do que fez com as modalidades desertivas capituladas nos Art. 187 e 192 do CPM, a ‘mens legis’ não caracterizou a deserção especial com a mesma gravidade atribuída àquelas outras e nem como delito em consequência do qual, por força da alínea apontada ‘a priori’, se impeça de livrar-se solto o imputado enquanto no aguardo de respectivo julgamento. ‘In casu’, nada leva a presumir que o Paciente, graduado da MB, sem perfil demeritório anterior, intencione se furtar da ação penal que deve responder em Foro Castrense. ‘writ’ conhecido, concedendo-se, o mérito, a Ordem para ver-se o Paciente em liberdade provisória, desde que não sobrevindo motivo que justifique nova decretação de seu aprisionamento preventivo. Decisão por unanimidade.” (HC nº 2004.01.033949-3/PE. Relator Min. Alte Esq JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS, Julgamento: 19 de agosto de 2004).

Portanto, o entendimento jurisprudencial desta Corte, em relação à deserção especial capitulada no art. 190 do CPM, é distinto daquele relativo à deserção do art. 187 do mesmo *codex*, sendo factível a concessão de liberdade provisória, desde que não existam outras causas que recomendem sua manutenção.

É o caso dos autos. Não foi relatado qualquer comportamento demeritório do Paciente. Ademais, não se vislumbra, com sua soltura, qualquer prejuízo à continuidade do feito.

Ora, o Paciente foi preso por ter consumado, em tese, o crime de deserção especial previsto no art. 190 do CPM, não elencado no artigo 270 do CPPM como impeditivo à concessão da liberdade provisória. Não há, portanto, qualquer óbice para a sua concessão.

Diante disso, verifica-se que não estão presentes quaisquer dos requisitos que justifiquem a decretação da prisão preventiva.

Desse modo, não vislumbro na concessão da liberdade possibilidade de ameaça à manutenção da ordem pública, aos princípios de hierarquia e disciplina militares ou a qualquer outro requisito elencado no art. 255 do CPPM.

Ex positis, voto pela confirmação da liminar deferida, para conceder, em definitivo, a liberdade provisória ao Cabo da Marinha BRUNO DOS SANTOS MARQUES, se por outro motivo não estiver preso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e confirmar a liminar deferida, concedendo, em definitivo, a liberdade provisória ao Cb Mar Bruno dos Santos Marques, se por outro motivo não estiver preso.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.



Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 226-61.2013.7.00.0000-PR

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

Impetrante – Caio Salgado Saguie, Advogado, candidato ao concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União, impetra o presente *mandamus* contra ato do Presidente da Comissão Examinadora do mencionado concurso que não atendeu seu pleito em recurso administrativo, pedindo, liminarmente, *inaudita altera parte*, a concessão da Ordem para que sua prova de sentença penal (P3) seja corrigida a fim de prosseguir no concurso caso atinja a nota mínima exigida na referida prova. No mérito, requer a concessão definitiva da segurança para que sejam concedidos os acréscimos das questões de nº 05, 02 e 04 da Prova (P2) à sua nota. Pede, ainda, caso não sejam concedidos por esta Corte os acréscimos de notas nas citadas questões, a anulação da questão de nº 05, subitem 2.2.

Advogado – O Impetrante, em causa própria.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA O CARGO DE JUIZ-AUDITOR SUBSTITUTO. ATO EMANADO DO PRESIDENTE

DA COMISSÃO EXAMINADORA. INDEFERIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO VISANDO A ACRÉSCIMO DE NOTA OU ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA. INVIABILIDADE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO. ORDEM DENEGADA. Hipótese de mandamus impetrado por candidato ao concurso público para provimento de cargo de Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União, realizado no ano de 2013. Pretensão formulada com o fito de obter acréscimo de pontuação na prova discursiva (P2) e, conseqüentemente, avançar para a etapa seguinte do certame e, portanto, ver corrigida sua prova de sentença (P3). Preliminar de incompetência da Justiça Castrense arguida pela Procuradoria-Geral do Parquet Miliciens. Embora a execução do certame tenha sido atribuída ao CESPE/UnB, a previsão editalícia que confere poderes ao Presidente da Comissão do Concurso (Ministro do STM) para coordenar, supervisionar e ratificar os critérios de avaliação do concurso público faz deste Ministro a autoridade indigitada coatora nos autos do mandado de segurança, atraindo a competência desta Justiça Militar da União para apreciar a causa. Preliminar de incompetência rejeitada. Decisão unânime. A impetração se ressente de direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança, quando evoca, exclusivamente, a subjetividade da fase discursiva do certame, sem demonstrar medida abusiva do examinador no manejo dos critérios de correção, ou eventual medida geradora de discriminação entre os concorrentes à disputa da vaga no cargo de magistrado da Justiça Militar da União. Ordem denegada. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e conheceu do Mandado de Segurança. **No mérito, por unanimidade**, denegou a Segurança por falta de amparo legal. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Luis Carlos Gomes Mattos não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira

Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 25ª Sessão, 9/4/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado, em causa própria, por CAIO SALGADO SAGUIE (OAB/ES – 12.720), candidato inscrito, sob o nº 10002718, para concurso público de provas e títulos para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União.

Aponta, como autoridade coatora, o Exmo. Sr. Presidente da Banca Examinadora do referido certame.

O impetrante relata que participou da segunda etapa do concurso (provas escritas), sendo que, no dia 27 de julho de 2013, realizou a prova discursiva (P2) e, no dia seguinte (28 de julho de 2013), fez a prova discursiva de sentença (P3), observando-se que ambas foram aplicadas na cidade de Curitiba/PR, conforme previamente estabelecido no Edital nº 16, de 27 de junho de 2013, que convocou os candidatos, até então habilitados na prova objetiva (P1), para realização das provas escritas.

Acrescenta que, no dia 19 de agosto de 2013, foi divulgado pelo CESPE/UnB o resultado provisório das questões da prova discursiva (P2), tendo o impetrante obtido a nota 5,16. Afirmou, outrossim, que recorreu da nota que lhe foi atribuída na prova discursiva (P2), tendo o CESPE/UnB aumentado a nota dessa prova (P2) para 5,74. Ressalta-se que o grau mínimo exigido para aprovação era a nota 6 (seis).

Em seguida, passa o impetrante a analisar as questões formuladas na prova (P2) e a questionar as notas alcançadas, em face das respostas por ele apresentadas.

Argumenta (fl. 22) que:

“O que levou o candidato a recorrer, foi o motivo de que pouquíssimos décimos não podem avaliar oportunamente se um candidato pode ou não ser um magistrado, pois se trata de análise altamente subjetiva do examinador essa contagem decimal ínfima.”.

Concluiu o pedido com requerimento para a concessão de liminar, *inaudita altera parte*, e pleiteou (fl. 26) “[...] a inclusão do nome do Impetrante para que sua prova de sentença penal (P3) seja corrigida e possa prosseguir no concurso caso atinja a nota mínima exigida na prova (P3)”.

No mérito, requer a concessão da segurança com o fito de obter acréscimos nas notas das questões de números 5, 2 e 4 ou, alternativamente, a anulação da questão nº 5, subitem 2.2, do espelho da prova, com a concessão da nota máxima ao impetrante.

Pleiteia, de outra parte, a prestação de assistência judiciária gratuita.

O pedido inicial, formulado por meio de “Petição Eletrônica”, deu entrada no serviço de protocolo desta Corte em 22 de novembro de 2013.

Tendo em vista que os documentos que instruíram a inicial, como prova pré-constituída, não ministravam os elementos suficientes para o exame dos requisitos indispensáveis à medida liminar vindicada, por despacho exarado às fls. 54/55, reservei-me para apreciar o pedido, nesse particular, tão logo a autoridade apontada como coatora prestasse as informações pertinentes ao evento discutido.

Vieram, posteriormente, os originais da peça vestibular, que foram juntados a partir da fl. 59.

Por meio do Ofício de fls. 105/112, o eminente Ministro Dr. José Coêlho Ferreira (Presidente da mencionada Comissão de Concurso) prestou os esclarecimentos necessários, enfatizando a lisura com que se desenvolve o certame, em obediência aos princípios constitucionais e legais que regem a matéria. Quanto à pretensão do impetrante, asseverou, com anteparo na jurisprudência predominante em nossos Tribunais, que não houve erro grosseiro, ato abusivo, arbitrário ou ilegal a ensejar a liquidez e a certeza do direito.

Em complemento, foram encaminhadas pelo Sr. Diretor-Geral do CESPE/UnB as informações constantes do expediente de fls. 113/124. Nesse documento, após considerações acerca das regras preestabelecidas para o aludido concurso (implicitamente aceitas pelos candidatos, no ato de inscrição), o retromencionado Diretor-Geral ressaltou que os critérios de correção das provas foram realizados com lastro em planilhas referen-

tes aos temas abordados, entretanto tais critérios não foram atendidos satisfatoriamente pelo candidato/impetrante. Acrescentou, por derradeiro, que o acolhimento da pretensão do impetrante violaria o princípio da igualdade, porque dispensaria ao postulante tratamento diferenciado em relação aos demais concorrentes, os quais, pela ótica da subjetividade, não foram contemplados com o aumento de pontos nas questões respondidas.

Conforme determinação deste Relator, a Advocacia-Geral da União foi notificada nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/09 (fl. 156).

Em 10 de dezembro de 2013, proferi a Decisão de fls. 159/161, pela qual indeferi a medida liminar pretendida sob os seguintes fundamentos:

“Pretende o Impetrante, por meio de medida liminar, alcançar a nota mínima na prova de sentença penal (P3), de forma a permitir seu prosseguimento no concurso.

A Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que disciplina o Mandado de Segurança, estabelece, em relação à concessão de medida liminar, que:

‘Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica’.

As liminares em Mandado de Segurança também sofrem as restrições relacionadas à tutela antecipada, conforme os artigos 273 e 461, do CPC, in verbis:

‘Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

(...)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada’.

Ocorre que, conforme previsto no Edital nº 23 – STM, de 19 de novembro de 2013 (fls. 35/37), a sessão pública para divulgação do resultado provisório na prova escrita P3 foi realizada no dia 26 de novembro de 2013, no local e na hora previamente estabelecida, restando prejudicada a medida cautelar pretendida, por perda de objeto.

Em resumo, a despeito da plausibilidade do direito invocado (fumus boni iuris) ainda pender de análise mais apurada, quando o pedido for submetido à apreciação da Corte, para exame da matéria de fundo, nada impede possa vir o Impetrante a alcançar seu objetivo, que é o de conseguir os pontos faltantes, de modo a permitir seu prosseguimento no certame.

Ante o exposto, INDEFIRO a medida liminar requerida.”
(Grifo nosso).

Irresignado com os termos da decisão acima transcrita, o impetrante interpôs Agravo Regimental por meio da petição de fls. 171/183. Diante do juízo de retratabilidade proferido nos termos do art. 118, § 2º, do RISTM, que, na verdade, configurou juízo de irretratabilidade, porque manteve a decisão agravada, na íntegra, o Agravo Regimental foi submetido à apreciação deste Plenário em sessão de julgamento realizada em 18 de dezembro de 2013, oportunidade em que a Corte, conforme consta do Extrato da Ata de fl. 191, proferiu a seguinte decisão:

“O Tribunal, por unanimidade, conheceu e não acolheu o Agravo interposto pelo Civil CAIO SALGADO SAGUIE, para manter inalterada a Decisão agravada. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, JOSÉ COELHO FERREIRA e MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS não participaram do julgamento.”.

A Defensoria Pública da União manifestou-se à fl. 216, oportunidade em que tomou conhecimento dos termos do Acórdão relativo ao Agravo Regimental já mencionado (fls. 192/195) e requereu fosse intimada para a sessão de julgamento do presente *mandamus*.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar oficiou o nobre Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, por meio do

substancioso Parecer de fls. 220/235, no qual suscitou preliminar de não conhecimento do presente Mandado de Segurança, com vistas a reconhecer a incompetência desta Corte Castrense, com remessa dos autos à Justiça Federal de primeiro grau. No mérito, caso ultrapassada a questão prejudicial, opinou pelo indeferimento do pedido.

Por derradeiro, peticionou o impetrante (fls. 251/257), em causa própria, no dia 21 de março de 2014, sob o argumento de que a Comissão de Concurso, nos termos do Edital nº 27, anulou a prova de sentença (P3), designou o dia 27 de abril de 2014 para a realização de nova prova e, diante da data já apazada para julgamento do presente *mandamus* (30 de abril de 2014 – fl. 238), requereu fosse reconsiderada a decisão de indeferimento da *liminar*, para permitir sua participação na prova de sentença (P3), ou, alternativamente, que fosse antecipada a data de julgamento do presente feito, com suspensão do concurso até o julgamento do *writ*.

No dia 31 de março de 2014, proferi decisão interlocutória (fls. 265/267) em que, após dirimir as dúvidas abordadas à fl. 242 pela representante da DPU, acolhi, em parte, o pedido formulado pelo impetrante (*in rem propriam*⁷⁰). Na oportunidade, foi antecipado o julgamento para 8 de abril do ano em curso, o que, a rigor, tornou prejudicado o pedido de reconsideração de *liminar*, que visava à antecipação do julgamento do presente *mandamus* em momento anterior à realização da nova prova de sentença (P3), ao mesmo tempo em que tornou, também, desnecessária a pretendida suspensão do concurso público.

No dia 7 de abril de 2014, a Defensoria Pública da União, pela promoção de fls. 276/279, manifestou o propósito de **não mais patrocinar a causa** como representante judicial do Impetrante, o que ensejou fosse adiado o julgamento até a notificação do Impetrante.

Após envidar esforços para obter novo contato com o Impetrante, foi certificado pela Secretaria Judiciária (SEJUD) à fl. 300 que:

“CERTIFICO, para os fins de direito, que nesta data, em contato, via telefone (45-35231149), com o Dr. CAIO SALGADO SAGUIE, advogado em causa própria, o mesmo informou ter recebido o Telegrama nº 15/SEJUD/SEDIL, de 09/04/2014 (fl. 295), estando ciente do inteiro teor do despacho exarado à fl. 293. CERTIFICO, ainda, que o mesmo informou que não pre-

⁷⁰ *In rem propriam* – em causa própria.

tende realizar sustentação oral quando do julgamento do feito.
Dou fé.

Brasília-DF, 9 de abril de 2014.” (Segue assinatura da ser-
ventuária).

Assim, entendo que o feito está em condições de julgamento, pe-
lo que faço sua apresentação em mesa.

É o relatório.

VOTO

I – DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILI- TAR DA UNIÃO SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUS- TIÇA MILITAR:

Submeto à apreciação da Corte, nos termos do art. 79, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, questão preliminar suscitada pela dou-
ta Procuradoria-Geral da Justiça Militar quanto ao não conhecimento do
presente Mandado de Segurança, por incompetência da Justiça Militar da
União, com remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância.

Argumenta o culto subscritor do Parecer de fls. 220/235 que a
prova discursiva impugnada pelo impetrante foi elaborada e corrigida
pelo CESPE/UnB, em decorrência de contrato celebrado com este Supe-
rior Tribunal Militar, nos termos do Edital nº 1 – STM, de 16 de novem-
bro de 2012, que, em seu tópico 1.1, assim dispõe:

“1 - DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES:

*1.1 O concurso público será regido por este edital e exe-
cutado pela Comissão de Concurso do STM e, por delegação,
pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universi-
dade de Brasília (CESPE/UnB), sob coordenação e supervisão dos
membros da Comissão do Concurso, com a participação de re-
presentante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas
as etapas.” (grifos nossos).*

Conforme se observa, a delegação de poderes ao CESPE/UnB pa-
ra realizar determinadas atividades não suprimiu da Comissão de Concur-
so/STM as atribuições inerentes à execução, coordenação e supervisão
dos membros da Comissão de Concurso.

As normas estabelecidas no referido Edital nº 1 observaram fiel-
mente as regras contidas na Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, do

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual “Dispõe sobre concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.”.

A tratar das atribuições das comissões de concurso, a mencionada Resolução nº 75/CNJ estabelece que:

“Art. 3º A realização do concurso público, observadas a dotação orçamentária e a existência de vagas, inicia-se com a constituição da respectiva Comissão de Concurso, mediante resolução aprovada pelo órgão especial ou Tribunal Pleno.

Parágrafo único. A Comissão de Concurso incumbir-se-á de todas as providências necessárias à organização e realização do certame, sem prejuízo das atribuições cometidas por esta Resolução, se for o caso, às Comissões Examinadoras e à instituição especializada contratada ou conveniada para execução das provas do certame.”⁷¹ (grifei).

Conforme se infere dos textos transcritos, poderiam existir 2 (duas) comissões distintas, as quais, no caso em comento, foram assim instituídas:

a-) Comissão de Concurso do Superior Tribunal Militar, instituída pelo Edital nº 9-STM, de 21 de março de 2013;

b-) Comissões Examinadoras (CESPE/UnB) instituídas no tópico 14.2 do Edital nº 1 – STM, de 16 de novembro de 2012.

Dispõe, ainda, a referida Resolução nº 75/CNJ que:

“Art. 19. O concurso desenrolar-se-á perante Comissão de Concurso e Comissões Examinadoras.”.

E, mais adiante, estabelece a mencionada Resolução nº 75/CNJ:

“Art. 30. Caberá à Comissão Examinadora ou à instituição especializada:

I - formular as questões e aplicar a prova objetiva seletiva;

II - corrigir a prova;

III - assegurar vista da prova, do gabarito e do cartão de resposta ao candidato que pretender recorrer;

IV - encaminhar parecer sobre os recursos apresentados para julgamento da Comissão de Concurso;

⁷¹ Redação dada pela Resolução nº 118, de 3/8/2010.

V - divulgar a classificação dos candidatos.

Art. 31. A instituição especializada prestará contas da execução do contrato ou convênio ao tribunal e submeter-se-á à supervisão da Comissão de Concurso, que homologará ou modificará os resultados e julgará os recursos.”.

Ao prestar as informações de praxe, na condição de autoridade apontada como coatora, Sua Excelência o Senhor Ministro Dr. José Coêlho Ferreira esclareceu (fl. 112), *in verbis*:

“16. De qualquer maneira, para que não restem dúvidas acerca da metodologia de correção da prova discursiva (P2), o CESPE/UNB encaminhou à Secretaria do Concurso o Ofício nº 3843/2013, de 2/12/2013 (ANEXO I), esclarecendo os parâmetros adotados na citada correção, bem como demonstrando pormenorizadamente a proporcionalidade das notas auferidas com o conteúdo das respostas dadas pelo Impetrante.”.

Com essas considerações finais, conclui-se que a **Comissão de Concurso** instituída pelo Edital nº 1 – STM, de 16 de novembro de 2012, ao confirmar os critérios e parâmetros adotados pelo CESPE/UnB, na correção das provas e no julgamento dos recursos interpostos pelos candidatos, passou a figurar como **autoridade coatora**.

A Lei nº 8.457/92, conhecida nas lides forenses como *Lei de Organização Judiciária da Justiça Militar da União*, assim dispõe:

“Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

d) o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar; [...].”.

Idêntica redação apresenta o Regimento Interno desta Corte, ao estabelecer:

“Art. 4º Compete ao Plenário:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

c) os Mandados de Segurança contra seus autos, os do Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar.”.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar para conhecer do presente Mandado de Segurança, suscitada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

II – DO MÉRITO:

Passo a conhecer do presente *mandamus*, haja vista satisfeitos os pressupostos processuais de admissibilidade.

O propalado “*direito subjetivo individual líquido e certo*” apontado pelo impetrante (fl. 6) funda-se, em derradeira análise, nos critérios adotados pelas Comissões Examinadoras (CESPE/UnB) instituídas no tópico 14.2 do Edital nº 1 – STM, de 16 de novembro de 2012, na correção das provas realizadas pelo Impetrante.

Argumenta o impetrante, literalmente (fl. 22):

“O que levou o candidato a recorrer foi o motivo de que pouquíssimos décimos não podem avaliar oportunamente se um candidato pode ou não ser um magistrado, pois se trata de análise altamente subjetiva do examinador essa contagem decimal ínfima.”.

Concordamos, plenamente, com a afirmação do Impetrante, no que se refere à “(...) ***análise altamente subjetiva do examinador***”.

A avaliação de provas de natureza subjetiva, tal como foi a prova (P2) a que se submeteu o impetrante na segunda fase do certame, guarda, efetivamente, certa discricionariedade, na medida em que o examinador, segundo sua percepção pessoal, avalia o que acredita ser mais importante para o desempenho do cargo a que se destina o certame.

Difere da avaliação objetiva, caso em que o examinador não avalia o desempenho ou a performance do candidato, mas apenas se a resposta se encaixa ou não na opção prevista no gabarito previamente estabelecido.

No entendimento deste Ministro que integra o Superior Tribunal Militar, à primeira vista, não se afigura de maior relevância o acréscimo de alguns décimos na nota de qualquer candidato. Todavia, analisando o universo do certame, estar-se-ia criando uma discriminação odiosa, não só em relação àqueles que não obtiveram o grau mínimo necessário para ultrapassar aquela fase do concurso, e que não tiveram, por qualquer razão, inclusive de disponibilidade de tempo, para impetrar idêntico pedido, mas também àqueles que satisfizeram as exigências do edital e obtiveram o grau necessário para a fase seguinte e que terão, como concorrente, um candidato menos capaz ou com menos sorte, o que representaria patente ofensa ao princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei.

Nos dias atuais, com a crise de desemprego que assola o mundo, em particular os países desenvolvidos, ou mesmo os emergentes, onde a concorrência desenfreada da vida moderna se acentua, a garantia de um emprego estável e bem remunerado se insere dentre os maiores anseios da população. Daí, a necessidade de cuidados maiores na seleção dos candidatos aos cargos mais elevados, como são os da carreira de Estado, a exemplo do perseguido pelo ora postulante.

O critério menos injusto, socialmente concebido, é da seleção mediante concurso público. Como bem esclareceu o digno Presidente da Comissão de Concurso, nos termos das informações de fls. 105/112, o **“Edital é a lei do concurso”**. Ao se submeter ao certame, o candidato se subjugava às regras do Edital, que são aplicadas a todos os candidatos indiscriminadamente.

Não pode esta Corte arrebatar para si os poderes outorgados à Comissão de Concurso, sem antever, *primo ictus oculi*⁷², a prática de qualquer ato abusivo ou ilegal da autoridade apontada como coatora, que tivesse maculado direito líquido e certo do Impetrante.

Ante o exposto, denego a segurança requerida por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e, no mérito, por unanimidade de votos, em denegar a segurança por falta de amparo legal.

Brasília, 9 de abril de 2014 – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

⁷² *Primo ictus oculi* – ao primeiro golpe de vista.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 230-98.2013.7.00.0000-DF

Relator – Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Impetrante – O Ministério Público Militar impetra o presente *mandamus* contra o Acórdão desta Corte, de 30/10/2013, lavrado nos autos dos Embargos nº 3-84.2008.7.00.0000, que concedeu *habeas corpus*, de ofício, para declarar a prescrição dos fatos imputados ao Cap Ex César Augusto Pereira de Mattos no Conselho de Justificação de mesmo número, requerendo a concessão da segurança para afastar a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição, para prevalecer o julgamento de mérito proferido no citado Conselho de Justificação.

Litisconsortes Passivos – A União e César Augusto Pereira de Mattos, Cap Ex.

Advogados – Advocacia-Geral da União e Dr. Antonio Frederico Carvalheira de Mendonça.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MATÉRIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 18 DA LEI 5.836, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1972, E DE QUE A PRESCRIÇÃO FOI APLICADA EQUIVOCADAMENTE. FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DENEGAÇÃO DA ORDEM. I – O Ministério Público Militar não é parte legítima para impetrar mandado de segurança contra decisão do Tribunal que não conheceu do recurso da Defesa por falta de previsão legal e, em seguida, concedeu habeas corpus para declarar a prescrição dos fatos apurados em sede de Conselho de Justificação. II – A ausência de uma das condições da ação, qual seja, a falta de legitimidade ativa ad causam, induz à denegação da ordem de segurança, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, c/c o art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Ordem de segurança denegada. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, denegou a Segurança, sem exame do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c/c o art.

267, inciso VI, do CPC, por ausência de uma das condições da ação. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, o Advogado da União, Dr. Rodrigo Becker, e o Advogado constituído nos autos, Dr. Antonio Frederico Carvalheira de Mendonça. O Presidente deferiu requerimento do Advogado constituído, para que seja fornecido o áudio do presente julgamento, o que será providenciado pela Secretaria do Tribunal Pleno.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 18ª Sessão, 20/3/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR contra o Acórdão deste Tribunal, proferido nos autos dos Embargos nº 3-84.2008.7.00.0000, que concedeu *habeas corpus* de ofício para declarar a prescrição dos fatos imputados ao Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS no Conselho de Justificação de mesmo número, requerendo a concessão da segurança para afastar a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição, para prevalecer o julgamento de mérito proferido no citado Conselho de Justificação.

2. Na Inicial de fls. 02/07, aduz o impetrante que este Tribunal, equivocadamente, ao apreciar e julgar os Embargos Infringentes nº 3-84.2008, utilizou-se da via do *habeas corpus* de ofício para cuidar de matéria prescricional, quando, na verdade, este não é o instrumento cabível para a declaração de tal instituto. Entende que, em razão disso, houve vício de forma.

3. Sustenta o impetrante que esta Corte cometeu ilegalidade de mérito, enfatizando que o art. 18 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, estabelece que a prescrição no Conselho de Justificação ocorre em 6 anos, computados da data em que foram praticados e que o seu parágrafo único vincula esse prazo ao lapso temporal de prescrição do CPM, quando se trata, obviamente, de crime militar. Ao contrário, assevera que, no caso vertente, tratou-se de crime comum praticado contra menor.

4. Alega o impetrante que o fato foi verificado em 30/1/2006, a Portaria de instauração do Conselho é de 14/9/2007 e não houve a ocorrência da prescrição, mas apenas suspensão do feito em 28/8/2009, em virtude do Despacho exarado pelo relator do Conselho de Justificação, que determinou o sobrestamento do feito até que sobreviesse a Sentença final no processo que tramitava na 1ª Vara Criminal de Barueri/SP. Porém, esta Corte teria considerado o transcurso do prazo de 6 anos, de forma intercorrente, durante o trâmite dentro do próprio Tribunal, mesmo estando o processo suspenso, justamente por não se admitir a incidência das causas de interrupção.

5. Ressalta que, se não fosse cabível a interrupção do prazo prescricional, caberia a suspensão do processo diante do condicionamento do julgamento do feito ao resultado do processo pela prática do crime comum. E, caso se tratasse de crime militar, deveria ter sido observado o artigo 125, § 4º, inciso I, do CPM, pois a interrupção decorreu de questão prejudicial. Sustenta, ainda, que se fosse invocado o fato da extensão da regra do parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/1972 para o crime comum, o resultado seria o mesmo, pois regra idêntica existe no artigo 116, inciso I, do CP comum.

6. Argumenta o impetrante que o Conselho de Justificação, como lide extrapenal, ainda que o fundamento seja um fato com reflexo penal, também não se impunha a prescrição em apreço, pois a instauração do processo civil *lato sensu* interrompe a prescrição, na forma do art. 219 do CPC, c/c o art. 202, inciso I, do CC, anotando que a prescrição civil intercorrente até pode ocorrer, mas somente por desleixo da parte, nunca pelo Poder Judiciário. Enfim, enfatiza que o prazo prescricional preconizado pela Lei nº 5.836/1972 é tão somente para a instauração do processo e ocorre primeiro no âmbito administrativo da Força correspondente, concluindo que a prescrição reconhecida por esta Corte feriu frontalmente o art. 18 da Lei 5.836/1972.

7. Por essas razões, requereu a concessão da ordem de mandado de segurança para ver reformada a decisão atacada, a fim de que seja afastada a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição, prevalecendo a declaração de indignidade para o oficialato com a consequente perda do posto e da patente do Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS.

8. À fl. 11, exarei o Despacho de 27/11/2013, determinando que fossem solicitadas as informações pertinentes ao eminente Presidente desta Corte. Determinei, ainda, que fosse alterada a autuação do presen-

te *writ*, procedesse à citação do Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS como litisconsorte passivo necessário e encaminhasse cópia da Inicial à douta Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

9. As informações foram prestadas às fls. 17/20, da lavra da Drª MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Ministra Vice-Presidente, no exercício da Presidência.

10. A União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, manifestou-se à fl. 25, esclarecendo que tem interesse na lide, requerendo a sua intimação de todas as decisões e despachos proferidos no presente *mandamus*.

11. O Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS foi citado à fl. 48-v, constituindo advogado para se vincular à sua Defesa (fls. 52/53), o qual teve vista dos autos, conforme o Termo de Entrega de fl. 61. A Defesa do oficial apresentou a sua manifestação de fls. 65/71, pugnando pela manutenção da Decisão proferida por este Tribunal nos autos dos Embargos nº 3-84.2008.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, vale fazer uma incursão acerca da situação fática analisada no âmbito administrativo.

2. O Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS submeteu-se ao Conselho de Justificação instaurado pelo Exército Brasileiro e, por unanimidade, foi considerado não Justificado em relação ao que se encontra tipificado na alínea “c” do inciso I do art. 2º da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, e incisos IX, XIII, XVI e XIX do art. 28 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, em virtude de esse militar ter sido preso em flagrante, no centro da cidade de Barueri/SP, onde, em 30/1/2006, foi surpreendido quando explorava sexualmente um menor adolescente, por meio de atos libidinosos.

3. A partir disso, foi autuado, neste Tribunal, o Conselho de Justificação nº 3-84.2008.7.00.0000, o qual foi julgado na Sessão de Julgamento de 29/10/2012, nos seguintes termos:

“O Presidente, na forma do art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, proclamou Decisão rejeitando a preliminar de prescrição arguida pelo Ministro MARCOS MARTINS TORRES

(Relator), por entender que foi proferida Sentença absolutória na Justiça Comum em relação ao Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS, e prosseguiu no exame do mérito processual, por considerar ser-lhe mais favorável. Os Ministros OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, JOSÉ COÊLHO FERREIRA, ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e FERNANDO SÉRGIO GALVÃO acompanhavam o voto do Ministro-Relator e declaravam a prescrição dos fatos constantes no libelo acusatório imputados ao Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS, nos termos do art. 18 da Lei nº 5.836/72. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa do Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS, de nulidade do Conselho de Justiça, por cerceamento de defesa. Na sequência, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa, em virtude de indeferimento de pedido de oitiva da vítima perante o Conselho de Justificação. Os Ministros MARCOS MARTINS TORRES (Relator) e JOSÉ COÊLHO FERREIRA acolhiam a preliminar, para declarar a nulidade de todos os atos do Conselho de Justificação nº 3-84.2008.7.00.0000, a partir da fl. 228, com renovação. No mérito, por maioria, o Tribunal julgou o Justificante culpado e incapaz de permanecer na ativa, declarando-o indigno para o oficialato, determinando a perda de seu posto e patente, na forma do art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/72 e do art. 142, § 3º, inciso I, da Constituição Federal. Os Ministros MARCOS MARTINS TORRES (Relator) e JOSÉ COÊLHO FERREIRA consideravam o Justificante culpado e o declaravam incapaz de permanecer na ativa, determinando sua reforma, com fulcro no art. 16, inciso II, do Dec. nº 71.500/72. Relator para Acórdão Ministro CLEONILSON NICÁCIO SILVA. O Ministro MARCOS MARTINS TORRES (Relator) fará voto vencido. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (Revisor) fará voto vencido. O Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES fará declaração de voto. Presidência do Ministro CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES.”.

4. Por entender que o resultado relativo à prescrição deveria ser declarado em prol do Justificante, a Defesa opôs os Embargos Infringentes nº 3-84.2008.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, cujo julgado está assim ementado:

“EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. **EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO**. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE **HABEAS CORPUS**.

O recurso deve ter previsão legal, isto é, precisa estar distinguido na lei como mecanismo processual adequado para o enfrentamento de um determinado tipo de decisão.

Inexistência de previsão legal para a oposição de **Embargos Infringentes do Julgado** em face de **Acórdão** proferido pelo Superior Tribunal Militar em **Conselho de Justificação**.

Embargos não conhecidos.

Inconformismo defensivo que, todavia, deve ser conhecido de ofício: **a uma** porque versa matéria de ordem pública, qual seja, a prescrição; e, **a duas e sobretudo**, porque objeta **Decisão** proferida em flagrante contrariedade à lei e, mais do que isso, desatenta ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Concessão, de ofício, de **Habeas Corpus** para declarar a prescrição dos fatos constantes do libelo acusatório do **Conselho de Justificação**.

Por maioria.” (fls. 668). (os grifos são do original).

5. Dessume desse julgado que os embargos não foram conhecidos, tendo em vista que não havia mais no Regimento Interno deste Tribunal a previsão de cabimento de embargos contra decisão proferida em sede de Conselho de Justificação. Aliás, o cabimento do referido recurso só foi admitido até o advento da Emenda Regimental nº 20, de 28 de novembro de 2012, que alterou o inciso II do art. 119 do RISTM, o qual tinha a seguinte redação:

“Art. 119. Cabem Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, observados os requisitos legais:

(...);

II - contra decisão não unânime em processo oriundo de Conselho de Justificação.”.

6. Assim, por se tratar de matéria de ordem pública, esta Corte reconheceu a prescrição dos fatos constantes do libelo acusatório do Conselho de Justificação, mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício.

7. Nesta assentada, foram admitidas as manifestações orais do Advogado da União, Dr. RODRIGO BECKER, que atuou na Defesa dos

interesses da União como litisconsorte passivo, bem assim do Dr. ANTONIO FREDERICO CARVALHEIRA DE MENDONÇA, advogado do Cap Ex CÉSAR AUGUSTO PEREIRA DE MATTOS.

8. O primeiro sustentou o não cabimento do *mandamus*, requerendo o não conhecimento da via eleita, uma vez que a Ação Mandamental foi ajuizada como sucedâneo de recurso, o que é vedado pela disposição contida no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009, ressaltando que, na verdade, o mandado de segurança se transformou em ação rescisória. Sustentou o seu pedido com fundamento nas próprias razões expostas pelo impetrante, notadamente na parte em que o Órgão ministerial justifica que cabe o mandado de segurança porque não caberia outro recurso em virtude da ausência, no Acórdão, de qualquer violação a dispositivo constitucional. Enfim, para o ilustre Advogado da União, só seria cabível mandado de segurança se a Decisão atacada fosse considerada teratológica, segundo entendimento do Pretório Excelso, arrematando que não é o caso dos autos.

9. O segundo, por sua vez, seguiu a mesma linha de raciocínio do citado Advogado da União, requerendo a manutenção da Decisão proferida por este Tribunal nos autos dos Embargos nº 3-84.2008.

10. Com essa explanação, a meu sentir, cabe também indagar se o Ministério Público Militar é parte legítima para impetrar mandado de segurança contra decisão da Corte que não conheceu os embargos infringentes da Defesa, por ausência de previsão legal, mas concedeu *habeas corpus* ao Cap Ex CÉSAR AUGUSTO, reconhecendo-lhe a prescrição dos fatos narrados no libelo acusatório de determinado procedimento administrativo.

11. De plano, é possível sustentar que o *Parquet* militar não tem legitimidade ativa *ad causam* para a impetração do presente *mandamus*, embora tenha alegado que a sua legitimidade decorre da sua atuação como *custos legis*.

12. É bem verdade que o Órgão ministerial, na condição de fiscal da lei, pode atuar amplamente para se vincular às lides na defesa de interesses diversos. Todavia, em se tratando de decisão proferida na via estreita do *habeas corpus*, a atuação do Ministério Público é bem mais restrita. Vale dizer, se a decisão é concessiva da ordem, não cabe qualquer recurso, mas, se denegatória, cabe recurso ordinário tão somente por parte da Defesa (art. 128 do RISTM).

13. Portanto, é escorreito afirmar que o *mandamus* deve ser denegado por falta de uma das condições da ação, qual seja, a falta de legitimidade ativa *ad causam*.

14. Aliás, já tive a oportunidade de sustentar, nesta Corte, que a novel Lei do Mandado de Segurança admite a denegação da ordem, seja sem o julgamento do mérito, seja com o julgamento dele, trazendo como exemplos os julgados relativos ao Mandado de Segurança nº 71-29.2011.7.00.0000/DF, de minha relatoria, e do Mandado de Segurança nº 56-60.2011.7.00.0000/DF, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO.

15. Nesse contexto, ainda que se trate de matéria exclusivamente de cunho processual, que antecede o mérito da *quaestio*, se ausente uma das condições da ação, como é o caso dos autos, impõe-se a denegação da ordem de mandado de segurança sem julgamento do mérito, consoante a sistemática legal vigente, com base nas hipóteses elencadas no art. 267 do Código de Processo Civil e no § 5º do art. 6º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Evidentemente que há críticas no que diz respeito à verdadeira acepção jurídica da palavra *denegar*, até porque a sua compreensão nos conduz à ideia de apreciação meritória. Contudo, a mencionada legislação repete a expressão nos seus seguintes dispositivos, deixando claro que se deve denegar a segurança sem o julgamento do mérito, nos seguintes termos:

“Art. 6º.....

(...)

§ 5º **Denega-se o mandado de segurança** nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

(...)

Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, **sem decidir o mérito**, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.” (os grifos não são do original).

16. A esse propósito, em comentários ao citado § 5º do transcrito art. 6º, leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO:

“Importa evidenciar, por fim, que a Lei n. 12.016/2009 não traz nenhum elemento que infirme o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a ausência de direito líquido e certo conduz à extinção do processo sem

juízo de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ser aquela exigência constitucional, em última análise, assimilável ao interesse de agir.” (BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32).

17. Apesar das severas críticas dispensadas em relação a essa inovação preconizada na novel legislação de referência, J. E. Carreira Alvim, na sua obra **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009**, 2ª edição, Curitiba: 2013, p. 136, sintetiza a polêmica, nos seguintes termos:

“(…)

*A falta de técnica do § 5º do art. 6º da LMS e, sob certo ângulo, corrigida por outra, desta feita, no § 6º do próprio art. 6º, permitindo a renovação do pedido, dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito; com o que faz brotar uma nova linguagem, até então desconhecida da Lei mandamental, em que o mandado de segurança pode ser denegado sem decidir o mérito e denegado com decisão de mérito. Essa linguagem faz renascer, na esfera mandamental, a distinção entre denegação do mandamus por questão processual e denegação por questão de mérito, que fez fortuna no STF por mais de um século, em que, no julgamento de recurso extraordinário, pela hipótese do art. 102, III, ‘a’, da Constituição, falava-se em ‘não conhecer do recurso por **questão processual**’ e ‘não conhecer do recurso por **questão de mérito**’.” (os grifos são do original).*

18. Dessa forma, seja pelos argumentos expendidos pelo Advogado da União, seja pelas razões anteriormente expostas, o certo é que falece legitimidade ativa para impetração da Ação Mandamental pelo *Parquet* militar, o que leva a concluir que a denegação da ordem é o provimento judicial exigível no caso vertente.

Ante o exposto, voto pela denegação da segurança, sem exame do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c/c o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ausência de uma das condições da ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade

do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em denegar a Segurança, sem exame do mérito, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c/c o art. 267, inciso VI, do CPC, por ausência de uma das condições da ação.

Brasília, 20 de março de 2014 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 237-90.2013.7.00.0000-DF

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

Impetrante – José João Dias Neto, ex-Sd Ex, impetra o presente *mandamus* contra o Acórdão desta Corte, de 19/9/2013, lavrado nos autos da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011, requerendo, liminarmente, a suspensão dos efeitos do Acórdão da mencionada Apelação, com o sobrestamento do início da execução da pena, até o julgamento final do presente *Writ*. No mérito, pede a concessão definitiva da segurança para desconstituir o referido Acórdão, bem como a suspensão do feito até a sua captura ou apresentação voluntária.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO DESTA CORTE EM APELAÇÃO DEFENSIVA QUE JULGOU CRIME PREVISTO NO ART. 187 DO CPM PRATICADO POR RÉU QUE HAVIA CONSUMADO NOVA DESERÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. INTIMAÇÃO DA AGU. NÃO ACOLHIMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. IMPUGNAÇÃO DE ATO EMANADO DO PLENÁRIO. CABIMENTO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ CAPTURA OU APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA DO DESERTOR. Questão de Ordem suscitada em Plenário consistente na intimação da AGU para atuar como litisconsorte rejeitada por maioria. Não se vislumbrou onde a atuação da AGU, como representante legal, fosse cabível na matéria penal apreciada, a exigir interesse de agir daquele Órgão para que viesse a ocupar posição nos autos. Preliminar levantada pela PGJM de não conhecimento do mandamus rejeitada por maioria. Inexistência de recurso com efeito suspensivo para amparar a pretensão do impetrante. Inexistência, ainda, de trânsito em julgado do Acórdão impugnado a constituir óbice para a impetração. A questão de ter havido ou não ilegalidade na Decisão é matéria de mérito, que também não obsta o conhecimento do writ. Não se julga Apelação quando o Réu já se encontra na condição de civil, haja vista sua exclusão do serviço militar decorrente de nova deserção. Falta de condição de prosseguibilidade da Ação Penal. Precedentes. A perda da qualidade de militar da ativa prejudica o curso da

ação penal, justamente em decorrência da ilegitimidade do Acusado para ser processado e julgado no foro desta Justiça Castrense. Segurança concedida para anular o julgamento desta Corte e sobrestar o referido recurso até a captura ou apresentação voluntária do ex-militar. Maioria.

DECISÃO

Em questão de ordem suscitada pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, o Tribunal, **por maioria**, decidiu pela não conversão do julgamento em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha votava com o Ministro Artur Vidigal de Oliveira. Prosseguindo, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do *mandamus*. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Cleonilson Nicácio Silva acolhiam a preliminar, não conhecendo da Ordem. **No mérito, por maioria**, conheceu do Mandado de Segurança e concedeu o *writ*, para anular o julgamento da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011/DF, de 19/9/2013, determinando o **sobrestamento** do referido recurso até a captura ou a apresentação voluntária do ex-Sd Ex José João Dias Neto. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão e Cleonilson Nicácio Silva denegavam a Segurança. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha participou somente da votação da questão de ordem.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcos Martins Torres. (Extrato da Ata da 7ª Sessão, 18/2/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor do ex-Sd Ex JOSÉ JOÃO DIAS NETO, contra o Acórdão desta Corte, de 19/9/2013, lavrado nos autos da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011.

Segundo consta dos autos, em fevereiro de 2013, o ora Impetrante foi denunciado perante a 1ª Auditoria da 11ª CJM, como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar.

Recebida a Denúncia em 21 de fevereiro subsequente, foi condenado, em 28 de maio de 2013, por maioria (4 x 1), a 6 (seis) meses de detenção pelo crime de Deserção. Desta Decisão, a Defesa interpôs recurso de Apelação.

Em 24 de agosto de 2013, o Apelante praticou nova Deserção.

Em 19 de setembro de 2013, a Apelação defensiva foi julgada pelo Plenário desta Corte, que negou provimento ao recurso, mantendo a condenação.

Foi Relator da Apelação o eminente Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e Revisor o eminente Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO.

Da Decisão condenatória a Defesa interpôs Embargos de Declaração, pleiteando que fosse sanada a omissão com relação à ausência de pronunciamento acerca da falta de qualidade de militar do ora Impetrante, por ocasião do julgamento. Os embargos declaratórios foram rejeitados por Decisão monocrática do eminente Ministro-Relator, em 4 de novembro de 2013, com base no artigo 12, inciso V, do RISTM⁷³, com o argumento de que, no momento do julgamento, em 19 de setembro de 2013, o Tribunal não detinha o conhecimento sobre a nova deserção do Embargante, não havendo, portanto, que se falar em omissão do Acórdão. A informação sobre a nova deserção foi trazida aos autos em 3 de outubro de 2013, portanto, posteriormente ao julgamento em Plenário.

Salienta a Defensoria Pública da União no presente *mandamus* que o ex-Sd JOSÉ JOÃO DIAS NETO sofreu violação ao direito líquido e certo de não ser julgado sem a existência de condição para a persecução penal, por ato do Plenário do Superior Tribunal Militar, eis que, naquela ocasião, não mais ostentava a qualidade de militar.

Sustenta, ainda, que o Acórdão proferido no bojo do recurso de Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011 é equivocado e não deve subsistir,

⁷³ Após o recebimento por distribuição e até julgamento, o Relator conduz o processo. São atribuições do Relator:

(...)

V- negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou estranho à competência do Tribunal;

pois, de acordo com jurisprudência firmada por este Tribunal, cristalizada no Enunciado nº 12 da Súmula da Jurisprudência do STM, por se tratar de crime de deserção, a qualidade de militar constitui condição de procedibilidade e prosseguibilidade para a persecução penal.

Em virtude do exposto, requer a concessão da medida liminar para determinar a suspensão dos efeitos do Acórdão proferido por essa Corte Castrense na Ação Penal Militar nº 231-78.2012.7.11.0011, com o sobrestamento do início da execução da pena, até o julgamento da presente impetração.

No mérito, pede a concessão da ordem para desconstituir o Acórdão proferido por essa Corte quando do julgamento do recurso da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011, determinando seu sobrestamento até a captura ou a apresentação voluntária do ora Impetrante, de acordo com a Súmula nº 12, da jurisprudência desta Justiça Militar.

Por Decisão de fls. 265/266, concedi a medida liminar nos termos em que pleiteada, para suspender os efeitos do Acórdão da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011, julgada em 19 de setembro de 2013, com o sobrestamento do início da execução da pena, até o julgamento final do presente *mandamus*.

Em 19 de dezembro de 2013, vieram aos autos as informações solicitadas ao Exmo. Ministro-Presidente desta Corte, nos termos do artigo 96, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (fls. 273/276).

Em suas informações, esclarece que a notícia sobre a nova deserção só veio aos autos em data posterior ao julgamento da Apelação e, assim, o Tribunal dela não tinha ciência; e que o documento enviado anteriormente ao Ministro-Relator da Apelação apenas dava notícia sobre o resultado de uma sindicância que considerou o Réu como arrimo de família, sem fazer menção à sua desincorporação (fls. 225/242).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 279/286, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, suscitou, preliminarmente, o não conhecimento do *mandamus*, com a concessão de *habeas corpus* de ofício, a anulação do julgamento da Apelação nº 0000231-78.2012.7.11.0011 e o seu sobrestamento até a apresentação voluntária ou captura do Apelante, quando então definirá sua condição de militar ou não.

É do Parecer, *in verbis*:

“(...) Como o próprio Impetrante afirma, ao oferecer embargos de declaração o Relator negou seguimento ao recurso, não havendo o Impetrante oferecido o agravo regimental para contestar a decisão mencionada, deixando-a transitar em julgado, embora a jurisprudência do STM registre casos como o do autor, em que os embargos declaratórios tiveram efeito modificativo.

Portanto, o Mandado de Segurança ora impetrado tem evidente escopo de substituir os embargos declaratórios não admitidos em decisão que o autor deixou transitar em julgado.

O que nos afigura equivocado no Regimento Interno da Corte é exigir-se que o acórdão não seja unânime para o cabimento dos embargos de nulidade, uma vez que esta, se ocorrida no julgamento da apelação, envolverá matéria processual e não terá sido arguida ou objeto de apreciação pelo Plenário.

Entretanto, tem a Corte Castrense entendido que eventual situação do desconhecimento do Plenário quando o julgamento da Apelação pode ser corrigido via habeas corpus pelo próprio Colegiado Superior, verbis:

*Ementa: ‘HABEAS CORPUS’. **PROCESSO DE INSUBMISSÃO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR APURADO ‘IN CASU’. PACIENTE SUBMETIDO A CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Impetração efetuada originariamente junto ao STF, em face de ‘decisum’ condenatório proclamado pelo STM com atinência a delito de insubmissão verificando ter restado a Justiça Militar como desinformada de providências adotadas pela Administração Militar ‘a posteriori’ da IPI lavrada contra o paciente da Corte Suprema, desconhecendo do pedido impetrado e não qualificando como coator o Pretório Superior Castrense, decidiu caber a este o julgamento do ‘writ’ em foco. Exsurge dos autos que, após já se ter em curso o respectivo processo por infringência do Art. 183 do CPM, a Administração Militar declarou como irregular e nula a incorporação do paciente do EB, terminando por considerar o mesmo dispensado das lides de caserna. Nada disto se comunicou oportunamente à Justiça Militar. A situação de dispensado do paciente apontada ‘ut retro’ marca flagrantemente como sem justa causa***

o libelo de insubmissão havido contra o mesmo e, 'ipso facto', como constrangimento ilegal a ação penal por ele respondida, com resultado de condenação, no Foro Castrense. Concedida a Ordem, vendo-se anulado, 'ab initio', o feito hostilizado, 'ex vi' do capitulado no Art. 468, alínea c), do CPPM. Decisão por unanimidade. (HC 1998.01.033396-7, Relator Min CEZAR DE ANDRADE).

A decisão supra teve por embasamento o julgamento do Habeas Corpus 77.830 pelo STF, impetrado em prol do insubmisso, assim decidindo a Corte Suprema em Acórdão da lavra do eminente Min. Sydney Sanches:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. 'HABEAS CORPUS': COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. 1. Diante dos termos da sentença de 1º grau e do próprio acórdão impugnado, tudo indica que o Superior Tribunal Militar, ao proferi-lo, em data de 21.05.1998, ignorava a anulação da incorporação do ora paciente, o que se deu a 5 de dezembro de 1997, mediante sindicância. 2. **Ora, se ignorava esse fato, não poderia tê-lo levado em conta, nem mesmo de ofício, no julgamento do recurso.** 3. **Em tal circunstância, não pode aquela E. Corte Superior ser apontada como autoridade coatora na presente impetração. Ao contrário, ela própria deve julgá-la, como, em circunstâncias idênticas ou assemelhadas, tem decidido esta Corte.** 4. **'HC' não conhecido, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar para que julgue o pedido como de direito.**

Com efeito, admitir-se e deferir o Mandado de Segurança constituiria em reconhecimento a que o STM houvesse agido ilegalmente ou com abuso de poder, não se podendo inquirir de tais predicados negativos o Acórdão hostilizado, eis que sequer a Corte Castrense havia sido informada da nova deserção e, em consequência, da exclusão do Apelante do serviço ativo, com a perda da condição de militar.

Além dessa circunstância, evidente que, ao deixar transitar em julgado a decisão do Relator negando seguindo aos Em-

bargos, o autor não poderia se valer do Mandado de Segurança substitutivo do recurso para o qual perdeu o prazo.

Presentes tais condições, é o Parecer preliminarmente pelo não conhecimento do mandamus, com a concessão de habeas corpus de ofício pelo egrégio Superior Tribunal Militar, com a anulação do julgamento da apelação nº 0000231-78.2012.7.11.0011 e o sobrestamento da mesma até a apresentação voluntária ou captura do Apelante, quando então se definirá sua condição de militar ou não” (negrito no original) (fls. 279/286).

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

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor do ex-Sd Ex JOSÉ JOÃO DIAS NETO, contra o Acórdão desta Corte, de 19 de setembro de 2013, lavrado nos autos da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011. Busca o Impetrante a concessão da segurança para desconstituir o referido Acórdão, com a suspensão do feito até a captura ou apresentação voluntária do ex-militar.

Em Questão de Ordem suscitada em Plenário, o Tribunal, por maioria, decidiu pela não conversão do julgamento em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União.

Conforme o artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente. No caso trazido aos autos, como em casos similares, entendeu esta Corte Castrense que o artigo 7º, inciso II, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) requer a intimação da AGU, na qualidade de representante judicial da União, quando a matéria versa sobre direito administrativo, civil ou, em raros casos, de direito penal, se houver bem jurídico da União a ser protegido ou real ou eminente prejuízo patrimonial ao erário.

Na hipótese, não se vislumbrou onde a atuação da AGU, como representante legal, fosse cabível na matéria penal apreciada, a exigir interesse de agir daquele Órgão para que viesse a ocupar posição nos autos.

Assim, como a matéria versada era de exclusiva competência desta Corte, exaurindo-se no próprio mérito da questão, não se verificou qualquer ameaça de violação a interesse de bem público que ensejasse a intimação da AGU para defendê-lo.

DA PRELIMINAR

Suscita a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar preliminar de não conhecimento do *mandamus*, por incabível, haja vista que impetrado em face de decisão transitada em julgado, em desconformidade com o que prescreve o artigo 5º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009⁷⁴; que o Impetrante não ofereceu agravo regimental para contestar os Embargos Declaratórios não admitidos e, ainda, que remédio processual cabível seria o *habeas corpus*, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 77.830, julgado em 22/9/1998, que determinou o julgamento pelo próprio Superior Tribunal Militar em caso similar ao que ora se analisa.

A preliminar não merece acolhimento.

Conforme se verifica no Sistema de Acompanhamento de Processos da Justiça Militar (SAM), o trânsito em julgado do Acórdão da Apelação ocorreu em 13 de dezembro de 2013, tendo a Defensoria Pública da União impetrado o presente *mandamus* em 5 de dezembro de 2013, data anterior, portanto, inexistindo ofensa ao inciso III do artigo 5º da Lei nº 12.016/2009.

De outro lado, o Impetrante deixou de ajuizar o Agravo Regimental contra decisão do Ministro-Relator que não conheceu dos Embargos de Declaração. Entretanto, o Agravo Regimental não tem efeito suspensivo e, assim, também não há óbice ao cabimento do mandado de segurança pelo inciso II do artigo 5º da referida Lei.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal já tenha julgado de maneira diversa, além de tratar-se de um caso isolado, conforme jurisprudência deste Superior Tribunal Militar não cabe ao próprio Tribunal rever suas decisões em *habeas corpus*, somente o fazendo se assim for determinado por obediência hierárquica, *in verbis*:

⁷⁴ Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISUM EM SEDE DE APELAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE IMPETRANTE. **Nos termos do art. 102, I, i, da Carta Política da República, a competência para apreciar habeas corpus impetrado contra acórdão em que foi julgada a apelação é do Egrégio Supremo Tribunal Federal (...)**” (HABEAS CORPUS 1998.01.033300-2/RJ, p. 6/4/1998, **Relator: Min. José Sampaio Maia**) (negritei).

“EMENTA. HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. DESERÇÃO. (...) **Não compete ao Superior Tribunal Militar rever suas próprias decisões, por meio de habeas corpus, havendo sido esgotada sua jurisdição, excetuado caso em que, pelo princípio da hierarquia, se vê obrigado por decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. (...)**” (HABEAS CORPUS 2008.01.034523-0/RJ, **Relator: Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach**, p: 12/1/2009) (negritei).

Ademais, de acordo com o artigo 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei de Organização Judiciária⁷⁵, compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar. No mesmo sentido, é o que determina o artigo 4º, inciso I, alínea “c”, do Regimento Interno⁷⁶ desta Casa, que admite o mandado de segurança contra seus próprios atos.

Este Tribunal, reiteradamente, tem julgado Mandados de Segurança ajuizados contra seus próprios acórdãos. Citem-se como precedentes os Mandados de Segurança nºs 147-82.2013.7.00.0000, 132-50.2012.7.00.0000b e 178-39.2012.7.00.0000.

Por fim, o Mandado de Segurança foi impetrado para buscar direito que o Impetrante considera líquido e certo de não se ver processado

⁷⁵ Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

d) o mandado de segurança contra seus atos, os do Presidente do Tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar.

⁷⁶ Art. 4º Compete ao Plenário:

I - processar e julgar originariamente:

c) os Mandados de Segurança contra seus atos, os do Presidente e de outras autoridades da Justiça Militar;

e julgado por crime de deserção enquanto na situação de civil, portanto, cabível. Se o direito existe ou não, isto é matéria de mérito.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar de não conhecimento do *mandamus*.

DO MÉRITO

Conforme se observa dos autos, o então Sd Ex JOSÉ JOÃO DIAS NETO foi condenado, pelo Juízo *a quo*, pelo crime de Deserção, em 28 de maio de 2013 (fl. 145), tendo a Defesa interposto o recurso de Apelação contra essa Sentença. Posteriormente, foi comunicado ao Juízo da 2ª Auditoria da 11ª CJM que ele teria consumado novo crime de Deserção em 24 de agosto de 2012 (fl. 226), quando, então, foi excluído do serviço ativo (fl. 242). No entanto, na data de 19 de setembro de 2013, quando o ora Impetrante não mais ostentava a qualidade de militar, a Apelação defensiva foi julgada pelo Plenário deste Tribunal (fls. 199/206).

Consultando os autos, constata-se que, em 4 de outubro de 2013, foram juntados documentos comprobatórios da segunda deserção do Impetrante, consumada em 24 de agosto de 2013, tendo sido excluído do serviço ativo na mesma data (fls. 225/242).

Portanto, mostram os autos, de forma indubitosa, que o Impetrante, quando foi julgado, já se encontrava na situação de *trânsfuga*, pela prática de nova deserção. É o que se constata ao examinar o documento de fls. 239/242, com registro de exclusão militar, a contar de 24 de agosto de 2013.

Este Superior Tribunal Militar possui entendimento pacífico de que a perda da qualidade de militar da ativa prejudica o curso da ação penal, justamente em decorrência da ilegitimidade do Acusado para ser processado e julgado no foro desta Justiça Castrense.

Constitui condição de procedibilidade para a *persecutio criminis* pelo crime de deserção a circunstância de o desertor vir a ser considerado apto em exame de higiene sanitária e reincluído às fileiras do Exército, readquirindo, assim, o *status* de militar.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência desta Egrégia Corte Militar, conforme se depreende dos julgados abaixo, *in verbis*:

“Ementa. Correição Parcial. Deserção. Pleito correicional requerido pelo MM. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União. Ciência de nova deserção consumada antes do recebi-

mento da Denúncia. Falta de condições de procedibilidade para a ação penal. Nulidade da decisão do Magistrado 'a quo' de recebimento da exordial. É pacífico o entendimento desta Egrégia Corte Castrense de que a condição de militar da ativa é necessária para que o agente responda ao processo de deserção. Pedido deferido para cassar a Decisão da Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM de recebimento da Denúncia, bem como as decisões subsequentes, restabelecendo-se a IPD, retornando os autos à Auditoria de origem, devendo aguardar a apresentação voluntária ou captura do Desertor para o regular prosseguimento do feito. Correição Parcial deferida. Decisão por maioria." (CC: 0000067-89.2007.7.01.0101/DF, Decisão: 19/5/2010, Relator: Min. Alvaro Luiz Pinto).

"EMENTA: APELAÇÃO. DPU. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO APELADO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Sendo a deserção um crime propriamente militar, para que haja processo, condenação e execução da pena é necessário que o acusado mantenha a condição de militar da ativa. A falta de condição de militar da ativa nos crimes de deserção, seja qual for o motivo, traz prejuízo à procedibilidade ao prosseguimento da ação penal militar. Diante disso, a sentença condenatória não merece prosperar, concedendo-se habeas corpus de ofício ao apelante para o trancamento da ação penal em curso, por manifesto constrangimento ilegal. Recurso prejudicado. Decisão unânime." (APELAÇÃO 0000205-37.2010.7.05.0005/PR, Decisão: 10/5/2012, DJe 31/5/2012, Relator: Min. Marcos Martins Torres).

"EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. Correição Parcial contra Decisão do Conselho Permanente de Justiça, que suspendeu o andamento da ação penal militar, em face de nova deserção praticada pelo réu, ex-Soldado do Exército. Matéria pacificada na jurisprudência desta Corte, no sentido de que a norma adjetiva castrense exige a reinclusão do réu desertor para o oferecimento da denúncia e, em consequência, para o próprio desenvolvimento do processo. Consumada nova deserção, o militar é excluído do serviço ativo, e, assim, perde a condição para ocupar o polo passivo da rela-

ção processual, consoante o art. 457, §§ 1º a 3º, do CPPM, e a Súmula nº 12 do STM. Em data recente, o réu apresentou-se voluntariamente e foi considerado, em inspeção de saúde, incapaz para o serviço ativo, não mais podendo ser reincluído às Fileiras do Exército. Assim, a ação penal não possui mais condição de prosseguibilidade. Indeferida a Correição Parcial e concedido habeas corpus de ofício para trancar a ação penal militar. Unânime.” (CC 0000043-75.2011.7.06.0006/BA, Decisão: 13/9/2012, DJe: 28/9/2012, Relator: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos).

“EMENTA: Apelação. Deserção. Preliminar. Perda de condição de militar. Recurso prejudicado. Trancamento da ação penal. Preliminar de ausência de condição essencial ao prosseguimento do exercício da Ação Penal. A norma incriminadora contida no art. 187, associada ao art. 22, ambos do CPM, dispõe que a deserção é delito cuja autoria somente poderá recair sobre militar da ativa. O delito de deserção exige a reinclusão do militar no serviço ativo da Força, como condição especial da ação penal. Essa condição deve estar presente no momento da instauração do processo e durante todo o seu curso, de modo que o feito reúna imprescindíveis condições de procedibilidade ou prosseguibilidade, no tocante à pessoa do agente passivo. O Acusado, no momento em que foi licenciado das fileiras da Marinha, perdeu o status de militar, comprometendo, irremediavelmente, o desenvolvimento do presente feito, pois, ao passar à situação de civil, ele perdeu a legitimidade passiva, deixando de ser parte na relação processual penal militar. Prejudicado o presente recurso ministerial por carecer de condição essencial de prosseguibilidade da Ação Penal. Concessão de Habeas Corpus, de ofício, concedido para trancamento do feito, por ser o processo nulo. Preliminar acolhida. Decisão unânime.” (Apelação 0000040-92.2010.7.01.0201/RJ, Decisão: 12/9/2012, DJe 28/9/2012, Relator: Min. Raymundo Nonato de Cerqueira Filho).

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados: CORREIÇÃO PARCIAL 0000001-91.1990.7.05.0005/PR, Decisão: 2/12/2011, DJe 15/2/2012, Rel. Min. Fernando Sérgio Galvão; APELAÇÃO 0000266-54.2011.7.01.0301/RJ, Decisão: 23/5/2012, DJe 18/6/2012, Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos; APELAÇÃO 0000001-07.2010.7.11.0011/DF, Decisão: 12/9/2012, DJe 1º/10/2012, Rel. Min. William de Oliveira Bar-

ros; CORREIÇÃO PARCIAL 0000018-64.2006.7.01.0301/RJ, Decisão: 01/9/2011, DJe 28/9/2011, Rel. Min. José Américo dos Santos.

Nesse contexto, o Enunciado da Súmula nº 12 deste Superior Tribunal Militar, que assim descreve:

“A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter adquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.”.

Ante o exposto, conheço do presente Mandado de Segurança e concedo a segurança para anular o julgamento da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011/DF, de 19 de setembro de 2013, determinando o sobrestamento do referido recurso até a captura ou a apresentação voluntária do ex-Sd Ex JOSÉ JOÃO DIAS NETO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Artur Vidigal de Oliveira, em não converter o julgamento em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União, e, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do *mandamus*. No mérito, por maioria, em conhecer do Mandado de Segurança e conceder o *writ*, para anular o julgamento da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011/DF, de 19/9/2013, determinando o sobrestamento do referido recurso até a captura ou apresentação voluntária do ex-Sd Ex José João Dias Neto.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 237-90.2013.7.00.0000-DF

Votei vencido, divergindo da douta maioria, uma vez que suscitei questão de ordem, convertendo o julgamento em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União. Prossequindo, acolhi a preliminar, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhe-

cimento do *Mandamus* e, no mérito, deneguei a Segurança, pelos motivos que passo a aduzir.

O presente Mandado de Segurança tem por objeto a desconstituição de acórdão deste Superior Tribunal Militar julgado dentro dos parâmetros legais, sem ter havido qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Em breve recordação dos fatos, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado em prol de JOSÉ JOÃO DIAS NETO, ex-Soldado do Exército, contra acórdão desta Corte, lavrado nos autos da Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011/DF, que o condenou à pena de 6 (seis) meses de detenção, convertida em prisão, como incurso no art. 187 do CPM.

Contra esse Acórdão, a Defensoria Pública da União opôs Embargos de Declaração, argumentando que o Réu não possuía condição de militar no momento do julgamento da Apelação, inexistindo condição de procedibilidade.

Ante a ausência de requisito de admissibilidade, com fulcro no artigo 12, V, do RISTM, foram os Embargos de Declaração rejeitados, monocraticamente, por este Ministro, em 4 de novembro de 2013, por serem incabíveis, uma vez que não havia omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada. A DPU tomou ciência dessa Decisão em 12 de novembro de 2013 e contra esse *Decisum* não houve Agravo Regimental.

Irresignada, a Defensoria Pública da União impetrou Mandado de Segurança em 5 de dezembro de 2013, postulando a concessão da ordem para desconstituir o acórdão proferido nos autos da Apelação 231-78.2012.7.11.0011 e determinar o sobrestamento do feito até a captura ou a apresentação voluntária do Impetrante.

Primeiramente, suscitei questão de ordem para que fosse convertido o julgamento do Mandado de Segurança em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União e esta viesse a se manifestar caso desejasse.

Neste ponto, verifica-se que há, no presente Mandado de Segurança, interesse da União em atuar no feito, tendo em vista a necessidade em se manter um julgado legítimo desta Justiça Militar da União.

A Lei nº 9.028/95, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, prevê em quais situações seus membros atuarão, conforme se observa a seguir:

“Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à atuação dos membros da AGU, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.”.

A própria Lei do Mandado de Segurança disciplina a necessidade da intimação. A Lei nº 12.016/09 prevê:

“Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;”.

Não cabe a esta Corte decidir quando o representante da Advocacia-Geral da União tem ou não interesse em agir, pois essa deliberação cabe única e exclusivamente à própria AGU ao analisar o caso concreto. Ao Magistrado resta cumprir o que determina a legislação em vigor.

Entendo que, pelo fato de haver previsão legal, dever-se-ia intimar a Advocacia-Geral da União em todos os feitos de Mandado de Segurança que venham a ser analisados nesta Corte, pois assim determina a Lei. Esse formalismo é necessário para que sejam preservadas as decisões deste Superior Tribunal Militar de futuras nulidades que porventura possam advir.

Ante o exposto, suscitei questão de ordem para que fosse convertido o julgamento do Mandado de Segurança em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União e esta viesse a se manifestar na forma da Lei.

Divergi da douta maioria, para acolher a preliminar de não conhecimento do presente *Mandamus*, suscitada pelo representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por entender não ser cabível Mandado de Segurança no presente caso.

Trata-se de atacar decisão em que já houve o trânsito em julgado, em total desconformidade com o que prescreve o art. 5º, inciso III, da Lei nº 12.016/09.

Tal dispositivo prevê:

“Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

III - de decisão judicial transitada em julgado.”.

Após a decisão monocrática em 4 de novembro de 2013, nos autos dos Embargos de Declaração, não foi interposto o devido Agravo Regimental contra aquela Decisão; portanto, ocorreu trânsito em julgado, sem que houvesse qualquer manifestação da Defesa.

O Impetrante deveria ter se insurgido contra a Decisão monocrática, entrando com Agravo Regimental, que seria o recurso próprio ao caso, para, em seguida, impetrar Mandado de Segurança, postulando efeito suspensivo até o julgamento final do referido Agravo.

Esse é o posicionamento do STF, que editou a Súmula 268, onde prevê:

“Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”.

Assim, total razão assiste ao Douto Subprocurador-Geral da Justiça Militar da União, pois não se deve conhecer Mandado de Segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

Dessa forma, votei pelo não conhecimento do Mandado de Segurança, em preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

No mérito, deneguei a ordem.

Não há como se conceder o Mandado de Segurança, pois não se verifica qualquer ato ilegal a ser combatido.

Não houve irregularidade no julgamento da Apelação. Naquele momento, em 19 de setembro de 2013, o Tribunal não tinha conhecimento sobre a situação do Réu e o julgamento se deu com as provas colhidas dos autos.

Este Tribunal julgou a Apelação nº 231-78.2012.7.11.0011/DF dentro do estrito cumprimento da lei processual e penal militar.

Percebe-se, ainda, que foram resguardadas todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais, não cabendo a alegação de ilegalidade de qualquer ato, apto a ensejar uma decisão favorável em Mandado de Segurança que desconstitua um Acórdão legítimo desta Corte.

O Impetrante deveria valer-se da Revisão Criminal prevista no CPPM:

“Art. 550. Caberá revisão dos processos findos em que tenha havido erro quanto aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento.

*Art. 551. A revisão dos processos findos será admitida:
(...)*

c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena.”.

Dessa forma, é nítida a previsão legal disposta no Código de Processo Penal Militar para se corrigir erros ou, até mesmo, para apreciar novas provas que possam surgir após a sentença desfavorável.

É por intermédio da Revisão Criminal que são sanadas essas disparidades entre aquilo que foi julgado nos autos e o que venha a aparecer *a posteriori*.

A via estreita do Mandado de Segurança não é o meio correto para atacar uma decisão legítima e fundamentada deste Superior Tribunal Militar.

O Mandado de Segurança não se presta a anular decisões judiciais transitadas em julgado, enquanto existirem outros meios de que a Defesa possa se valer. Em assim agindo, este Tribunal inova perigosamente para acrescentar recurso não previsto no Código de Processo Penal Militar.

No presente caso, o recurso cabível é a Revisão Criminal.

Ademais, a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, de 13/12/1963, ainda aplicável, esclarece quanto ao não cabimento de Mandado de Segurança contra ato judicial que ainda se encontre passível de recurso. Dispõe a Súmula, *in verbis*:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”.

Esse continua sendo o entendimento do STF, conforme se observa com o seguinte julgado:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 267 E 268 DO SUPREMO TRIBU-

NAL FEDERAL. 1. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula 267), nem contra decisão transitada em julgado (Súmula 268). 2. Inviável o manejo de mandado de segurança como sucedâneo de ação rescisória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (MS 26394 AgR/DF. Relator: Ministro CARLOS AYRES BRITTO, data do julgamento: 1º/7/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

No mesmo sentido, têm-se os seguintes julgados: MS 26193 AgR/DF, Relator: Ministro EROS GRAU, data do julgamento: 29/11/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno; e RMS 29222/MT, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, data do julgamento: 15/9/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Dessa forma, tornam-se perigosos o conhecimento e a concessão da ordem neste Mandado de Segurança, uma vez que, em assim agindo, esta Corte sinaliza o cabimento de novo recurso a ser admitido, após o encerramento das Ações Penais Militares, o que, a meu ver, é inviável.

Isso posto, votei divergindo da douta maioria, uma vez que suscitei questão de ordem para converter o julgamento em diligência, para que fosse intimada a Advocacia-Geral da União.

Divergi, ainda, ao acolher a preliminar, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do *Mandamus* e, no mérito, deneguei a ordem pleiteada.

Faço a presente Declaração de Voto, para que fique constando dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 18 de fevereiro de 2014.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM



Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 43-84.2014.7.12.0012-AM

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Recorrente – Willyan Fernandes de Souza, ex-Sd Aer.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 26/2/2014, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 50-52.2009.7.12.0012, que indeferiu o pedido de concessão do indulto formulado pelo Recorrente.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

*RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECUSA DE OBE-
DIÊNCIA. INDULTO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE RE-
QUISITO OBJETIVO. NÃO CUMPRIMENTO DE 1/4 DA PE-
NA. SURSIS. NATUREZA JURÍDICA. CÔMPUTO DE PENA.
IMPOSSIBILIDADE. Agravo interposto em execução de sen-
tença recebido como Recurso em Sentido Estrito, pelo Prin-
cípio da Fungibilidade, ante a sua tempestividade e a previ-
são legal insculpida no art. 516, alínea “1”, do CPPM. A au-
sência do requisito objetivo do cumprimento parcial da pe-
na, em conformidade com o estabelecido no Decreto nº
8.172/2013, impede a concessão do indulto pleiteado. O
período de cumprimento do sursis não é computado como*

efetivo tempo de prisão, uma vez que o referido benefício, consoante a doutrina e a jurisprudência majoritárias, não tem natureza de pena. Recurso em Sentido Estrito a que se nega provimento. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Recurso interposto pelo ex-Sd Aer Willyan Fernandes de Souza, mantendo, integralmente, a Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 50-52.2009.7.12.0012, que indeferiu o pedido de extinção da punibilidade, pela aplicação do indulto, formulado pelo Recorrente. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Américo dos Santos e Cleonilson Nicácio Silva não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e José Barroso Filho. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 42ª Sessão, 29/5/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defensoria Pública da União contra a Decisão do Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 26 de fevereiro de 2014, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 50-52.2009.7.12.0012, que indeferiu o pedido de concessão do indulto formulado pelo ex-Sd Aer WILLYAN FERNANDES DE SOUZA.

Consta dos autos que o Recorrente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, como incurso no art. 163 do CPM, sendo-lhe negado o benefício do *sursis*, conforme Sentença do Juízo *a quo* datada de 27/7/2011 (fls. 12/29).

A Sentença condenatória foi parcialmente reformada pelo Acórdão deste Tribunal (fls. 31/44) proferido na Apelação nº 50-52.2009.7.

12.0012/AM, em julgamento de 24/5/2012, sendo reduzida a pena do Réu para 1 (um) ano de detenção, bem como foi lhe concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos.

A Audiência Admonitória, na qual o Recorrente teve ciência da concessão do benefício do *sursis* e deu início ao período de prova, ocorreu em 7 de junho de 2013 (fl. 97).

Em 6 de fevereiro de 2014, a Defesa requereu, perante o Juízo da Auditoria da 12ª CJM, a extinção da punibilidade do Recorrente pela concessão do indulto, com fundamento no Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013 (fls. 108/110).

O MPM, alegando que o período de prova inerente ao *sursis* não se confunde com o de efetivo cumprimento da pena e que o Recorrente não preenchia as imperiosas condições previstas no citado Decreto, opinou pelo indeferimento do pleito defensivo (fls. 105/106).

Em 26 de fevereiro de 2014, o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM indeferiu o pedido da Defesa de extinção da punibilidade pelo não cumprimento de condições objetivas previstas no Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013, sob o argumento de que o Recorrente cumpriu apenas 31 dias de prisão provisória (13/7/2009 a 12/8/2009) e que a pena e o *sursis* não se confundem, por serem institutos penais diversos (fl. 113).

Intimada em 12/3/2014 (fl. 116), a DPU interpôs Recurso de Agravo perante o Juízo da Auditoria 12ª CJM, em 18/3/2014 (fls. 2/7).

Em Decisão de 21/3/2014 (fl. 117), o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 12ª CJM recebeu o Agravo interposto como Recurso em Sentido Estrito, pelo Princípio da Fungibilidade, em face da sua tempestividade e da previsão legal insculpida no art. 516, alínea "I", do CPPM.

Em suas Razões Recursais (fls. 3/7), a Defensoria Pública da União, com base no Decreto nº 8.172, de 2013, e sob o argumento de que o *sursis* é forma de cumprimento de pena reconhecida na jurisprudência e na doutrina, sustenta a tese de que o indulto estende-se aos condenados beneficiados com a suspensão condicional da pena, devendo ser considerado o período passado nessa situação para fim de aferição do lapso temporal exigido pelo aludido Decreto.

Em Contrarrazões (fls. 119/122), o Ministério Público Militar, sustentando não ser aceitável estender o conceito de cumprimento de pena, previsto no Decreto nº 8.172, de 2013, a modalidades alternativas de execução criminal nas quais não há imposição de pena, pugna pelo não provimento do presente Recurso, uma vez que o Recorrente não preenche as condições exigidas para a concessão do benefício.

Na fase do art. 520 do CPPM (fl. 123), o Juiz-Auditor manteve a Decisão hostilizada, determinando a remessa dos autos a esta Corte Castrense.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 132/138, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, manifestou-se pelo desprovimento do presente Recurso, preservando-se íntegra a Decisão que deixou de conceder indulto ao Recorrente.

A DPU deu-se por intimada de que o presente Feito foi colocado em mesa para julgamento (fl. 143).

É o Relatório.

VOTO

O Recurso em Sentido Estrito é cabível diante da Decisão que indeferiu o pedido de extinção da punibilidade pela aplicação do indulto e, tendo sido interposto tempestivamente por quem tem legitimidade e interesse recursais, deve ser conhecido.

Saliente-se que o fato de o recurso interposto ser denominado de Agravo em Execução não inviabiliza que seja recebido como Recurso em Sentido Estrito, haja vista não ter sido demonstrada má-fé na interposição de um recurso em lugar de outro e haver sido manejado tempestivamente, conforme dispõe o art. 514 do CPPM, que alberga o Princípio da Fungibilidade dos recursos, *in verbis*:

“Art. 514. Salvo a hipótese de má-fé, não será a parte prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

No mérito, verifico, de imediato, *data venia*, que deve ser mantida a Decisão hostilizada, posto que, no caso, o indeferimento do pedido de extinção da punibilidade pela aplicação do indulto é medida que se impõe. Senão, vejamos.

Ressalte-se que foi assentado na referida Decisão do Juízo a quo que o Decreto nº 8.172, de 24/12/2013, trata dos casos de suspensão condicional da pena nos incisos XIII e XIV do art. 1º, conforme abaixo transcritos, e condiciona a concessão do benefício do indulto ao cumprimento parcial da pena. Registrou, ainda, que, no presente caso, o Recorrente cumpriu apenas 31 (trinta e um) dias de prisão provisória, tempo esse muito inferior ao exigido no referido Decreto:

“Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...)

XIII - condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes;

XIV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;”.

A Defesa argumenta que o inciso XIII do Decreto em comento alcança os condenados beneficiados com a suspensão condicional da pena, pois, se assim não fosse, não teria usado a expressão *“que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2013, um quarto da pena (...)*”. Em prosseguimento, sustenta que o termo *“cumprimento”* refere-se ao *sursis* e não à pena. Nesse contexto, defende que o *sursis* é forma de cumprimento de pena.

Não obstante os argumentos trazidos pela Defesa, não há nos autos qualquer razão fática ou jurídica para modificar a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM.

Como bem destacaram o MPM e a PGJM, é imperioso salientar que o Decreto nº 8.172, de 24/12/2013, em seu art. 1º, inciso XIII, ao afirmar que serão beneficiários do indulto os condenados à pena privativa de liberdade *“que, de qualquer forma, tenha cumprido (...) um quarto da pena”*, certamente não se refere ao *sursis*, pois este não tem natureza jurídica de pena.

A propósito, no rol das modalidades de penas estabelecidas pelo art. 55 do CPM não se encontra enumerada a suspensão condicional da pena.

Com efeito, no tocante à natureza jurídica do *sursis*, embora a doutrina penal não seja uníssona a esse respeito, filio-me à corrente doutrinária segundo a qual o referido benefício não tem natureza de pena, mas sim de medida de política criminal alternativa ao cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, transcrevo a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Incabível dizer que o ‘sursis’ seja pena, pois estas estão claramente enumeradas no art. 32 do Código Penal e a suspensão é medida destinada justamente a evitar a aplicação de uma delas, a privativa de liberdade (...). Daí por que é mais indicado tratar o ‘sursis’ como medida alternativa de cumprimento da pena privativa de liberdade, não deixando de ser um benefício.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 492).

Vale ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que o tempo alusivo ao período de prova relativo ao *sursis* não é computado como efetivo tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade. Nesse diapasão, os recentes acórdãos proferidos no *Recurso em Sentido Estrito* nº 31-26.2014.7.07.0007/PE, que teve como Relator o Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julgado em 13/5/2014, e no *Recurso em Sentido Estrito* nº 97-21.2012.7.12.0012/AM, que teve como Relator o Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, julgado em 14/9/2012. Ainda, pela pertinência, cabe trazer à colação o seguinte precedente desta Corte Castrense, *in verbis*:

“EMENTA: Recurso em Sentido Estrito. Concessão de Indulto. Requisitos objetivos e subjetivos. Inexistência. Sursis. Natureza jurídica. Período de prova. Cômputo da pena. Impossibilidade. Desprovimento do recurso defensivo.

O sursis não ostenta a categorização jurídica de pena, mas medida de política criminal, por isso que não cabe confundir o tempo alusivo ao período de prova, exigido para a obtenção desse benefício, com o requisito temporal relativo ao cumprimento de ¼ (um quarto) da pena privativa de liberdade para alcançar-se o indulto natalino e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

Destarte, tratando-se de institutos penais diversos, não cabe ter como tempo de cumprimento da pena o período de prova exigido para a suspensão condicional da pena.

Pretensão de extinção da punibilidade do paciente, pela concessão do indulto natalino, não encontra suporte nas regras contidas no normativo presidencial.

Decisão unânime.” (Recurso em Sentido Estrito nº 32-11.2014.7.07.0007/PE. Rel. Min. Dr. JOSÉ BARROSO FILHO. Julgamento: 14/5/2014).

Em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte, o entendimento expresso em recente decisão proferida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos da ementa a seguir:

“EMENTA: Execução penal. Habeas corpus. Estelionato. Art. 251, do Código Penal Militar. Indulto natalino. Requisito temporal. Contagem do período de prova do sursis como de cumprimento de pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Institutos penais diversos. Acórdão proferido em recurso em sentido estrito. Impugnação, em tese, pela via extraordinária (CF, art. 102, III).

1. O sursis não ostenta a categorização jurídica de pena, mas, antes, medida alternativa a ela; por isso que não cabe confundir o tempo alusivo ao período de prova exigido para a obtenção desse benefício com o requisito temporal relativo ao cumprimento de $\frac{1}{4}$ da pena privativa de liberdade para alcançar-se o indulto natalino e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

2. O inciso XII do art. 1º do Decreto nº 7.873/2012 dividiu como merecedores do indulto natalino os réus condenados a pena privativa de liberdade, desde que substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2012, um quarto da pena, requisito temporal vinculado à pena privativa de liberdade, sem qualquer relação com o período de provas do sursis.

3. In casu, o paciente foi condenado a 2 (dois) anos de reclusão, pela prática do crime de estelionato tipificado no art.

251 do Código Penal Militar e, beneficiado com o *sursis*, teve, a posteriori, negado o indulto natalino sob o fundamento de que não satisfizera o requisito temporal alusivo ao cumprimento de ¼ da pena privativa de liberdade, advindo irresignação no sentido de que tal requisito fora satisfeito em razão do cumprimento do período de provas da suspensão condicional da pena.

4. Destarte, tratando-se de institutos penais diversos, não cabe ter como tempo de cumprimento da pena o período de prova exigido para a suspensão condicional da pena.

5. O acórdão proferido por Tribunal Superior em recurso em sentido estrito desafia, em tese, o recurso extraordinário, à luz do art. 102, III, da Constituição Federal, se presentes, obviamente, seus requisitos, e não o habeas corpus. 6. Habeas corpus denegado. (STF – HC nº 117855 SP. Rel. Min. LUIZ FUX. Julgamento: 24/9/2013).

Registre-se que o fundamento para a manutenção da Decisão do Juiz *a quo* não é a condição de *sursitário*, mas sim a falta do requisito objetivo, qual seja o não cumprimento parcial da pena privativa de liberdade, em nenhum dos níveis fixados pelo Decreto Presidencial em questão, em seu art. 1º, incisos XIII (de um quarto da pena) e XIV (de um sexto da pena), para que seja concedido o indulto.

O cumprimento da pena deve ser entendido em sentido estrito (privativa de liberdade) e não no sentido amplo, capaz de albergar o período de prova em que o condenado é beneficiado pelo *sursis*, benefício esse, que a meu ver, conforme já mencionado anteriormente, respeitadas as opiniões em contrário, não tem natureza jurídica de pena.

No caso vertente, pelo que se extrai dos autos, o *sursitário* foi condenado a 1 (um) ano de detenção e cumpriu apenas 31 (trinta e um) dias de prisão provisória, até 25/12/2013, tempo esse muito inferior ao exigido pelo Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013.

Se o instituidor do referido Decreto de Indulto quisesse que o tempo de cumprimento de *sursis* fosse computado para concessão de indulto, teria sido claro nesse sentido, fixando-lhe frações de tempo para esse benefício, o que não o fez.

Destarte, verifica-se que o requisito objetivo de cumprimento de pena, como estabelece o art. 1º, incisos XIII e XIV, do Decreto nº 8.172/2013, não foi suprido pelo Recorrente, impedindo, dessa forma, que lhe seja concedido o indulto pleiteado.

Diante do exposto, conheço e nego provimento ao Recurso interposto pelo ex-Sd Aer WILLYAN FERNANDES DE SOUZA, mantendo a Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 50-52.2009.7.12.0012, que indeferiu o pedido de extinção da punibilidade, pela aplicação do indulto, formulado pelo Recorrente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito, mantendo a Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 50-52.2009.7.12.0012, que indeferiu o pedido de extinção da punibilidade pela aplicação do indulto.

Brasília, 29 de maio de 2014 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 70-16.2013.7.11.0211-DF

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

Requerente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 6/8/2013, proferida nos autos do IPM nº 70-16.2013.7.11.0211, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do CMG FN Paulo Roberto Innocencio, como incurso no art. 213 do CPM.

Advogado – Dr. Carlos Alberto Gomes.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE MAUS-TRATOS. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Fatos circunstanciados em exercício de natação durante o treinamento militar do Grupamento de Fuzileiros Navais, em que um deles experimenta mal-estar decorrente de hipotermia moderada, sem risco iminente de morte, sendo incontinenti submetido a técnica de aquecimento corporal prevista em Regulamento. Não se afigura dolosa e, portanto, é atípica a ordem de Oficial Superior da Marinha do Brasil para que os instruendos executassem exercícios diversos em ambiente de piscina, numa simulação de tarefas típicas de tropa de elite, treinada para operações de assalto anfíbio, em alto-mar, sem expor a dano a saúde dos subordinados. A ausência do dolo exigido pela figura típica prevista no art. 213 do CPM (expor a perigo a vida ou a saúde, durante instrução militar) atesta a atipicidade da conduta descrita na peça acusatória, o que, por consequência, inviabiliza a deflagração da ação penal. Recurso ministerial desprovido para manter a decisão que rejeitou a denúncia. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao Recurso interposto pelo Ministério Público Militar para confirmar integralmente a Decisão que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do CMG FN Paulo Roberto Innocencio, como incurso no art. 213 do CPM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha dava provimento ao Recurso Ministerial, para cassar a Decisão recorrida e receber a Denúncia formulada contra o

CMG FN Paulo Roberto Innocencio, como incurso no art. 213 do CPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para o regular prosseguimento do feito. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida, e o Advogado da Defesa, Dr. Carlos Alberto Gomes.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcos Martins Torres e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 20ª Sessão, 26/3/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar perante a 2ª Auditoria da 11ª CJM, irresignado com a decisão proferida pelo MM. Juiz-Auditor Substituto daquele Juízo, em 6 de agosto de 2013, nos autos do IPM nº 70-16.2013.7.11.0211, por meio da qual rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do Capitão-de-Mar-e-Guerra FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO, como incurso no art. 213 do CPM.

Narra a peça vestibular rejeitada (fls. 63/67) que:

“No dia 24 de outubro de 2011, no Centro de Instrução e Adestramento de Brasília – CIAB, no período compreendido entre 7:15 e 9:15 da manhã, o Capitão-de-Mar-e-Guerra FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO, então Comandante daquela Organização Militar, ordenou a antecipação de uma atividade de natação do Treinamento Físico Militar, previsto no Detalhe Semanal de Adestramento para aquele mesmo dia, porém em outro horário, e decidiu comandá-la, no lugar do 1º TEN FN TRANCOSO (fl. 37). A atividade foi realizada sem apoio de equipe médica de plantão.

De acordo com a Nota Técnica nº 16/2012/CAPRE/INMET expedida pelo Centro de Análise e Previsão do Tempo do Instituto Nacional de Meteorologia – INMET (fls. 56/62), as condições climáticas registravam, às 07:00, céu nublado com temperatura

de 17,0º C, a mais baixa daquele dia, além de ventos de 29,52 Km/h e rajadas de 48,24 Km/h.

Segundo o INMET, 'vento com essa intensidade costuma se ouvir o assobio do vento nas frestas das casas e nos fios de transmissão de energia e de telefone; movimentam grandes galhos e o tronco de árvores pequenas; torna-se difícil o uso de guarda-chuvas' (fl. 61).

Após mais de 30 minutos de iniciada a atividade aquática, o 1º TEN TRANCOSO fez sinais ao SGT FN EF HERCULANO, que também participava da instrução, solicitando sua ajuda técnica ao observar que o SD FN PEDRO HENRIQUE MARQUES BARBOSA estava se sentindo mal por causa do frio. Ato contínuo, o SGT FN EF HERCULANO, que também participava do treinamento na piscina, solicitou autorização para socorrer o Soldado, tendo o pedido sido negado pelo CMG FN PAULO ROBERTO.

Não obstante isso, pela insistência do 1º TEN TRANCOSO, o SGT FN EF HERCULANO, mesmo desobedecendo a ordem superior, se encaminhou até o local em que se encontrava o SD FN MARQUES, orientou-o a sair da água ao perceber que o soldado estava com a face cianótica, os olhos arregalados, o corpo rígido e inerte, e sem conseguir falar normalmente. É o que se extrai do Termo de Declaração do acostamento às fls. 30/32 (Apenso 1).

Ao sair da piscina carregado por seus colegas de farda, o SD FN MARQUES foi ajudado pela 1º TEN FN CLÍCIA que lhe emprestou o próprio casaco na tentativa de aquecê-lo.

Nesse ínterim, sob o pretexto de realizar uma técnica de aquecimento a servir de instrução para os demais militares, o Comandante, sem qualquer avaliação médica, se aproximou e ordenou que o Soldado retornasse à água, agravando sobremaneira sua integridade física já visivelmente abalada, mesmo tendo sido advertido pelo SGT FN EF HERCULANO que o caso era de hipotermia.

Esse fato foi confirmado pela 1º TEN FN CLÍCIA ao relatar que 'o Sargento Herculano, mesmo sem autorização do Comandante, chegou a retirar o Soldado da água, ocasião em que a declarante envolveu o Soldado em sua própria japonsa; que o Comandante não gostou da atitude e determinou que a declarante retirasse a japonsa do Soldado e este retornasse para dentro

d'água; que a ordem do Comandante foi cumprida' (fl. 37 do Apenso 1).

Passados alguns minutos, o procedimento tido como utilizado em situações de hipotermia dentro d'água (denominado de pacote 'cucciara') não surtiu efeito, tendo o SD FN MARQUES sido socorrido novamente pelo SG FN EF HERCULANO, que o retirou da piscina, e pelo SD FN FIRMINO, que imediatamente o carregou até a enfermaria para os devidos cuidados médicos.

Segundo o Laudo do Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro, da Polícia Civil do DF (fl. 12), em resposta ao quesito formulado pelo Membro do Ministério Público Militar da Procuradoria de Justiça Militar a respeito da integridade física da vítima 'O periciado apresentou quadro de hipotermia moderada e nesse momento não apresenta risco de morte, porém, se permanecesse mais tempo na piscina, a temperatura corporal poderia abaixar e entrar em quadro de hipotermia severa e risco iminente de morte'.

Com efeito, o instrutor, ora Denunciado, ao ordenar o retorno do instruendo para a piscina, submeteu-o a maus-tratos. Ainda, assumiu, conscientemente, os riscos do resultado de sua ação, expondo a perigo concreto a saúde de seu comandado, com abuso de meios de correção ou disciplina, para fins de instrução.

Ante a ausência de médico na Unidade Militar, foi o próprio SG FN EF HERCULANO quem prestou os primeiros socorros e, mediante contato telefônico com o médico conscrito 1º TEN PAULO GUIMARÃES, seguiu suas instruções. O SG FN EF HERCULANO 'enrolou o Soldado em uma manta térmica e com os outros cobertores que trouxeram; que ministrou soro fisiológico com glicose 50% e soro fisiológico aquecido, diretamente na veia do Soldado, um em cada braço; que o médico foi contatado (Dr. Guimarães) e ratificou o procedimento do declarante, acrescentando que precisavam manter o Soldado Marques acordado, pois se perdesse os sentidos, seria difícil trazê-lo de volta; [...] (fls. 31/32 do Apenso 1).

O estado de saúde do SD MARQUES somente se normalizou às 13h30m, momento em que recebeu alta e foi orientado a ficar atento aos sintomas de uma eventual pneumonia.

Na condição de CMG FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO, livre e conscientemente, praticou o crime de 'maus-tratos', estando incurso nas penas do tipo penal incriminador do artigo 213 do Código Penal Militar."

A peça acusatória em comento foi rejeitada pelo nobre Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 11ª CJM, sob os seguintes argumentos (fls. 69/70):

"A deflagração de eventual ação penal ao término do procedimento investigatório policial somente poderá prosperar quando presentes certas condições ao exercício do direito constitucional de ação pelo Órgão Acusador. Não se olvide, nesse contexto, a imprescindibilidade de que os fatos objeto de apreciação sejam, ao menos em tese, criminosos, o que se demonstra pela tipicidade aparente da conduta imputada, bem como a 'justa causa penal' – prova de materialidade e indícios de autoria.

Não é, certamente, o caso dos autos, em que restou evidente que os fatos investigados não constituíram crime, mas possivelmente infração disciplinar, cuja reprimenda no âmbito administrativo é suficiente ao resguardo dos princípios da hierarquia e da disciplina.

Insta salientar que a figura delituosa prevista no art. 213 do CPM exige para sua configuração o dolo de expor a perigo a vida ou a saúde daquele que esteja sob a autoridade, guarda ou a vigilância do sujeito ativo, para fins de educação, instrução, tratamento ou custódia.

No caso em tela, resta claro que o instrutor do treinamento de natação não tinha o dolo de expor a vida ou a saúde do Sd FN Pedro Henrique Marques Barbosa. Da análise dos autos constata-se que, no decorrer do treinamento, o referido Soldado veio a passar mal em razão do frio, o instrutor ordenou que ele voltasse à piscina para que fosse executado um procedimento a fim de aquecê-lo, o que não produziu o resultado esperado e a situação do Soldado se agravou, razão pela qual o instrutor do treinamento autorizou sua retirada da água e encaminhamento imediato à enfermaria.

Possivelmente ocorreu, por parte do instrutor, um equívoco em avaliar adequadamente a situação quanto à determinação de retorno do Soldado à piscina para tentar aquecê-lo, mas

ao perceber o agravamento de suas condições de saúde, face à ineficiência do método denominado 'pacote cucciara', o ora denunciado de imediato autorizou a retirada da água e o socorro ao referido militar. Tal atitude indica claramente que o denunciado não agiu com dolo de expor a vida ou a saúde, mas tão somente pretendia manter o nível de treinamento militar exigido e compatível àqueles que integram o Grupamento de Fuzileiros Navais.

Nessa toada, diante da ausência de dolo por parte do denunciado, bem como por não haver a modalidade culposa do delito de maus-tratos, resta patente a ausência de justa causa à instauração da ação penal.

Por todo o exposto, REJEITO A DENÚNCIA oferecida pelo Ministério Público Militar em desfavor do CMG FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO por ausência de justa causa para o exercício da ação penal, com fundamento no art. 3º, alínea 'a', do Código de Processo Penal Militar, combinado com o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal Comum.”.

Os autos foram recebidos pelo Ministério Público Militar, para fins de intimação da referida decisão, em 15 de agosto de 2013. No dia 19 subsequente, o Órgão Ministerial interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito. Registre-se que o dia 18 anterior, que seria último dia (*dies ad quem*) para a interposição de recurso desse jaez, segundo o disposto no art. 518 do CPPM, recaiu em um dia de **domingo**, o que prorrogou o prazo para o dia imediatamente posterior.

Tendo em vista que remanesciam dúvidas acerca das datas contidas nas certidões de fl. 71, por meio do despacho exarado à fl. 176, determinei diligências visando esclarecer o ocorrido, tendo a 2ª Auditoria da 11ª CJM informado, por meio dos documentos de fls. 180/182, que o Órgão Ministerial foi intimado dos termos da decisão ora recorrida, na verdade, na data acima referida (15/8/2013).

Em suas razões recursais de fls. 78/82, a operosa Promotora de Justiça Militar argumenta que o denunciado, no cargo de Comandante do Centro de Instrução e Adestramento de Brasília (CIAB), antecipou o horário previsto no Detalhe Semanal de Adestramento e decidiu comandar, pessoalmente, uma atividade de natação do Treinamento Físico Militar, sem contar com o apoio da equipe médica de plantão. Declarou que, naquela oportunidade, o Ten TRANCOSO observou que o Sd FN MARQUES aparentava estar passando mal, em razão do frio, tendo solicitado

ao Sgt FN HERCULANO que o ajudasse. Afirmou que esse graduado pediu autorização ao Comandante para socorrer o mencionado Soldado, o que foi recusado pelo Comandante. Que, diante do quadro apresentado pelo Soldado, com “*face cianótica, os olhos arregalados, o corpo rígido e inerte, e sem conseguir falar normalmente [...]*”, outros militares vieram em socorro do Soldado, inclusive oferecendo casaco para tentar aquecê-lo. E mais, declarou que o Comandante (denunciado) determinou ao Sd/FN MARQUES que retornasse à água. Em seguida o Sgt HERCULANO e o Sd FIRMINO levaram o Sd MARQUES para a enfermaria.

Aduz a nobre representante do MPM que o Laudo de fl. 12 comprova que houve quadro de hipotermia e, caso o militar permanecesse na água, haveria “[...] *risco iminente de morte*”. Afirmo, também, que o delito de **maus-tratos** (art. 213 do CPM) não exige dano à vida ou à saúde, bastando apenas a exposição a risco da vida ou da saúde da vítima.

Concluiu seu arrazoado requerendo a reforma da decisão recorrida para receber a denúncia oferecida, com a baixa dos autos para prosseguimento do feito.

Pelo advogado constituído, foram ofertadas as contrarrazões de recurso de fls. 120/132, enfatizando, inicialmente, que a instrução foi ministrada, conforme previamente estabelecido; que as testemunhas citadas pelo Órgão Ministerial recorrente, conforme consta dos autos, cujos trechos fez transcrever, não disseram o que foi afirmado pelo MPM; que a instrução transcorreu sem qualquer anormalidade, uma vez que nenhum outro instruendo fez qualquer queixa ou reclamação. E, mais adiante, que o Laudo Pericial foi realizado muito tempo depois dos fatos. Aduziu, também, que os fuzileiros navais são considerados tropa de elite, treinada para operações de assalto anfíbio, em alto-mar.

Conclui a Defesa requerendo o desprovimento do presente recurso para confirmar a decisão de primeiro grau.

O juízo de retratabilidade a que aduz o art. 520 do CPPM foi exercido à fl. 141, oportunidade em que foi confirmada a decisão atacada.

Representando a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o ilustre Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, às fls. 150/156, que, após considerações outras em torno dos fatos já ventilados pelas partes em primeira instância, conclui seu substancioso parecer opinado pelo provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O presente Recurso em Sentido Estrito foi interposto em tempo hábil e atende aos demais pressupostos recursais, motivos pelos quais é conhecido.

Antes de adentrar na análise dos fatos versados nos presentes autos, permito-me tecer algumas considerações, tanto para a sociedade, se mantida a decisão recorrida, quanto para o denunciado, no caso da reforma da decisão hostilizada e do recebimento da peça acusatória rejeitada anteriormente.

Nas ações penais deflagradas mediante ação penal pública incondicionada, tal como se afigura, por definição legal⁷⁷, a ação penal militar, a denúncia é de vital importância, porquanto constitui a mola propulsora da atuação estatal no exercício do direito de punir (*jus puniendi*).

Dentre as mais diversas competências institucionais atribuídas ao Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição da República⁷⁸, insere-se a promoção, privativamente, da ação penal pública.

Na fase investigatória, reserva-se ao Estado-Juiz a posição de mero provedor da regularidade processual, como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal e de observância da lei (princípio da legalidade).

A instituição de um Estado Democrático, conforme o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, objetiva assegurar aos brasileiros o bem-estar, como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social, com a solução pacífica das controvérsias.

No entanto, quando as controvérsias não são resolvidas entre as partes, resta ao Poder Judiciário, como derradeiro bastião, dirimir os conflitos existentes.

No contexto da ação penal pública, os interesses confrontados são, pelo lado da sociedade, promover a prevenção e/ou a punição de delitos, sendo que, pelo lado do cidadão, há o anseio de provar sua inocência a fim de isentar-se da responsabilidade penal.

⁷⁷ CPPM – Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

⁷⁸ CF – Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público (EC nº 45/2004):

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

De qualquer sorte, o envolvimento do cidadão nas teias de uma ação penal já constitui, por si, um desconfortável embaraço na vida social. Permanecer sob as amarras de um processo-crime é, certamente, um vínculo pernicioso para todos os traços de sua dignidade (fundamento constitucional insculpido no art. 1º, inciso III).

Na vida militar, em face da proximidade que os vínculos hierárquicos exigem, a observação da conduta de cada um é sentida com maior intensidade. Nada passa despercebido na caserna. Quer o superior hierárquico, quando julga o subordinado, quer o subordinado, de quem não se pode subtrair o poder de observar e avaliar a conduta do superior, ainda que no recôndito de sua consciência, de forma velada e discreta, onde é produzido um juízo de valores.

O sucesso da carreira militar, especialmente em relação aos Oficiais, obedece a uma sequência retilínea de condutas socialmente corretas. Qualquer deslize, por mais insignificante que pareça, põe por terra o futuro da carreira. São peculiaridades da vida em caserna assimiladas no cotidiano de suas atividades.

Diante de tais circunstâncias, conclui-se que o recebimento de denúncia exige do julgador redobrada cautela, de modo a evitar o envolvimento de militar em uma ação penal, sem que haja fundada razão ou justa causa.

No caso vertente, a rejeição da denúncia se operou sob o argumento de **falta de justa causa** (art. 3º, alínea “b”, do CPPM, c/c o art. 395, inciso III, do CPP, dito comum).

A jurisprudência predominante nesta Corte Castrense, nos casos de rejeição de denúncia, sinaliza para os requisitos do art. 77 do CPPM. Dentre esses, já restou assentado, em inúmeros julgamentos, que somente o requisito descrito na alínea “f” do citado art. 77 da referida Lei Adjettiva⁷⁹ exige interpretação de natureza subjetiva.

O preceito em questão (*razões de convicção ou presunção de delinquência*) exige **interpretação sistemática**, pela conjugação dos elementos gramatical e lógico, buscando a exata inteligência da lei⁸⁰. O termo **delinquência** guarda estreita relação com a **antijuridicidade**, ou seja, que esteja em desconformidade com o direito e com o injusto.

⁷⁹ CPPM – Art. 77. A denúncia conterà:

f) as razões de convicção ou presunção de delinquência; [...].

⁸⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, in Vocabulário Jurídico, Editora Forense, 1999. p. 445.

A acusação pelo delito de **maus-tratos** (art. 213 do CPM), segundo a denúncia rejeitada, teria decorrido do fato de haver o denunciado, no exercício da função de Comandante do Centro de Instrução e Adestramento de Brasília (CIAB), ordenado a antecipação de Treinamento Físico Militar, previsto no Detalhe Semanal de Adestramento, sem apoio de equipe médica de plantão, oportunidade em que o SD FN PEDRO HENRIQUE **MARQUES** BARBOSA começou a sentir-se mal em decorrência do frio.

Como argumento básico, o Órgão Ministerial aduziu na denúncia que o serviço de meteorologia (INMET) previa “céu nublado, com temperatura de 17,0º C”, além de rajadas de ventos. O CIAB fica situado na BR 040, km 4,5 – Santa Maria, próximo à cidade satélite do Gama/DF (fl. 8-Apenso 4).

Segundo consta à fl. 2 do Apenso 3, tudo começou quando uma pessoa que se identificou como Maria Eduarda Silva, valendo-se do e-mail *dudasilva_19@hotmail.com*, relatou ao Ministério Público Militar fatos relacionados à vida militar de seu marido e ao Comandante do CIAB.

Em consequência, abriu-se o Procedimento de Investigação Criminal nº 000003-43.2012.2012 perante a Procuradoria de Justiça Militar em Brasília, tendo, como primeiro documento instrutório, o TERMO DE DECLARAÇÕES de fl. 2, do APENSO 1, no qual consta que, em 12 de janeiro de 2012, na sede daquele Órgão, “[...] compareceu militar da Marinha do Brasil, servindo no Grupamento de Fuzileiros Navais de Brasília e apresentou as seguintes declarações: [...]”. Entretanto, o referido Termo não traz qualquer assinatura, tampouco é conhecido o nome de quem prestou as declarações, nem a autoridade que presidiu ou presenciou aquela assentada, constando, na parte final, somente: “*Nada mais. Eu (seguida de uma rubrica de alguém, que não se identificou) [...] em serviço na Procuradoria de Justiça Militar, subscrevi a presente.*”.

Assim caminharam as investigações criminais que ensejaram a instauração do IPM de fls. 3/57 e que serviu de anteparo à denúncia rejeitada.

Para melhor esclarecer, transcrevo os seguintes trechos da Conclusão do Encarregado do IPM (fl. 54):

“Na verdade, em se tratando de um Órgão de formação de futuros combatentes anfíbios, o ato praticado pelo Sr. CMG (FN) PAULO ROBERTO INNOCENCIO evidenciou o profissionalismo daquele Oficial ao aproveitar-se de uma situação real para

colocar em prática uma técnica de aquecimento mútuo em casos de hipotermia, para que não somente o SD-FN MARQUES, mas também os demais participantes da instrução, aprendesse a referida técnica.”.

E concluiu o Encarregado do IPM (fl. 54):

“Além disso, ao perceber que o SD-FN MARQUES realmente não apresentava condições físicas para continuar a prática, em momento algum impediu que o mesmo fosse imediatamente evacuado para a enfermaria, onde o mesmo foi prontamente atendido.”.

Ao proferir a SOLUÇÃO do IPM, assim concluiu Sua Excelência o Senhor Vice-Almirante José Carlos Mathias, Comandante do 7º Distrito Naval (fl. 57), *in verbis*: “[...] *concluo que o fato, como apurado, não apresenta indícios de crime e nem de contravenção disciplinar.”.*

Verifica-se, à fl. 14-verso do APENSO 1, que aproximadamente 60 (sessenta) militares, entre oficiais e praças, realizavam a atividade de natação referente ao Treinamento Físico Militar (TAF). Conforme esclarecido, logo em seguida (fl. 18-verso), os militares com idade igual ou superior a 50 (cinquenta) anos estavam dispensados do teste.

Indaga-se por que somente o SD-FN MARQUES teria sido acometido de suspeita de hipotermia? Ao que parece, foi um caso isolado e imprevisível.

Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar, para confirmar integralmente a decisão que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do Capitão-de-Mar-e-Guerra FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO, como incurso no art. 213 do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar para confirmar integralmente a decisão que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do Capitão-de-Mar-e-Guerra FN Paulo Roberto Innocencio, como incurso no art. 213 do CPM.

Brasília, 26 de março de 2014 – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 70-16.2013.7.11.0211-DF

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, com fulcro no art. 516, alínea “d”, do CPPM, contra a Decisão do MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 6/8/2013, proferida nos autos do IPM nº 70-16.2013.7.11.0211, que rejeitou o libelo acusatório oferecido em desfavor do CMG FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO.

A autoridade judiciária *a quo* rejeitou a Denúncia oferecida contra o nominado oficial superior, fundamentando inexistir justa causa para a instauração da ação penal, por revelarem os autos a ausência de dolo em seu atuar, não sendo o delito de maus-tratos alcançado pela forma culposa.

Certo é que a Denúncia, como peça inaugural da ação penal, deve trazer a exposição dos fatos tidos como criminosos, visando a aplicação da reprimenda pelo estatal.

Por ocasião do seu oferecimento, cabe ao magistrado analisar se há provas da materialidade delitiva e indícios de autoria, tendo em vista que, nesta fase, o princípio da presunção de inocência fica subjugado ao postulado do *in dubio pro societate*. Daí, restando demonstradas as condições obrigatórias, recebe-se a exordial. Os demais aspectos, sejam materiais ou processuais, não de ser aferidos e sopesados no transcorrer da instrução criminal.

In casu, a exordial acusatória narra, indubitavelmente, a ocorrência de um ilícito penal, estando devidamente instruída com provas da materialidade delitiva, conforme Laudo nº 10243/13, do Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro, da Polícia Civil do Distrito Federal (fl. 12).

Inconteste a presença do indiciado no local, bem como de ser ele o comandante da instrução de natação, havendo possibilidade de que tenha concorrido para a prática criminosa.

Há, portanto, indícios veementes de autoria na empreitada delitiva, sendo imperiosa sua subsunção ao crivo do contraditório.

Com efeito, formalmente regular foi o oferecimento do libelo inaugural, noticiando ação delituosa, em tese praticada pelo indiciado, devidamente embasado por inquérito policial, não se cogitando falta de justa causa para a persecução penal.

In casu, o libelo inaugural bem descreveu a conduta delituosa, sendo lúdima a movimentação da máquina judiciária na busca da verdade real, que somente poderá ser efetivada por meio da deflagração do processo.

Diante da existência de suporte mínimo probatório a lastrear a Denúncia e não se evidenciando patente atipicidade da conduta, nem provas cabais a afastar a autoria, vislumbro a justa causa para a instauração da ação penal, devendo a exordial ser recebida em sua totalidade.

Sobre o tema, lúcida é a lição extraída do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“RHC - LESÃO CORPORAL CULPOSA – (...) AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO (...) - I - A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. (...) IV - Recurso desprovido”. (STJ - RO-HC 8862 - DF - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 14/2/2000 - p. 46). (Grifo da subscriptora).

Reconheço caber ao julgador a verificação dos requisitos formais de uma denúncia e, de igual modo, a análise dos seus pressupostos materiais, podendo rejeitá-la se não descrever conduta delituosa. É o que ocorre nos casos inteiramente elucidados de plano, nos quais há absoluta certeza da inexistência de crime ou de indícios, ainda que remotos, de autoria.

Ainda que se sustente a prevalência da presunção de inocência em qualquer fase do processo ou inquérito policial, tem-se que o direito do agente de não ser constrangido em sua liberdade não é ilimitado, devendo ser ponderado em face dos princípios da relatividade e da convivência das liberdades públicas.

Certo é que os direitos individuais não são absolutos. Cabe ao intérprete realizar a concordância prática ou a harmonização das normas constitucionais, de modo que, havendo a colisão entre os bens jurídicos tutelados, promova-se a redução proporcional do âmbito de atuação de cada um deles, não se sacrificando nem um, nem outro.

Nesse diapasão, o *in dubio pro societate* espelha o resultado da ponderação de valores na fase inicial do processo crime. Na dúvida, embora causando constrangimento ao denunciado (redução proporcional do âmbito de atuação de seu direito), que não se revela ilegal, prossegue-se com a ação penal. O Estado, por seu turno, não poderá exercer ilimitadamente o *ius puniendi*, e deverá observar os parâmetros do devido processo legal e os direitos do envolvido ao restabelecer o equilíbrio, a harmonia e a paz social. Ao final, em permanecendo as incertezas sobre o fato delituoso ou sua autoria, será oportunizado aos acusados o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*).

Pertinente citar trechos de excerto jurisprudencial a exemplificar o entendimento anteriormente esposado:

“EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. DENÚNCIA OFERECIDA. ART. 312, CAPUT, CP. PECULATO-DESVIO. ART. 41, CPP. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. TIPICIDADE DOS FATOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato mínimo probatório que autorize a deflagração da ação penal contra o denunciado, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395, do mesmo diploma legal. 2. De acordo com o direito brasileiro, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas (CPP, art. 41). Tais exigências se fundamentam na necessidade de precisar, com acuidade, os limites da imputação, não apenas autorizando o exercício da ampla defesa, como também viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador. 3. A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídi-

co e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa), revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal, em qualquer hipótese, mas guarda tratamento mais rigoroso em se tratando de crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal. 4. Registro que **a denúncia somente pode ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico, certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova, eis que o juízo é de cognição imediata, incidente, acerca da correspondência do fato à norma jurídica, partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como narrado na peça acusatória.** 5. (...) 7. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. 8. Denúncia recebida." (STF, Inq 1926/DF, Tribunal Pleno, Relatoria Min. Ellen Gracie, Decisão de 9/10/2008, publicada em 21/11/2008) (grifos da subscritora).

Na espécie, inexistente justificativa plausível para a rejeição da Denúncia. Certa é a materialidade delitiva, inexistindo provas cabais aptas a afastar a autoria, o que deverá ser valorado ao longo da instrução processual, garantindo-se às partes a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ex positis, votei vencida para dar provimento ao presente Recurso para cassar a Decisão de 1ª instância e receber a Denúncia ofertada contra o CMG FN PAULO ROBERTO INNOCENCIO, com fundamento no art. 30, alínea "a", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 26 de março de 2014.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 84-34.2013.7.04.0004-MG

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 4ª CJM, de 23/10/2013, proferida nos autos do IPM nº 84-34.2013.7.04.0004, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do Sd Ex Wincer de Oliveira Rodrigues Silva, como incurso no art. 251, *caput*, do CPM, c/c o art. 30, inciso II, do citado Códex, e com o art. 71 do CP.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. SUBTRAÇÃO DE CARTÕES MAGNÉTICOS E SENHAS BANCÁRIAS E POSTERIORES SAQUES. AUTOR E VÍTIMAS MILITARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (art. 9º, II, “a”, do CPM). DECISÃO REFORMADA. A Justiça Militar da União é competente para processar e julgar fatos que, em tese, configuram crime militar, praticados por militar em atividade contra militares na mesma situação, consistentes na subtração de cartões e senhas bancárias das vítimas, efetuando-se diversos saques de dinheiro em suas contas-correntes. Os fatos narrados na Denúncia se amoldam, pelo menos em tese, ao contido no art. 9º, II, “a”, do CPM, portanto, se preenchidos os demais requisitos legais previstos no art. 77 do CPPM, deve ser recebida pelo Juízo a quo. Decisão monocrática reformada, com baixa dos autos à instância de origem para o prosseguimento do Feito. Recurso ministerial provido à unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso ministerial, para reformar a Decisão recorrida, declarando a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos imputados ao Sd Ex Wincer de Oliveira Rodrigues Silva, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem, para análise dos demais requisitos da Denúncia, ex vi do art. 77 do CPPM. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, e o Advogado da Defesa, Dr. Carlos Alberto Gomes.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, Marcos Martins Torres e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 22ª Sessão, 2/4/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar perante a Auditoria da 4ª CJM, irresignado com a Decisão proferida pelo MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 4ª CJM, em 23 de outubro de 2013, por meio da qual foi rejeitada a Denúncia formulada em desfavor do Sd Ex WINCER DE OLIVEIRA RODRIGUES SILVA.

Segundo o que se extrai dos autos, em 14 de outubro de 2013, o *Parquet* Castrense ofereceu Denúncia em desfavor do referido Soldado, o qual servia no 11º Batalhão de Infantaria de Montanha (São João Del-Rei – MG), tendo-o como incurso no art. 251 do CPM, nas modalidades consumada e tentada, em continuidade delitiva.

Narra a Exordial Acusatória (fls. 102/103):

“Consta dos autos em anexo que nos dias 19 de junho e 10 de julho de 2013, no alojamento de Cb/Sd do 11º Batalhão de Infantaria de Montanha, em São João Del-Rei/MG, o ora Denunciado subtraiu os cartões magnéticos e senhas pertencentes, respectivamente, aos Soldados EDER GRANDO COIMBRA e VICTOR TIAGO BRAGA OLIVEIRA, ora ofendidos, passando o Soldado WINCER, a partir daí, a realizar operações bancárias fraudulentas em TAA - Terminais de Auto-Atendimento.

Tanto assim que na manhã de 19/6/2013 o ora Denunciado compareceu na agência do Banco Santander, no Centro de São João Del-Rei, e sacou R\$ 310,00 (trezentos e dez reais) da conta nº 1060204-2, do Sd COIMBRA, o mesmo ocorrendo em 10/7/2013, quando o Sd WINCER foi ao caixa eletrônico do BB no interior do quartel e efetuou três saques da conta bancária 58334-0, do Sd BRAGA, de R\$ 200,00 (duzentos reais), R\$ 300,00 (trezentos reais) e R\$ 20,00 (vinte reais).

Portanto, com esse artifício de se passar pelos ofendidos e utilizando-se, de maneira fraudulenta, das senhas e cartões magnéticos destes, o ora Denunciado, visando se apoderar indevidamente dos valores acima descritos, induziu em erro os bancos que, iludidos, liberaram os saques nas contas, conseguindo o Sd WINCER obter ilicitamente para si, nas citadas datas, o total de R\$ 830,00 (oitocentos e trinta reais), tudo em prejuízo do patrimônio de seus colegas de farda.

Consta também que no dia 26 de agosto de 2013, durante revista realizada no alojamento de Cb/Sd da aludida OM, foi encontrado no armário do Sd WINCER outro cartão bancário, desta feita do Sd HÉLIO EDUARDO RODRIGUES, apurando-se que o ora Denunciado alcançou o cartão cerca de um mês antes de sua apreensão e só não conseguiu efetuar saques na respectiva conta por circunstâncias alheias à sua vontade, pois quando notou a falta do cartão a vítima o bloqueou junto ao banco.

Registre-se, ainda, que a materialidade e autoria delitivas restaram fartamente comprovadas por documentos acostados às fls. 07/08 e 65; pelos extratos das contas-correntes dos ofendidos, de fls. 30/33; pelas declarações das vítimas, às fls. 22/23 e 24/25, assim como do próprio Sd WINCER, às fls. 44/45 e 72/73, o qual confessou a autoria dos saques e alegou que os cartões bancários foram quebrados após o uso e que utilizou o dinheiro para o pagamento de dívidas”.

A Peça Vestibular em comento, por Decisão prolatada em 23/10/2013, foi rejeitada pelo Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 4ª CJM, com fundamento no art. 78 do CPPM, por entender ser incompetente a Justiça Militar da União para o processo e julgamento da lide. Da respeitável Decisão, extraem-se os seguintes argumentos (fls. 115/117):

“Consta dos autos que nos dias 19 de junho e 10 de julho de 2013, no 11º Batalhão de Infantaria Motorizado, em São João Del-Rei/MG, o Acusado subtraiu os cartões bancários e respectivas senhas pertencentes aos Soldados EDER GRANDO COIMBRA e VICTOR TIAGO BRAGA OLIVEIRA, passando o Denunciado, a partir daí, a realizar operações bancários em Terminais de Auto-Atendimento.

Consta também que no dia 26 de agosto de 2013, durante uma revista realizada no alojamento de Cabos e Soldados da supramencionada OM, foi encontrado no armário do Sd WIN-

CER outro cartão magnético, pertencente ao Sd HÉLIO EDUARDO RODRIGUES.

Segundo a peça inaugural, ao assim agir o indiciado pretendeu ludibriar os Bancos detentores das contas, se apoderando do numerário nelas existente, praticando o delito de estelionato, previsto no artigo 251 do CPM, em suas formas consumada e tentada.

Ocorre, porém, que, sendo as vítimas do delito uma instituição financeira particular (Banco Santander), e outra uma sociedade de economia mista federal (Banco do Brasil), refoge a competência desta Justiça Especializada o processo e julgamento dos fatos narrados.

Ora, conforme se viu, verifica-se que as vítimas apontadas pelo órgão da acusação não são militares. Deste modo, infere-se que os crimes aqui investigados são de natureza comum, haja vista não se adequarem a nenhuma das hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar (...)”.

O ilustre Representante do Órgão Ministerial tomou ciência dos termos da mencionada Decisão em 28 de outubro de 2011 (fl. 117), tendo interposto o presente Recurso, por meio da Petição de fl. 120, em 30/10/2013.

Sustenta o ilustre Promotor de Justiça Militar, em suas Razões Recursais (fls. 123/128), que autor e vítimas dos crimes versados nos autos são militares em situação de atividade, os quais foram apontados nominalmente na Denúncia, e que a existência nos autos de sujeitos passivos enganados – os bancos – não tem o condão de retirar a competência da Justiça Militar da União para o presente Feito. Defende, ainda, que não há que falar em responsabilidade dos bancos, segundo jurisprudência que apresenta, em face da negligência dos militares em manter a senha de acesso junto ao respectivo cartão magnético.

Ao final, o MPM requereu o provimento do presente Recurso de forma que seja reformada a Decisão recorrida, que rejeitou a Denúncia oferecida.

Em Contrarrazões (fls. 134/137), a ilustrada Defensoria Pública da União manifestou-se em apoio aos argumentos expendidos pelo nobre Magistrado na Decisão ora atacada, pugnando pelo desprovimento do Recurso ministerial.

O Juízo de Retratabilidade previsto no art. 520 do CPPM foi exercido à fl. 144, pelo qual foi mantida a Decisão recorrida.

Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, oficiou o Sub-procurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, mediante o parecer de fls. 152/155, opinando pelo provimento do presente Recurso, de modo a ser recebida a Denúncia oferecida em desfavor do Sd Ex WINCER DE OLIVEIRA RODRIGUES SILVA, por entender que se trata de crime praticado por militar contra militar, redundando, em consequência, na incidência do art. 9º, II, "a", do CPM, e na competência da Justiça Militar da União.

Intimada sobre a colocação do presente Feito em mesa para julgamento, a DPU solicitou a designação de data para fins de sustentação oral (fls. 161/161 v).

Pelo Despacho de fl. 163, deferi o pedido, designando o dia 2/4/2014 para a realização do julgamento, ficando as partes cientes (fls. 165 e 168).

É o Relatório.

VOTO

O presente Recurso ministerial foi interposto no prazo legal e atende aos demais pressupostos processuais recursais, motivo pelo qual é de ser conhecido.

Inicialmente, cabe salientar que o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Militar, cuja observância se sujeita à fiscalização pelo Magistrado, está previsto no art. 30 do Código de Processo Penal Militar, *in verbis*:

"Art. 30. A denúncia deve ser apresentada sempre que houver:

- a) prova de fato que, em tese, constitua crime;*
- b) indícios de autoria."*

O não recebimento de uma denúncia oferecida somente pode ocorrer, em tese, pelo que se depreende do art. 78 do CPPM, quando então:

- não preencher os requisitos elencados no art. 77 do CPPM, podendo, no entanto, ser emendada;

- o fato não constituir crime da competência da Justiça Militar;

- for manifesta a existência de causa extintiva da punibilidade, em conformidade com o previsto no art. 123 do CPM;

- for evidente a incompetência do juiz para apreciar os fatos; ou

- for oferecida por acusador ilegítimo.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais e se mostrando, portanto, apta a desencadear a persecução criminal, uma denúncia apresentada pelo membro do Ministério Público, titular da ação penal, deve ser recebida pelo Magistrado, ainda que haja discordância quanto à classificação ou definição jurídica dada ao fato (a qual, inclusive, pode ser alterada por ocasião da sentença).

No caso tratado nos presentes autos, a divergência de entendimentos entre o MPM e o Magistrado diz respeito à competência da Justiça Militar da União para processar e julgar a questão objeto da Denúncia.

Cabe lembrar que o *Parquet* Militar, ao oferecer a Denúncia de fls. 102/103, entendeu que a conduta atribuída ao Sd Ex WINCER DE OLIVEIRA RODRIGUES SILVA amolda-se ao tipo penal descrito no art. 251 do CPM (estelionato). Entendeu dessa forma, porque a conduta delituosa imputada ao Denunciado foi praticada contra seus colegas de farda, o que faria incidir o disposto no art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, definindo, assim, a competência da Justiça Militar da União para apreciar o Feito.

Por outro lado, o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 4ª CJM, na Decisão recorrida, apresentou entendimento diverso segundo o qual as vítimas do delito foram instituições financeiras, sendo uma particular (Banco Santander) e outra uma sociedade de economia mista federal (Banco do Brasil), o que, em sua ótica, afastaria a competência desta Justiça Especializada para o Feito.

Da análise dos autos, verifica-se que o Denunciado, nos dias 19/6/2013 e 10/7/2013, no alojamento dos Cb/Sd do 11º Batalhão de Infantaria de Montanha, em São João Del-Rei/MG, subtraiu os cartões bancários e respectivas senhas pertencentes aos Soldados EDER GRANDO COIMBRA e VICTOR TIAGO BRAGA OLIVEIRA, passando, a partir daí, a realizar saques indevidos em Terminais de Auto-Atendimento do Banco do Brasil e do Banco Santander, perfazendo um total de R\$ 830,00 (oitocentos e trinta reais).

Além disso, no dia 26/8/2013, durante uma revista no aludido alojamento, foi encontrado no armário do Sd WINCER outro cartão magnético, pertencente ao Sd HÉLIO EDUARDO RODRIGUES, mas, pelo apurado, não teria havido saques na respectiva conta bancária. Segundo informações carreadas aos autos, neste caso, o dono do cartão teria notado a sua falta e o bloqueou junto ao banco.

Ouvido a respeito, no Inquérito Policial Militar instaurado para apuração dos fatos, o Denunciado confirmou a autoria do furto dos cartões e senhas dos Soldados COIMBRA e BRAGA, bem como dos respectivos saques indevidos, tendo declarado que estava desesperado e precisava de dinheiro para pagar dívidas. No tocante ao cartão bancário do Sd HÉLIO, declarou que o havia encontrado debaixo do armário e guardado para posterior devolução, mas teria se esquecido de fazê-lo.

No caso em questão, as informações e documentos coligidos na fase inquisitorial indicam que os colegas de farda do Denunciado (Soldados EDER GRANDO COIMBRA e VICTOR TIAGO BRAGA OLIVEIRA) foram vítimas de subtração de seus respectivos cartões e senhas bancárias, além de terem sofrido saques indevidos em suas contas bancárias.

Ademais, os documentos juntados aos autos às fls. 109/110, que comprovam o ressarcimento, pelo Denunciado, do prejuízo causado aos referidos militares vitimados, contribuem para demonstrar que os ônus das condutas atribuídas ao Denunciado foram integralmente suportados pelos Soldados COIMBRA e BRAGA.

Prosseguindo no exame do Feito, observa-se que não há nos autos, como salientado pela PGJM (fl. 154), qualquer informação ou documento indicando que as instituições bancárias tenham arcado com algum ônus decorrente dos danos provenientes dos atos praticados pelo Denunciado.

Nesse contexto, os fatos imputados ao Sd Ex WINCER DE OLIVEIRA RODRIGUES SILVA configuram, pelo menos em tese, crime militar, a teor do que dispõe o art. 9º, II, "a", do CPM, enquadrando-se, assim, na competência da Justiça Militar da União, em conformidade com o disposto no art. 124 da Constituição Federal.

É de se registrar, ainda, que condutas semelhantes às relatadas nos autos, vêm sendo objeto de processo e julgamento no âmbito desta Justiça Especializada, como se verifica na Apelação nº 55-21.2012.7.03.0303/RS, que teve como Relator o Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO, julgada em 27 de novembro de 2013, *in verbis*:

“EMENTA: FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE CARTÃO MAGNÉTICO E SENHA BANCÁRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA FURTO ATENUADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR PATRIMONIAL EXPRESSIVO E REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INADMISSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (LEI Nº 9.099/1995). SÚMULA Nº 9/STM.

Pratica o crime de furto o militar que, de posse do cartão bancário e senha da vítima, além de efetuar saques em dinheiro da conta-corrente, realiza compras parceladas na função crédito.

Para que sejam aplicadas as atenuantes previstas nos §§ 2º e 3º do art. 240 do CPM não basta que o réu seja primário, devendo ser rigorosamente observados os demais requisitos que autorizam a sua concessão.

É inadmissível, neste caso, o reconhecimento do princípio da insignificância devido a expressiva lesão patrimonial do Ofendido e a reprovabilidade da conduta do Apelante. Precedentes do STF.

Foi consolidada pela Jurisprudência desta Corte Castrense a inaplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26/9/95, na Justiça Militar da União.

Apelo não provido. Decisão unânime.”.

Dessa forma, com todas as vênias de praxe, o argumento do Magistrado a quo de que os fatos vertentes sejam da competência da Justiça Estadual da Comarca de São João Del-Rei não deve prosperar, devendo a Denúncia, caso julgue preenchidas as demais exigências legais, ser recebida, processada e julgada na forma da lei.

Por todo o exposto, dou provimento ao Recurso ministerial para reformar a Decisão recorrida, declarando a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos imputados ao Sd Ex WINCER DE OLIVEIRA RODRIGUES SILVA, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para análise dos demais requisitos da Denúncia, na forma do art. 77 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em dar provimento ao Recurso ministerial para reformar a Decisão recorrida,

declarando a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os fatos vertentes, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para análise dos demais requisitos da Denúncia, ex vi do art. 77 do CPPM.

Brasília, 2 de abril de 2014 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 152-35.2013.7.12.0012-AM

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

Recorrente – O MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de ofício.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, de 26/12/2013, proferida nos autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 25/02-2, que concedeu reabilitação ao S Ten Ex Marcos Antonio Fiorese.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO DE OFÍCIO. REABILITAÇÃO. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Recurso de ofício contra decisão que concedeu reabilitação a militar condenado e que teve a pena extinta há mais de cinco anos. Pedido defensivo ao Juízo a quo para declaração de extinção da punibilidade do Reabilitando, na forma retroativa, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não reconhecida quando do julgamento da Apelação. No caso, deveria ter sido considerado o lapso temporal ocorrido entre o último marco interruptivo – recebimento da denúncia – e a condenação, tomando-se a pena concretizada no Acórdão do STM para cada crime, declarando-se a extinção da punibilidade. Entretanto, a Corte ficou inerte, assim como a Defesa e o Juízo de Execução. A coisa julgada penal condenatória ostenta autoridade sempre relativa no direito processual penal pátrio, pois pode ser atacada pela via da revisão criminal e pelo habeas corpus nas hipóteses de nulidade manifesta ou extinção da punibilidade ocorrida durante o processo. A sentença penal condenatória transitada em julgado pode ser destruída através de três causas extintivas da punibilidade: a anistia, a prescrição retroativa e a abolitio criminis, todas elas com efeito retro-operante e demolidor da própria condenação em si, com o desfazimento da perda da primariedade e de todos os demais efeitos condenatórios do decisum, que, simplesmente, desaparecem do mundo jurídico (Doutrina). Dessa forma, nada obsta que, em sede de recurso em sentido estrito, que busca confirmar decisão de reabilitação, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva não declarada na

fase oportuna, mormente em se tratando de militar da ativa que busca o cancelamento de seus antecedentes criminais. O reconhecimento da prescrição apaga todos os efeitos da condenação e é bem mais benéfico para o Reabilitando do que a própria reabilitação. Recurso que se julga prejudicado, com a concessão de Habeas Corpus de ofício, declarando-se extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo Reabilitando, anulando-se, em consequência, o processo de execução. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, julgou prejudicado o Recurso e concedeu *habeas corpus* de ofício, com fundamento nos arts. 467, alínea “h”, 468, alínea “b” e 470, *caput*, 2ª parte, todos do CPPM, para declarar extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo S Ten Ex Marcos Antonio Fiorese, por incidência da prescrição da pretensão punitiva, com base nos arts. 123, inciso IV, 125, inciso VII e § 3º, todos do CPM, anulando, em consequência, o Processo de Execução nº 25/02-2. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes negavam provimento ao Recurso de ofício e mantinham inalterada a Decisão que reabilitou o S Ten Ex Marcos Antonio Fiorese. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Arilma Cunha da Silva. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de Barros Góes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcos Martins Torres e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 25/3/2014).

RELATÓRIO

O Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM recorreu de ofício, por força do disposto no artigo 134 do Código Penal Militar⁸¹ e 651 do Cód-

⁸¹ Art. 134. A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva.

1º A reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar a execução desta ou da me-

go de Processo Penal Militar⁸², da decisão proferida nos autos da Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 25/02-2, que concedeu reabilitação ao S Ten Ex Marcos Antonio Fiorese (fls. 67/68).

O pedido de reabilitação foi inicialmente formulado em causa própria (fls. 1/3), anexando-se a documentação a seguir:

a) Declaração firmada pelo Comandante da Companhia de Comando da 12ª Região Militar, Major Marcio Renato Alves Barbosa, de que o militar é Subtenente, servindo atualmente na Companhia da 12ª Região Militar desde 20 de janeiro de 1997, reside em Próprio Nacional Residencial desde 17 de janeiro de 2007 e encontra-se no comportamento “BOM” (fl. 5);

b) Certidão de distribuição – Ações e Execuções Cíveis expedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fl. 6);

c) Certidão de distribuição cível, criminal, execução fiscal estadual e municipal e falência e recuperação de crédito e família, expedidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (fls. 7/12);

d) Sentença de 23 de março de 2004, em que o Conselho Permanente de Justiça absolveu o militar, por unanimidade, do crime do artigo 175, do CPM, com base no artigo 439, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar e, por maioria, do crime do artigo 209, do CPM, com fundamento no artigo 439, alínea “c”, do Código de Processo Penal Militar. Consta da Sentença que o Sargento Marcos Antonio Fiorese manteve o Atirador Fabrício Alves Carvalho em confinamento ilegal e o submeteu a interrogatório igualmente afrontoso à lei, inclusive com o empre-

dida de segurança aplicada em substituição (art. 113), ou do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:

a) tenha tido domicílio no País, no prazo acima referido;

b) tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

c) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

⁸² Art. 651. A reabilitação poderá ser requerida ao Auditor da Auditoria por onde correu o processo, após cinco anos contados do dia em que fôr extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução, ou do dia em que findar o prazo de suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado tenha tido, durante aquele prazo, domicílio no País.

go de violência física, configurando a prática dos delitos dos artigos 175 e 209, ambos do Código Penal Militar (fls. 13/29);

e) Acórdão prolatado por esta Corte em 8 de março de 2005, em que o Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao apelo do Ministério Público Militar para, reformando a Sentença hostilizada, condenar o 1º Sgt Ex MARCOS ANTONIO FIORESE, à pena de 6 (seis) meses de detenção, transformada em prisão, como incurso no artigo 175 e seu parágrafo único, e 6 (seis) meses de detenção, como incurso no artigo 209, c/c os arts. 79 e 59, todos do Código Penal Militar, unificada em 1 (um) ano, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com supedâneo nos artigos 84 do Código Penal Militar e 606 do Código de Processo Penal Militar, sob as condições especificadas no Acórdão (fls. 30/45);

f) Despacho de 6 de setembro de 2005, expedido pelo Ministro-Presidente, Gen Ex Max Hoertel, de não admissão do Recurso Extraordinário nº 2005.01.000439-0 (fls. 48/51);

g) Certidão comunicando a ocorrência do trânsito em julgado da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 2005.01.000439-0 (fl. 52);

h) Ofício nº 4.036, expedido em 22 de setembro pela Diretoria Judiciária deste Tribunal, comunicando que, em 19 de setembro de 2005, transitou em julgado o Acórdão proferido nos autos dos Embargos de Declaração nº 2005.01.049644-1 (Apelação nº 2004.01.049644-9, Processo nº 025/02-2), referente ao 1º Sgt Ex MARCOS ANTONIO FIORESE, em razão do trânsito em julgado da Decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 2005.01.0200439-0 (fl. 53);

i) Decisão do Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM, proferida em 17 de janeiro de 2008, determinando o arquivamento dos autos, haja vista a extinção da pena naquela data (fls. 54/55).

A Defensoria Pública da União, em manifestação à fl. 62, ratificou os termos do pedido inicial e postulou o reconhecimento da extinção da punibilidade, com a anulação de todo o procedimento de execução uma vez que, em se considerando as penas isoladamente, implicaria necessário reconhecimento da extinção da punibilidade, face o advento da prescrição retroativa, desde 5 de novembro de 2004.

Requeru, ainda, fosse oficiado à Autoridade Militar para tornar sem efeito a comunicação do Ofício nº 1.426/6, de 6 de junho de 2006, que informou ao Comandante da Companhia de Comando da 12ª Região

Militar, a condenação do então 1º Sgt MARCOS ANTÔNIO FIORESE, por este Superior Tribunal Militar, para que produza seus jurídicos efeitos (fl. 62).

A Procuradoria da Justiça Militar em Manaus/AM opinou favoravelmente ao pedido de reabilitação e pela impossibilidade do reconhecimento retroativo da extinção da punibilidade, uma vez que a decisão condenatória proferida pelo Egrégio STM transitou em julgado em 19 de setembro de 2005 (fl. 65).

Em Decisão de 26 de dezembro de 2013, o Juiz-Auditor da Auditoria da 12ª CJM concedeu reabilitação ao S Ten Ex MARCOS ANTÔNIO FIORESE e, acompanhando a manifestação do Procurador de Justiça Militar Dr. José Luiz Pereira Gomes, manifestou-se pela impossibilidade de reconhecimento retroativo da extinção da punibilidade *“uma vez que a decisão condenatória proferida pelo Egrégio STM transitou em julgado em 19/9/2005”* (fls. 67/68).

Instada a opinar, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso, mantendo-se a decisão de ofício encaminhada (fls. 82/83).

Por despacho de fl. 86, determinei que os autos retornassem ao douto Parecerista para que, querendo, se pronunciasse acerca do pedido de reconhecimento de prescrição formulado pela Defesa.

Retificando o Parecer anterior, o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar opinou *“pela concessão de habeas corpus de ofício por parte deste Egrégio Tribunal, para declarar a prescrição da pretensão punitiva e anulando o processo de execução, julgando prejudicado o recurso de ofício”* (fls. 89/92).

A ilustre Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito está em mesa para julgamento, ocasião em que se manifestou pela declaração de prescrição, com a concessão de *habeas corpus* de ofício, sendo anulado todo o processo de execução. Requereu, por fim, *“que conste expressamente da parte dispositiva do acórdão desta Corte que o reconhecimento da prescrição em nada poderá prejudicar a vida funcional do militar, seja para fins de promoção ou para quaisquer outros fins”*.

É o Relatório.

VOTO**PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO**

Conforme relatado, a Defesa postulou ao Juízo a *quo* a declaração de extinção da punibilidade do Reabilitando, com relação aos fatos narrados na Ação Penal Militar nº 25/02-2, pela prescrição da pretensão punitiva e, em consequência, a anulação do procedimento de execução.

Deve ser atendido o pleito defensivo.

Observa-se que está extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime do artigo 175 e seu parágrafo único e do artigo 209, ambos do Código Penal Militar, prescrição verificada pela pena em concreto fixada no Acórdão condenatório, não declarada por ocasião do julgamento.

Tem-se nos autos que o então Sargento Marcos Antonio Fiorese manteve o Atirador Fabrício Alves Carvalho em confinamento ilegal e o submeteu a interrogatório igualmente afrontoso à lei, inclusive com o emprego de violência física, configurando a prática dos delitos dos artigos 175 e 209, ambos do Código Penal Militar.

A denúncia foi recebida em **6 de novembro de 2002**, tendo sido o Requerente, ao final da instrução processual, **absolvido** pelo Juízo de 1ª instância.

Julgando o recurso de Apelação ministerial, em Sessão de **8 de março de 2005**, o Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao apelo e condenou o Réu à pena de 1 (um) ano de detenção, convertido em prisão, como incurso nos artigos 175 e 209, ambos do CPM.

Quanto ao primeiro crime (artigo 175), a reprimenda imposta foi de 6 meses de prisão, cuja prescrição se dá em 2 anos, nos termos do artigo 125, inciso VII, § 1º, do Código Penal Militar. Em relação ao segundo, igualmente foi estabelecida a pena de 6 meses de prisão, cujo prazo prescricional também ocorre em 2 anos.

No caso, há que considerar o lapso temporal ocorrido entre o último marco interruptivo – constituído pelo recebimento da denúncia em 6 de novembro de 2002 – e a condenação, tomando-se a pena concretizada no Acórdão do STM de 6 meses de prisão para cada crime.

A prescrição é matéria de ordem pública e, por isso, passível de arguição e reconhecimento a qualquer tempo (art. 61 do Código de Processo Penal).

Nesse sentido é o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

“Tendo em vista que a prescrição é matéria de ordem pública, deve ser declarada de ofício (...) ou sob provocação das partes, inclusive em ações de impugnação ou por meio de recursos (habeas corpus, revisão criminal e outros). Trata-se de matéria preliminar, ou seja, impede a análise de mérito” (Código Penal comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 545).

Comentando a autoridade da coisa julgada penal condenatória, o professor CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA⁸³ esclarece que ela ostenta a autoridade sempre relativa em nosso direito processual penal, pois pode ser atacada pela via da revisão criminal e pelo *habeas corpus* nas hipóteses de nulidade manifesta ou extinção da punibilidade ocorrida durante o processo.

Para o ilustre professor, a revisão criminal e o *writ*

“efetivamente rescindem a coisa julgada, desfazendo-lhe não somente os efeitos como a própria essência, já que ela, simplesmente, deixa de existir juridicamente quando atingida pelo julgamento de total procedência do pedido revisional absolutório ou anulatório, ou pela concessão do habeas corpus ad subjiciendum”.

E prossegue, afirmando que a sentença penal condenatória transitada em julgado pode ser destruída através de três causas extintivas da punibilidade: a anistia, a prescrição retroativa e a *abolitio criminis*, todas elas com efeito retro-operante e demolidor da própria condenação em si, com o desfazimento da perda da primariedade e de todos os demais efeitos condenatórios do *decisum*, que, simplesmente, desaparecem do mundo jurídico.

Dessa forma, nada obsta que, em sede de recurso em sentido estrito que busca confirmar decisão de reabilitação, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva não declarada na fase oportuna, mormente em se tratando de militar da ativa que busca o cancelamento de seus antecedentes criminais.

⁸³ Disponível em: www.cursomarcato.com.br/admin/mod_ac/.../coisajulgadapenal.doc
“Coisa julgada penal: autoridade absoluta e autoridade relativa”.

Como já referido, trata-se de matéria de ordem pública, que não pode ser olvidada, fazendo-se imperativa sua declaração por ocasião do presente recurso, por meio da concessão de *Habeas Corpus* de ofício.

Neste sentido, os artigos 467 e 468 do Código de Processo Penal Militar preconizam a possibilidade da declaração da requerida prescrição, *in verbis*:

“Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

(...)

h) quando estiver extinta a punibilidade;

(...)

Art. 468. Poderá ser concedido habeas corpus não obstante já ter havido sentença condenatória:

(...)

b) quando a ação ou condenação já estiver prescrita;

Art. 470. O habeas corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa em favor de outrem, bem como pelo Ministério Público. O Superior Tribunal Militar pode concedê-lo de ofício, se no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no art. 467.”.

No caso, não tendo sido reconhecida a prescrição no Acórdão nem pelo juiz da execução, nada obsta que seja declarada por ocasião do presente recurso, uma vez que se tornou conhecida deste Relator, e o feito encontra-se, mais uma vez, sobre jurisdição deste Superior Tribunal Militar.

Registre-se que o reconhecimento da prescrição apaga todos os efeitos da condenação e é benéfico para o reabilitando bem mais que a própria reabilitação.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente recurso e concedo Habeas Corpus de ofício, com fundamento nos artigos 467, alínea “h”, 468, alínea “b”, e 470, *caput*, 2ª parte, todos do Código de Processo Penal Militar, para declarar extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo S Ten Ex MARCOS ANTONIO FIORESE, por incidência da prescrição da pretensão punitiva, com base nos artigos 123, inciso IV, 125, inciso VII e § 3º, todos do Código Penal Militar, anulando, em consequência, o processo de execução nº 25/02-2.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade

do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em julgar prejudicado o Recurso e conceder *habeas corpus* de ofício, com fundamento nos arts. 467, alínea “h”, 468, alínea “b”, e 470, *caput*, 2ª parte, todos do CPPM, para declarar extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo S Ten Ex Marcos Antonio Fiorese, por incidência da prescrição da pretensão punitiva, com base nos arts. 123, inciso IV, 125, inciso VII e § 3º, todos do CPM, anulando, em consequência, o Processo de Execução nº 25/02-2.

Brasília, 25 de março de 2014 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 152-35.2013.7.12.0012-AM

Votei vencido, divergindo da douta maioria, posto que negava provimento ao recurso de ofício para manter íntegra a Decisão recorrida, pelos motivos que passo a expor.

O Requerente foi condenado à pena definitiva de 1 (um) ano de detenção, convertida em prisão, como incurso no art. 175, parágrafo único (6 meses), e no art. 209 (6 meses), ambos do CPM. Foi beneficiado com a suspensão condicional da pena pelo período de 2 (dois) anos, cujo início do cumprimento deu-se em 18 de outubro de 2005 e teve declarada extinta a pena pelo Juízo de Primeira Instância em 17 de janeiro de 2008 em virtude de seu cumprimento.

O Plenário deste egrégio Superior Tribunal Militar, em sessão de 25 de março de 2014, julgou prejudicado o presente Recurso em Sentido Estrito e concedeu *Habeas Corpus* de ofício para declarar extinta a punibilidade dos crimes praticados pelo Subtenente do Exército MARCOS ANTONIO FIORESE pela incidência da prescrição da pretensão punitiva.

Entende-se por prescrição penal a perda do poder-dever do Estado, pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória, durante certo lapso temporal. Existem no nosso ordenamento jurídico duas espécies de prescrição penal: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

No presente caso, o Reabilitando cumpriu todo o período do *sursis* estipulado pelo Juízo de primeira instância em audiência admonitória, sem que houvesse qualquer intercorrência. Assim, não é plausível, nesse momento, declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescri-

ção, uma vez que o Conselho Permanente de Justiça fixou a pena, e o condenado cumpriu-a integralmente.

Se, por um lado, a Justiça Militar da União não reconheceu a prescrição em momento oportuno, de igual forma, o militar não provocou a declaração desse instituto ao Juízo de execução, vindo a cumpri-la completamente.

Assim, verifica-se que, tecnicamente, melhor solução ao caso seria a manutenção da Decisão a *quo* que concedeu reabilitação ao Subtenente do Exército MARCOS ANTONIO FIORESE em detrimento da extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, declarada por este Superior Tribunal Militar em sede de Recurso em Sentido Estrito.

O *Decisum* proferido pelo Juízo a *quo*, às fls. 67/68, abordou o tema nos seguintes termos:

“(...) O requerente ostenta como domicílio a cidade de Manaus-AM nos últimos 5 (cinco) anos.

No lapso temporal acima, consoante documentos expedidos pelos órgãos de controle social formal, o requerente não respondeu nem está respondendo a outro processo na referida Comarca, tendo mantido bom comportamento público e privado.

Acompanho a manifestação do Ministério Público Militar quanto à impossibilidade de reconhecimento retroativo da extinção da punibilidade.

*Ex positis, **JULGO REABILITADO** o subtenente do Exército MARCOS ANTÔNIO FIORESE, com fulcro no art. 615 do CPPM. (...).”*

Conforme mencionado, o militar cumpriu todo o prazo da suspensão condicional da pena fixado pelo Juízo a *quo*. Nesse ponto, não se mostra acertado anular, agora, via *Habeas Corpus* de ofício, todo o processo, pelo advento da prescrição não reconhecida no momento oportuno.

O voto majoritário desta Corte fez retroagir a prescrição de uma pena executada em sua integralidade, o que considero ser inviável.

Ante o exposto, votei negando provimento ao recurso de ofício para manter na íntegra a Decisão recorrida que reabilitou o Subtenente do Exército MARCOS ANTONIO FIORESE.

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, 25 de março de 2014.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 234-78.2013.7.01.0301-RJ

Relator – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrido – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 24/9/2013, proferida nos Autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 151-04.2009.7.01.0301, que determinou a restituição de armamento ao 3º Sgt Ex Eugenio Silas Soares Souto.

Advogado – Dr. Nazareno de Freitas Rodrigues.

EMENTA

RECURSO INOMINADO. MPM. PERDA DO ARMAMENTO INSTRUMENTO DO CRIME EM FAVOR DA FAZENDA NACIONAL. RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FATO ILÍCITO. 1. Impõe-se a restituição do bem apreendido, não ensejando a perda desse bem em favor da Fazenda Nacional, ainda que arma de fogo, quando o objeto a ser restituído não é produto de fato ilícito e se encontra devidamente registrado, nos termos do Estatuto do Desarmamento. 2. Extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, a condenação do réu não é apta a produzir sequer seus efeitos secundários, como, por exemplo, a perda do instrumento do crime em favor da Fazenda Nacional. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Recurso Inominado interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Decisão proferida pelo Juízo a quo, que determinou a restituição da arma de fogo ao 3º Sgt Ex Eugenio Silas Soares Souto.

Presidência do Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, em exercício, Dr. Roberto Coutinho. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luís Carlos Gomes Mattos e Lúcio Mário de

Barros Côes. Ausente, justificadamente, o Ministro Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 16ª Sessão, 18/3/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Inominado (art. 192 do CPPM) interposto pelo Ministério Público Militar, com fundamento no art. 116, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, no art. 194 do CPPM e no art. 116, § 3º, do RISTM, em face da Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 138), nos Autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 151-04.2009.7.01.0301, que determinou a restituição de armamento ao 3º Sgt Ex EUGENIO SILAS SOARES SOUTO.

Consta dos autos que, em 9 de fevereiro de 2011, o 3º Sargento do Exército EUGENIO SILAS SOARES SOUTO foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 3ª Auditoria da 1ª CJM, por unanimidade de votos, à pena de 30 (trinta) dias de detenção, convertida em prisão, como incurso no art. 223 do CPM (ameaça), com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto (fls. 18/26).

A Sentença transitou em julgado para o MPM em 22 de fevereiro de 2011 (fl. 33).

Em 17 de fevereiro de 2011 (fl. 33), a Defesa interpôs Recurso de Apelação.

Em 4 de abril de 2011, o Comandante do Centro de Instruções de Operações Especiais (Rio de Janeiro/RJ) expediu Ofício endereçado ao Juízo *a quo*, nos seguintes termos (fl. 38):

“Informo a Vossa Excelência que o militar abaixo relacionado [EUGENIO SILAS SOARES SOUTO], integrante deste Centro de Instrução, está pleiteando a este Comandante a devolução de sua arma de uso particular, alegando ter em vista o fim do processo acima referenciado [Ação Penal Militar nº 151-04.2009.7.01.0301]. Atualmente, o armamento e o Certificado de Registro de Arma de Fogo/Porte de Arma de Fogo encontram-se custodiados na Divisão de Inteligência desta organização Militar, aguardando a consolidação do processo.

Solicito a Vossa Excelência verificar a possibilidade de orientar nos procedimentos a serem tomados quanto à solicitação do militar acima relacionado, no que se refere à custódia do armamento integrante de parte do Processo.”

Instado a se manifestar, o MPM opinou pela manutenção da custódia da referida arma particular, uma vez que o processo ainda estava em grau de Apelação e o armamento pleiteado consistia em instrumento do crime (fl. 39). Esse parecer ministerial foi acolhido pelo Juízo a quo à fl. 40.

Ao julgar a Apelação interposta pela Defesa, esta Corte, em Sessão de 11 de outubro de 2012, em Acórdão relatado pelo eminente Ministro CLEONILSON NICÁCIO SILVA, por unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência da JMU e, no mérito, negou provimento ao apelo defensivo para manter na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 48/70), ficando assim ementado:

“APELAÇÃO. DEFESA. AMEAÇA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO REJEITADA POR UNANIMIDADE. MÉRITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. TESES AFASTADAS. APELO DESPROVIDO. UNANIMIDADE. Compete à Justiça Militar da União, pelo critério ratione personae descrito no artigo 9º, inciso II, alínea ‘a’, do CPM, processar e julgar o crime cometido por militar da ativa contra militar da ativa. Pelo Princípio da Consunção ou da Absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime, de tal sorte que, se as ações são totalmente dissociadas e não se confundem, os objetos jurídicos são diferenciados e os momentos consumativos distintos, essa sequência de atos afasta, de pronto, o aludido Princípio. Para a caracterização da legítima defesa putativa, não é suficiente a situação imaginária, exigindo-se um princípio de realidade. No crime de ameaça, o bem jurídico tutelado é a incolumidade da tranquilidade, a paz de espírito, independentemente de o ofendido sentir-se ou não ameaçado. No caso concreto, resta caracterizado o delito descrito no art. 223 do CPM, uma vez que o Acusado, comprovadamente, apontou uma pistola calibre .380 contra o seu superior hierárquico.”.

O Acórdão transitou em julgado para a Defesa em 4 de março de 2013 (fl. 71).

Em 3 de abril de 2013, atendendo a pleito do Órgão Ministerial (fls. 98/99), o Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM declarou extinta a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro

nos arts. 125, inciso VII e § 1º, e 123, inciso IV, do CPM, e decidiu pela não devolução da arma de fogo ao militar condenado (fl. 101).

Inconformada com a manutenção do acautelamento da arma de fogo, a Defesa do Apenado peticionou (fls. 116/117) afirmando não ser aplicável, ao presente caso, o art. 109, inciso II, alínea "a", do CPM (no que toca à perda do instrumento do crime em favor da Fazenda Nacional), uma vez que o porte do referido armamento pelo Apenado não constitui fato ilícito. Aduz, para tanto, que a arma é registrada e que EUGENIO possui a respectiva concessão de porte expedida pela autoridade militar competente. Assim, pleiteou a devolução da arma do militar, afirmando que a manutenção do seu acautelamento constitui violação aos princípios constitucionais da propriedade e do devido processo legal para a perda de bens.

Ademais, afirmando ter havido violação à separação dos poderes, a Defesa requereu que o Juiz-Auditor oficiasse à autoridade militar, a fim de lhe esclarecer que a manifestação do Juízo quanto à não devolução da arma de fogo não constitui ordem judicial, mas mera opinião, não vinculativa.

Novamente instado a se manifestar, o MPM, afirmando já ter se posicionado quanto à matéria, deixou ao Juízo a *quo* a Decisão quanto ao pleito defensivo (fl. 119).

A pedido do Juiz-Auditor (fl. 120), a Defesa apresentou às fls. 123/127 a documentação referente ao registro e ao porte da arma de fogo pelo Sargento EUGENIO.

Ato contínuo, o Juízo *a quo* expediu Ofício (fls. 128/129) solicitando ao Comandante do Centro de Instrução de Operações Especiais que informasse se o porte de arma constante à fl. 123 continua em vigor. Este, em resposta (fl. 130), informou que o porte de arma do 3º Sargento EUGENIO encontra-se recolhido na seção de inteligência daquela OM. Afirmou ainda que o referido porte de arma foi revogado em 18 de novembro de 2009, fato que, na mesma data, foi publicado no Boletim Interno Reservado nº 7.

Irresignada, a Defesa afirmou que a mencionada informação prestada pela autoridade militar está desatualizada, uma vez que "*segundo cópia do Boletim Interno Reservado nº 31 de outubro de 2012 [anexado à fl. 134], o Comandante do CIOPESP não só devolveu a arma do Sargento como restituiu seu Porte, que estava meramente acautelado junto à 2ª*

Seção da Unidade Militar enquanto tramitava o presente processo criminal". Assim, a Defesa peticionou requerendo a expedição de ofício à unidade militar, a fim de se dirimir qualquer dúvida quanto à vigência do referido porte de arma. Por fim, pleiteou que, tão logo cheguem tais informações, o Juízo a quo determine à autoridade militar a imediata devolução da arma de fogo do 3º Sargento EUGENIO (fls. 132/133).

Atendendo ao pleito defensivo, o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM expediu novo ofício à OM à qual está vinculado o 3º Sgt EUGENIO SILAS SOARES SOUTO (fl. 135). Em resposta, o Comandante do Centro de Instrução de Operações Especiais, por meio do Ofício nº 56-Sect.1/CIOpEsp, de 2 de setembro de 2013, assim se manifestou (fl. 136):

"(...) ratifico a informação prestada a Vossa Excelência que o porte de arma do 3º Sgt Ex EUGÊNIO SILAS SOARES SOUTO encontra-se recolhido na seção de inteligência deste Centro de Instrução de Operações Especiais e foi efetivamente revogado.

Informo ainda a Vossa Excelência que a publicação que consta no BIRes nº 010, de 31/10/12, deste Centro de Instrução, foi tornada sem efeito em decorrência da anulação da devolução do armamento e porte de arma motivada por decisão Judicial datada de 3 de abril de 2013, dessa Auditoria. (...)

Em consequência, foi devolvido pelo 3º Sgt EUGÊNIO SILAS SOARES SOUTO o armamento e respectivo porte de arma, os quais se encontram custodiados na Seção de Inteligência deste Centro de Instrução de Operações Especiais. (...)"

Ao analisar a documentação referente ao registro e ao porte da arma acostada aos autos pela Defesa (fls. 123/127; 134), o Juiz-Auditor, em 24 de setembro de 2013, deferiu o pleito defensivo, determinando a restituição da pistola Taurus calibre 380, modelo PT 58 HC Plus, nº de série KWC 40202, de propriedade do 3º Sargento do Exército EUGENIO SILAS SOARES SOUTO (fl. 138).

Inconformado, o Ministério Público Militar interpôs o presente Recurso Inominado (fl. 142), sustentando nas Razões Recursais (fls. 147/152), preliminarmente, a nulidade da referida Decisão (com fulcro no art. 500, inciso III, alínea "e", do CPPM), sob o argumento de que não foi atendido o disposto no art. 194 do CPPM, que explicita a participação do MPM em todo pedido ou incidente de restituição.

No mérito, o Órgão Ministerial pleiteia a reforma da Decisão recorrida, determinando-se a impossibilidade de restituição do armamento, com o consequente perdimento do bem para a União. Alega, para tanto, que, nos termos dos documentos de fls. 130 e 136, o Réu teve seu porte de arma revogado pela Administração Militar, fato esse que, em vista do que dispõem os arts. 190 e 191 do CPPM e os arts. 109 e 119 do CPM, inviabiliza a restituição da referida arma, uma vez que sua posse pelo interessado é ilícita.

Em contrarrazões, a Defesa afirmou que *“prestigia integralmente a decisão judicial pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, a qual entendeu corretamente pela devolução da arma do recorrido”* (fl. 155).

O Juiz-Auditor, após rebater as teses arguidas pelo MPM, manteve a Decisão ora atacada e determinou a subida dos autos a esta Corte (fl. 156).

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em parecer de 22 de janeiro de 2014 (fls. 162/166), da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR, opinou pelo não provimento do Recurso.

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, pelo que merece ser conhecido.

Trata-se de Recurso Inominado (art. 192 do CPPM) interposto pelo Ministério Público Militar, com fundamento no art. 116, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, no art. 194 do CPPM e no art. 116, § 3º, do RISTM, em face da Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 138), nos Autos de Execução de Sentença da Ação Penal Militar nº 151-04.2009.7.01.0301, que determinou a restituição de armamento ao 3º Sargento do Exército EUGENIO SILAS SOARES SOUTO.

Em suas Razões Recursais, inicialmente, o Ministério Público Militar requer o pronunciamento da nulidade da Decisão recorrida, com fulcro no art. 500, inciso III, alínea “e”, do CPPM, sob o argumento de que não foi atendido o disposto no art. 194 do CPPM, uma vez que o MPM foi preterido de intervir no presente incidente de restituição (fls. 147/152).

Não assiste razão ao referido pleito ministerial, como passo a expor.

Em 4 de abril de 2011, o Comandante do Centro de Instruções de Operações Especiais (Rio de Janeiro/RJ) expediu Ofício, endereçado ao Juízo *a quo*, solicitando orientação quanto à devolução ou não da arma do 3º Sargento EUGENIO SILAS SOARES SOUTO, acautelada naquela Unidade Militar.

Instado a se manifestar, **o MPM, em 11 de abril de 2011, opinou pela manutenção da custódia da referida arma particular**, uma vez que o processo ainda estava em grau de Apelação e o armamento pleiteado consistia em instrumento do crime (fl. 39). Esse parecer ministerial foi acolhido pelo Juízo *a quo* à fl. 40.

Em 3 de abril de 2013, já em fase de execução, o Órgão Ministerial, além de requerer a declaração de extinção da punibilidade em razão da prescrição, **manifestou-se pela não devolução da arma de fogo ao militar condenado (fls. 98/99)**, posição essa que foi acolhida pelo Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 101).

Diante da irrisignação defensiva quanto a essa Decisão (fls. 116/117), novamente foi dado vista dos autos ao Órgão Ministerial, que, **em 24 de julho de 2013**, assim se pronunciou (fl. 119):

“MM. Juiz-Auditor,

O MPM já se manifestou quanto à matéria, deixando a cargo de V. Exa. a decisão pertinente ao petitório da Defesa.”
(grifo nosso).

Portanto, tendo em vista não haver dúvidas de que o MPM teve a oportunidade de se manifestar durante todo o presente incidente de restituição, não procede a alegação ministerial de que a Decisão ora recorrida teria afrontado o art. 194 do CPPM, tampouco há que se falar na existência da nulidade prevista no art. 500, inciso III, alínea “e”, do mesmo diploma legal.

O Órgão Ministerial requer, ainda, a reforma da Decisão recorrida, para determinar a impossibilidade de restituição do armamento do 3º Sargento do Exército EUGENIO SILAS SOARES SOUTO, com o consequente perdimento do bem para a União (fls. 147/152).

Alega, para tanto, que, nos termos dos documentos de fls. 130 e 136, o Réu teve seu porte de arma revogado pela Administração Militar,

fato esse que, em vista do que dispõem os arts. 190 e 191 do CPPM e os arts. 109 e 119 do CPM, inviabiliza a restituição da referida arma, uma vez que sua posse pelo interessado é ilícita.

Da mesma forma, não assiste razão ao Ministério Público Militar, consoante passo a expor.

O art. 109, inciso II, alínea “a”, do CPM, afirma ser efeito da condenação a perda, em favor da Fazenda Nacional, “*dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*”. (grifo nosso).

No caso concreto, no entanto, cumpre observar que, em 3 de abril de 2013, a punibilidade do 3º Sargento EUGENIO foi extinta em razão da prescrição da pretensão punitiva (fls. 98/99). Assim, a Sentença que o condenou (e que foi confirmada por esta Corte), além de não ser apta a produzir o seu efeito primário (execução da pena), também não é apta a produzir qualquer efeito secundário, como, por exemplo, a reincidência, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e **a perda dos instrumentos do crime em favor da Fazenda Nacional**.

Por conseguinte, não há que se falar em incidência, ao presente caso, do efeito secundário da condenação contido no art. 109, inciso II, alínea “a”, do CPM.

Ademais, é importante ressaltar que a arma utilizada pelo 3º Sargento EUGENIO na perpetração do delito de ameaça (pistola Taurus calibre 380, modelo PT 58 HC Plus, nº de série KWC 40202) está devidamente registrada em seu nome, consoante se observa dos documentos cujas cópias foram acostadas às fls. 124 a 127.

Portanto, não há dúvidas quanto ao 3º Sargento EUGENIO ser o proprietário do referido armamento, fato esse que, por si só, já é suficiente para que lhe seja restituída a posse desse bem. A ausência do porte não impede que o proprietário da arma a mantenha em sua residência ou trabalho.

Com efeito, nos termos do art. 5º do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), o certificado de Registro de Arma de Fogo “*autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa*”.

Assim, se o armamento é de propriedade do 3º Sargento EUGENIO e sua **posse** é autorizada, não existe qualquer fato ilícito a ensejar, nos termos do art. 109, inciso II, alínea “a”, do CPM, a perda desse bem em favor da Fazenda Nacional.

Conseqüentemente, a discussão quanto à revogação ou não da autorização para o **porte** do referido armamento torna-se irrelevante no presente momento, tendo em vista que em nada pode influenciar na decisão quanto à devolução ou não do bem pertencente ao 3º Sargento EUGENIO.

De fato, caso o Porte da Arma de Fogo constante à fl. 124 ainda seja válido (como indica o documento de fl. 134), o 3º Sargento EUGENIO poderá portar o armamento em locais outros que não apenas sua residência ou seu local de trabalho.

Caso contrário, ou seja, caso o referido **Porte** tenha sido efetivamente revogado (como afirma a autoridade militar às fls. 130 e 136), o militar ainda terá o direito à **posse** do bem. Assim, o máximo que poderá acontecer é que EUGENIO tenha que manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou no seu local de trabalho.

Portanto, caberá à Autoridade Militar a que está subordinado o 3º Sargento EUGENIO convalidar ou não seu porte de arma.

Em nenhuma dessas situações se está a falar em fato ilícito que impeça a restituição do referido bem, o que afasta a aplicação, ao caso ora em comento, dos arts. 109, inciso II, alínea “a”, e 119, inciso I, do CPM, bem como dos arts. 190 e 191 do CPPM.

Na verdade, o que há é o direito de o referido militar reaver o bem de sua propriedade cuja posse lhe é autorizada. Dessa forma, a manutenção do acautelamento da arma de fogo constituiria arbitrariedade a violar frontalmente o princípio constitucional do devido processo legal para a perda de bens (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pelo não provimento do Recurso Inominado interposto Ministério Público Militar, para manter íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Decisão do Juízo *a quo* que determinou a restituição da arma de fogo ao 3º Sargento do Exército EUGENIO SILAS SOARES SOUTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do

Ministro Gen Ex Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso Inominado interposto Ministério Público Militar, para manter íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a Decisão do Juízo *a quo* que determinou a restituição da arma de fogo ao 3º Sargento do Exército Eugenio Silas Soares Souto.

Brasília, 18 de março de 2014 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira,
Ministro-Relator.



ÍNDICE DE ASSUNTO

A

Abandono de posto, 380-390

Absolvição

em Primeira Instância, 275-292

Ação penal militar

Trancamento, 380-390

Condição de prosseguibilidade, 437-454

Acórdão

Contradição e omissão, 339-353

Advogado de defesa

Intimação, 210-245

Agente civil

Constrangimento ilegal, 391-399

Análise dos consectários, 354-370

Anulação do julgamento da apelação, 437-454

Apelação

Anulação do julgamento, 437-454

Nº 30-47.2012.7.02.0202-SP, 65-108

Nº 52-22.2009.7.12.0012-AM, 109-172

Nº 2-47.2013.7.09.0009-MS, 177-187

Nº 2-58.2012.7.03.0103-RS, 188-195

Nº 33-57.2012.7.04.0004-MG, 196-209
Nº 51-27.2011.7.03.0203-RS, 210-245
Nº 68-06.2009.7.01.0101-RJ, 246-274
Nº 81-58.2012.7.02.0202-SP, 275-292
Nº 190-14.2012.7.11.0011-DF, 293-301

Apropriação

de coisa havida acidentalmente, 196-210

Arma de fogo

Custódia, 501-510

Ato do Plenário

Cabimento de impugnação, 437-454

Atipicidade da conduta, 466-480

Auditoria Militar *ver* **Circunscrição Judiciária Militar**

Audiência

Declaração de nulidade, 391-399

Ausência

de óbice

Exame de Mérito, 177-187

de análise

cabimento do *Habeas Corpus*, 354-370

de dolo, 466-480

de fato ilícito, 501-510

dos requisitos

tutela cautelar, 340-405

C**Cabimento**

Ausência de análise de *Habeas Corpus*, 354-370

Carta precatória, 305-311

Celeridade processual, 315-335

Cerceamento de defesa, 339-353

Circunscrição Judiciária Militar, 30-31

Processamento e julgamento

Inexistência de óbice, 315-335

Coautoria, 210-245

Competência

Julgamento, 373-379, 415-426, 481-489

Comprovação de autoria e materialidade

Furto simples, 188-196

Furto triplamente qualificado, 210-245

Concessão de ofício

Habeas Corpus, 490-500

Concurso público de provas e títulos

Juiz-Auditor substituto, 415-426

Condenação

Indício, 339-353

Manutenção, 293-301

Condição de prosseguibilidade

Ação penal, 437-454

Conduta

Atipicidade, 466-480

Conselho

de Justificação

Declaração de prescrição dos fatos, 425-436

Especial de Justiça, 32

Composição, 39

Formação, 315-335

Permanente de Justiça

Composição, 39

Constrangimento ilegal

Agente civil, 391-399
Não caracterizado, 340-405

Correição Parcial

Nº 31-70.2014.7.12.0012-AM, 305-311

Crime

Deserção, 36-37, 177-187
Legitimidade do Agente, 57-60
Estelionato, 34
Extinção da punibilidade, 35
Prescrição da Pretensão Punitiva, 35
Tráfico, posse ou uso de entorpecente, 34

Custódia

Arma de fogo, 501-510

D**Declaração**

de indignidade para com o oficialato, 41
Inocorrência, 340-405
de nulidade
Audiência, 391-399
de prescrição dos fatos
Conselho de Justificação, 425-436

Delito de maus-tratos

Rejeição de denúncia, 466-480

Desacato a militar, 391-399**Desaforamento**

Nº 14-06.2010.7.11.0011-DF, 315-335

Deserção, 36-37, 177-187, 437-454

Especial, 406-412
Legitimidade do Agente, 57-60
Princípio da consumação, 380-390
Sursis, 177-187

Direito Penal Militar, 23

Dolo

Ausência, 466-480
não comprovado, 275-292

Dosimetria da pena, 246-274, 339-353

E**Elemento Subjetivo**

Tipo, 275-292

Embargos de Declaração

Nº 7-53.2006.7.01.0101-RJ, 339-353
Nº 82-24.2012.7.00.0000-RJ, 354-370

Erro

de fato, 196-210
material, 246-274

Escabinato, 32

Estado de Necessidade, 177-187

Exculpante, 196-210

Estelionato, 34, 275-292, 373-379

Manutenção da condenação, 293-301
Servidor Público Militar, 481-489

Exame de mérito

Ausência de óbice, 177-187

Exceção de incompetência

Julgamento
Justiça Militar da União, 373-379

Excludente de ilicitude, 177-187

Extinção

da pena
Reabilitação de militar condenado, 490-500
da punibilidade, 35, 457-465, 490-500, 501-510

F

Falsificação do Documento, 65-108

Furto

Simples

Comprovação de autoria e materialidade, 188-196

Princípio da insignificância, 188-196

Triplamente qualificado, 210-245

Gestão Estratégica, 52, 54

H**Habeas Corpus**

Ausência de análise quanto ao cabimento de, 354-370

Concessão de Ofício, 490-500

Prescrição do, 425-436

Nº 10-66.2014.7.00.0000-AM, 373-379

Nº 26-20.2014.7.00.0000-RJ, 380-390

Nº 54-85.2014.7.00.0000-PA, 391-399

Nº 65-17.2014.7.00.0000-RJ, 400-405

Nº 241-30.2013.7.00.0000-BA, 406-412

I**Impugnação**

de ato do Plenário, 437-454

In Dubio Pro Reo, 275-292

Indício

Condenação, 339-353

Indignidade para o oficialato *ver* **Declaração de Indignidade para o oficialato**

Infração militar, 293-301

Natureza, 22, 42

Interrogatório

de acusado, 305-311

J**Juiz-Auditor substituto**

Concurso público de provas e títulos, 415-426

Julgamento

Anulação, 437-454

Competência da Justiça Militar, 373-379

Exceção de incompetência, 373-379

Incompetência para julgar, 415-426

Oficial da Reserva não Remunerada, 39-49

Pedido de adiamento, 210-245

Óbice na Circunscrição Judiciária Militar, 315-335

Justiça Castrense *ver* **Justiça Militar da União****Justiça em Números**, 54**Justiça Militar da União**, 17-22, 23

Competência para julgar, 373-379, 481-489

Constituição Federal, 17, 28

Histórico, 26

Incompetência para julgar, 415-426

Poder Judiciário, 17, 29, 39

Preliminar de incompetência, 196-210

L**Lapso temporal**

Inocorrência, 340-405

Legitimidade do Agente

Deserção, 57-60

Lei do Serviço Militar, 57-58

Liberdade provisória

Servidor público militar, 406-412

Litisconsorte, 437-454

M

Magistratura, 54

Mandado de segurança

Falta de legitimidade

Ministério Público Militar, 425-436

Nº 226-61.2013.7.00.0000-PR, 415-426

Nº 230-98.2013.00.0000-DF, 427-436

Nº 237-90.2013.7.00.0000-DF, 437-454

Ministério Público Militar, 275-292

Pedido de redução a termo das declarações, 305-311

Mandado de segurança

Falta de legitimidade, 425-436

Recurso inominado interposto, 501-510

O

Ofender a Inferior, 109-172

Oficial da Reserva não Remunerada

Julgamento, 39-49

P

Peculato, 340-405

Pedido

de adiamento

Julgamento, 210-245

de redução a termo das declarações, 305-311

Pena

- Acessória
 - Inocorrência, 340-405
- Base
 - Acima do limite legal, 210-245
- Cumprimento parcial, 437-465
- Dosimetria, 246-274
- Extinção, 490-500
- Impossibilidade de cômputo, 457-465
- Redução, 293-301

Planejamento Estratégico

- Poder Judiciário, 50-56

Poder Judiciário

- Justiça Militar, 17, 29, 39
- Planejamento Estratégico, 50-56

Posto e patente do oficial

- Restabelecimento, 354-370

Prazo

- Recurso, 246-274

Prejudicialidade do recurso, 490-500**Preliminar**

- de Inconstitucionalidade
 - Rejeição, 177-187
- de intempestividade
 - Rejeição, 246-274
- de nulidade do acórdão recorrido, 339-353

Prescrição

- da pretensão punitiva, 35, 490-500, 501-510
- Habeas Corpus*, 425-436

Pretensão punitiva

- Prescrição, 490-500

Princípio

- da fungibilidade, 457-465
- da insignificância
 - Furto simples, 188-196
- da consumação, 380-390
- do devido processo legal, 391-399

Processo

- de execução
 - Anulação, 490-500
- de natureza ético-militar, 340-405

R**Reabilitação de militar condenado**

- Extinção da pena, 490-500

Recusa de obediência, 457-465**Recurso**

- Administrativo
 - Indeferimento, 415-426
- em sentido estrito
 - Nº 43-84.2014.7.12.0012-AM, 457-465
 - Nº 70-16.2013.7.11.0211-DF, 466-480
 - Nº 84-34.2013.7.04.0004-MG, 481-489
 - Nº 152-35.2013.12.0012-AM, 490-500
 - Nº 234-78.2013.7.01.0301-RJ, 501-510
 - Inominado interposto pelo Ministério Público Militar, 501-510

Redução da pena, 293-301

- Vício procedimental, 339-353

Responsabilidade solidária, 210-245**Restituição de direitos, 354-370****Roubo de armamento,**

- Tentativa, 246-274

S**Servidor Público Militar**

Liberdade provisória, 406-412

Licenciado, 58

Sistema Audiovisual, 305-311**Sobrestamento do feito**, 437-454**Status Libertatis**, 354-370**Superior Tribunal Militar**, 27, 31

Competência, 354-370

Sursis

Deserção, 177-187

Não computado como pena, 457-465

T**Tentativa**

Roubo de armamento, 246-274

Teoria objetivo-individual, 246-274**Tipo**

Elemento Subjetivo, 275-292

Tráfico, posse ou uso de entorpecente, 34**Trancamento**

Ação Penal Militar, 380-390

Tutela cautelar

Ausência dos requisitos, 340-405